

NOTEBOOK
PROCEDURA CIVILE
PARTE 1

INTRODUZIONE	12
LA MAGISTRATURA E LA FUNZIONE GIURISDIZIONALE	13
Che cos’è la giurisdizione? -----	13
Composizione della magistratura -----	13
MAGISTRATURA ORDINARIA	15
Composizione della giurisdizione civile -----	15
Differenza tra appello e ricorso per Cassazione-----	16
Composizione degli organi giudicanti-----	16
Le modifiche introdotte dalla Riforma Cartabia -----	17
Composizione della Corte di Cassazione -----	17
LE GARANZIE COSTITUZIONALI DELLA MAGISTRATURA	17
Il Consiglio Superiore della Magistratura-----	17
Art. 105 Cost.: le funzioni del CSM -----	18
Il potere normativo “atipico” del CSM-----	18
L’azione disciplinare-----	19
L’indipendenza della magistratura -----	19
Indipendenza esterna -----	20
Indipendenza interna-----	20
PROGRESSIONE DELLE FUNZIONI DOPO LA RIFORMA	21
La responsabilità dei magistrati -----	21
Magistratura come “ordine” e non come “potere”-----	22
LE MAGISTRATURE SPECIALI	22
Il giudice amministrativo-----	22
Codice di procedura civile: le coordinate generali-----	23
Le liti da pretesa insoddisfatta e i procedimenti speciali-----	24
L’esigenza di tutela anticipatoria-----	24
STRUTTURA DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE	25
Libro primo -----	25
Secondo libro -----	27
Terzo libro -----	28
Quarto libro -----	30
L’OGGETTO DEL PROCESSO E L’OGGETTO DEL GIUDICATO	32

L'oggetto del processo-----	32
I limiti oggettivi del giudicato-----	34
Frazionabilità dei crediti.-----	38
Il giudicato di rigetto -----	40
I problemi legati ai limiti temporali del giudicato-----	42
I PROCESSI A COGNIZIONE PIENA	43
Il rito ordinario -----	44
Il contenuto dell'atto di citazione -----	44
La notificazione e la costituzione delle parti -----	46
Il fascicolo e l'organizzazione del processo -----	47
La designazione del giudice -----	48
Articolo 171-bis: le verifiche preliminari -----	49
Il problema se le parti non ottemperano-----	50
Se tutto è regolare -----	50
Le questioni rilevabili d'ufficio -----	51
Il mutamento di rito -----	52
L'art. 171-ter: le memorie integrative -----	53
L'ordinanza come forma generale -----	59
La disciplina delle ordinanze -----	60
Modificabilità e revocabilità delle ordinanze-----	60
Una significativa eccezione: l'ordinanza sulla competenza -----	61
INTRODUZIONE ALLA DISCIPLINA DELLE SENTENZE	61
La forma della sentenza -----	62
Contenuto della sentenza-----	62
Articolo 188 c.p.c. -----	63
Effetti della rimessione -----	63
La sentenza non definitiva -----	64
Le “questioni” di cui all'articolo 187 c.p.c. -----	64
Le questioni preliminari di merito -----	64
Le questioni pregiudiziali di rito -----	65
Effetti della rimessione alla fase decisoria-----	65

La questione dell'articolo 171-bis e il difetto di coordinamento legislativo -----	65
Esiti possibili dopo la rimessione anticipata-----	66
Effetti della sentenza non definitiva -----	67
Analisi della base decisoria: errore del giudice nella forma del provvedimento -----	68
Il contesto dei procedimenti camerali -----	68
La posizione di Proto Pisani: prevalenza del criterio formale-----	69
La fase decisoria del processo civile-----	69
Il primo modello-----	70
Il secondo modello-----	71
Il terzo modello-----	72
Pubblicazione della sentenza -----	72
Decisione monocratica -----	73
Modello scritto -----	73
Modello misto -----	73
Modello orale -----	73
Deliberazione della sentenza -----	74
Le sentenze del 2014: un diverso orientamento-----	74
Completamento dell'articolo 276 -----	74
Il procedimento semplificato di cognizione -----	75
Differenze tra rito ordinario e rito semplificato -----	75
Caratteristiche del rito semplificato-----	75
Ambito applicativo dell'articolo 281-decies -----	75
Ambito applicativo dell'articolo 281-decies c.p.c. -----	76
Effetti del mutamento di rito-----	77
L'atto introduttivo nel rito semplificato -----	77
Deposito e notificazione del ricorso -----	77
Costituzione del convenuto e notificazione-----	78
Costituzione del convenuto -----	78
Chiamata del terzo -----	79
Trascrizione della domanda giudiziale -----	79
La prima udienza -----	79
Verifiche preliminari -----	79

Mutamento di rito -----	80
Replica dell'attore-----	80
Appendice scritta e controreplica. -----	81
La modifica del testo normativo-----	82
Incidenza sulla durata del processo -----	82
Preclusioni istruttorie -----	82
Fase istruttoria -----	82
Fase decisoria -----	83
Decisione in composizione monocratica-----	83
Decisione in composizione collegiale -----	83
Regime dell'impugnazione -----	83
Effetti della sentenza-----	83
FOCUS SULLA MODIFICA DELLA DOMANDA	84
Nozione di modifica: mutatio ed emendatio libelli -----	84
Modifica della domanda e orientamenti delle Sezioni Unite -----	85
Sentenza Sezioni Unite n. 22404/2018-----	86
Sentenza Sezioni Unite n. 11455/2025 -----	87
Ordinanza di accoglimento della domanda -----	88
Ordinanza di rigetto della domanda -----	88
IL PROCESSO DEL LAVORO: INQUADRAMENTO GENERALE	89
Giudice monocratico-----	89
Sistema di preclusioni rigide e anticipate-----	89
Questioni di rito e mutamento del rito-----	90
Articolo 427 c.p.c.-----	90
Articolo 439 c.p.c.-----	90
La valutazione del rito corretto-----	91
Problemi applicativi -----	91
Cumulo di domande soggette a riti diversi -----	91
Disciplina del processo del lavoro -----	91
La forma introduttiva: il ricorso-----	91
La costituzione del convenuto -----	92
La prima udienza -----	92

La fase decisoria-----	92
La forma della domanda giudiziale-----	92
Contenuto del ricorso-----	93
Parità tra attore e convenuto -----	93
Deposito e fissazione dell'udienza (art. 415 c.p.c.)-----	94
Costituzione del convenuto (art. 416 c.p.c.)-----	94
Domanda riconvenzionale (art. 418 c.p.c.) -----	94
Il contenuto delle sentenze: la tutela di mero accertamento-----	98
Domanda di accertamento incidentale -----	99
Forme di tutela del giudice -----	101
Le utilità della sentenza di condanna -----	101
Le misure coercitive (art. 614-bis c.p.c.) -----	102
Iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 2818 c.c.)-----	102
Sentenza di condanna -----	103
LA TUTELA DI CONDANNA: TIPOLOGIE SPECIFICHE	107
Considerazioni sulla Generalizzazione della Condanna in Futuro-----	108
La condanna generica-----	109
La condanna provvisionale-----	110
La tutela costitutiva-----	111
Natura ed effetti della sentenza costitutiva-----	111
I modelli generali di produzione degli effetti -----	112
Il diritto potestativo semplice -----	112
Le eccezioni in senso stretto -----	113
SPECIFICITÀ DELLA TUTELA COSTITUTIVA	114
Le azioni costitutive nel processo civile-----	115
Diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale e diritto di azione -----	115
Oggetto del processo nelle azioni costitutive -----	115
Classificazione tradizionale delle azioni costitutive -----	116
Azioni costitutive necessarie e non necessarie-----	116
Le azioni costitutive di impugnativa negoziale-----	117
Il dibattito dottrinale-----	118

Annullamento del contratto -----	119
Principio del contraddittorio -----	121
IL PRINCIPIO DELLA DOMANDA E LA TERZIETÀ DEL GIUDICE	125
IL PRINCIPIO DI ALLEGAZIONE DEI FATTI	126
IL PRINCIPIO DI CORRISPONDENZA TRA CHIESTO E PRONUNCIATO	127
IL PRINCIPIO DELL'IMPULSO DI PARTE	128
L'ESTINZIONE DEL PROCESSO	129
Estinzione per rinuncia agli atti del giudizio (art. 306 c.p.c.)-----	129
Estinzione per inattività delle parti -----	129
Gli effetti dell'estinzione del processo-----	130
Le prove nel processo estinto – Articolo 310, comma 3, c.p.c.-----	131
La pronuncia dell'estinzione del processo -----	132
IL PRINCIPIO DELLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO	132
I PRINCIPI DI LEGALITÀ ED EQUITÀ	133
LE PROVE NEL PROCESSO CIVILE	134
Nozione, funzione e disciplina-----	134
Il concetto di prova -----	134
Prove e fonti normative -----	135
L'onere della prova -----	135
L'onere della prova e il principio di acquisizione -----	135
I fatti costitutivi, modificativi, estintivi e impeditivi-----	136
Fatti costitutivi e fatti impeditivi: sincronici e difficili da distinguere-----	137
Responsabilità extracontrattuale e contrattuale: due scelte politiche diverse-----	137
Le presunzioni relative come tecnica di spostamento dell'onere -----	137
I criteri del legislatore: normalità e vicinanza della prova -----	137
Norme ambigue e ruolo dell'interprete: la buona fede del terzo -----	138
Inadempimento contrattuale e onere della prova -----	138
Inesatto adempimento e vendita di cosa viziata -----	138
IL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE	138
Funzione del principio: economia e ragionevole durata-----	139
Effetto della non contestazione -----	139

Contenuto e limiti del principio di non contestazione -----	139
Effetti della non contestazione e ruolo del giudice-----	140
Ulteriori limiti applicativi -----	140
ANALISI DELLE PROVE: IL PRINCIPIO DI DISPONIBILITÀ DELLE PROVE	140
Significato del principio -----	141
Il ruolo del pubblico ministero-----	141
Poteri istruttori e principio di disponibilità-----	141
I poteri istruttori nel processo del lavoro -----	142
Limiti ai poteri istruttori del giudice -----	142
Il principio di acquisizione processuale -----	143
Valutazione di ammissibilità e rilevanza -----	143
Fatti principali e fatti secondari-----	144
L'ordinanza di ammissione della prova-----	144
Valutazione delle prove -----	144
Il grado di convincimento nel processo civile -----	145
L'accertamento del nesso di causalità-----	145
La testimonianza come prova libera -----	146
Limiti soggettivi: articolo 246 c.p.c. -----	146
Le norme dichiarate incostituzionali in materia di testimonianza-----	146
I limiti oggettivi alla prova testimoniale-----	147
Modalità di acquisizione della prova testimoniale -----	147
ARGOMENTI DI PROVA E PRESUNZIONI NEL PROCESSO CIVILE -----	148
Argomenti di prova-----	148
Ipotesi tipiche richiamate dall'articolo 116 c.p.c. -----	148
Ulteriori ipotesi riconosciute dalla legge e dalla giurisprudenza-----	149
Argomenti di prova derivanti da altri processi-----	149
Differenza tra prova in senso tecnico e argomento di prova-----	149
Le presunzioni -----	149
IL GIURAMENTO COME MEZZO DI PROVA LEGALE NEL PROCESSO CIVILE -----	150
Le specie di giuramento -----	150
Il giuramento decisorio -----	150

Il giuramento suppletorio -----	151
Il giuramento estimatorio -----	151
Limitazioni al giuramento -----	151
Il riferimento del giuramento -----	151
Disciplina processuale (artt. 233 ss. c.p.c.)-----	151
Giuramento suppletorio ed estimatorio -----	152
Le prove atipiche nel processo civile -----	153
Le prove penali nel processo civile -----	153
La disciplina della circolazione delle prove-----	154
I limiti di ammissibilità -----	154
L'efficacia probatoria-----	154
La circolazione probatoria tra i giudici -----	154
L'orientamento della giurisprudenza di legittimità-----	155
LA CONFESSONE	156
La confessione giudiziale-----	156
Confessione spontanea-----	156
Confessione e interrogatorio libero: una distinzione decisiva -----	157
Interrogatorio libero e interrogatorio formale-----	157
Confessione provocata -----	157
Dichiarazioni miste e principio di inscindibilità-----	158
Confessione stragiudiziale-----	158
Le prove documentali -----	158
L'atto pubblico -----	158
Limiti dell'efficacia probatoria: estrinseco e intrinseco -----	160
SCRITTURA PRIVATA	160
Ulteriori disposizioni in materia di prove documentali-----	161
Telegramma – Articoli 2705 e 2706 c.c.-----	161
Carte e registri domestici – Articoli 2707 e 2708 c.c. -----	162
Scritture contabili – Articoli 2709 e 2710 c.c. -----	162
Copie di atti pubblici – Articoli 2714 e 2715 c.c. -----	162
Alterazioni materiali – Articolo 2716 c.c.-----	162
Copie fotografiche e fotostatiche – Articolo 2719 c.c.-----	162

Riproduzioni meccaniche – Articolo 2712 c.c.	163
L'ordine di esibizione documentale	163
Finalità e natura dell'ordine	163
Limiti derivanti dall'articolo 118 c.p.c.	164
La richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione	164
Inquadramento sistematico	164
L'ispezione	165
Modalità di svolgimento	165
La consulenza tecnica d'ufficio (CTU)	165
Le Sezioni Unite 2022 (nn. 3086 e 6500)	166
Regime delle nullità	166
Criticità della consulenza tecnica d'ufficio	166
La consulenza tecnica come potere officioso	166
Nomina del consulente e garanzie di imparzialità	167
Il quesito al consulente	167
Il contraddittorio nella consulenza tecnica	167
Il giudice come peritus peritorum	167
Consulenze stragiudiziali	168
REQUISITI DI FORMA E CONTENUTO DEGLI ATTI PROCESSUALI	168
Le modalità dell'udienza dopo la riforma Cartabia	168
Udienza da remoto	168
Udienza cartolare	169
Il principio di libertà delle forme	169
La nullità degli atti processuali	169
Convalidazione oggettiva	169
Convalidazione soggettiva	169
Rinnovazione degli atti nulli	170
I TERMINI PROCESSUALI (ARTT. 152 SS. C.P.C.)	171
L'ATTO DI CITAZIONE	172
Editio actionis	172
Vocatio in ius	173
Effetti della domanda giudiziale	173

Perpetuatio iurisdictionis -----	174
Litispendenza-----	174
Effetti della dichiarazione di litispendenza-----	175
Effetto impeditivo del giudicato -----	175
Perpetuatio legitimationis (art. 111 c.p.c.)-----	175
Nullità dell'atto di citazione ed effetti sostanziali della domanda -----	176
Effetti conservativi -----	177
Effetti attributivi -----	177
Effetti producibili anche in via stragiudiziale-----	177
Collegamento con la nullità della vocatio in ius-----	178
Nullità dell'edictio actionis e effetti-----	178
LA LEGITTIMAZIONE DEL GIUDICE	179
La sequenza dei criteri di legittimazione -----	179
La giurisdizione -----	179
Riparto tra giudice ordinario e giudici speciali -----	180
Limiti della giurisdizione italiana -----	180
Effetti delle decisioni sulla giurisdizione-----	180
LA COMPETENZA	181
L'ECCEZIONE DI INCOMPETENZA	182
Competenza per territorio derogabile -----	182
Rilievo d'ufficio-----	182
Decisione sulla competenza-----	183
Effetti della declinatoria -----	183
L'atto introduttivo del processo e la domanda giudiziale -----	183
Rimessione in termini, contumacia involontaria e tutela del contraddittorio-----	185
La costituzione del giudice -----	188
Le nullità insanabili derivanti dalla costituzione del giudice -----	188
Rilevabilità del difetto di giurisdizione, translatio iudicii e rapporti con l'impugnazione - 189	
Legittimazione delle parti e competenza -----	190
Approfondimento – La competenza dei giudici -----	191
Eccezione di incompetenza e regolamento di competenza-----	192

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

INTRODUZIONE

Il **diritto processuale civile** costituisce il complesso delle norme che disciplinano **l'esercizio della funzione giurisdizionale in materia civile**, predisponendo gli strumenti attraverso i quali l'ordinamento assicura l'attuazione concreta delle norme di diritto sostanziale quando si verifica una **crisi di cooperazione** tra i consociati. In presenza di una violazione o contestazione di una situazione giuridica soggettiva, il diritto sostanziale, di per sé, non è sufficiente a garantire la soddisfazione dell'interesse protetto. L'ordinamento italiano, infatti, pone un generale **divieto di autotutela privata**, salvo tassative eccezioni previste dalla legge. In luogo dell'autotutela, viene predisposto l'apparato giurisdizionale, il quale opera mediante i processi civili. **Il diritto processuale civile svolge pertanto una funzione strumentale rispetto al diritto sostanziale**: esso è volto a garantire l'attuazione coattiva delle regole di condotta stabilito dalle norme sostanziali. Tuttavia, il rapporto tra diritto sostanziale e diritto processuale è di reciproca interdipendenza: qualora il sistema processuale non fosse in grado di assicurare una tutela effettiva e adeguata, la norma sostanziale resterebbe priva di concreta operatività, risultando meramente formale. **L'Articolo 24 della Costituzione italiana** sancisce al primo comma che: *“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.”* Tale disposizione riconosce il **diritto di azione** quale diritto fondamentale, di natura atipica, esercitabile con riferimento a qualsiasi situazione giuridicamente rilevante, indipendentemente da una espressa previsione legislativa che lo contempi. Il principio sotteso è quello della **effettività della tutela giurisdizionale**, in forza del quale il processo deve garantire, per quanto possibile, la cosiddetta **tutela specifica**, ossia attribuire al titolare della situazione giuridica esattamente ciò che la norma sostanziale gli riconosce. Il secondo comma dello stesso articolo dispone: *“La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.”* Viene così costituzionalizzato il **diritto di difesa**, che si realizza nel contraddittorio tra le parti e impone che ciascuna di esse sia posta in condizione di partecipare attivamente al processo, influendo sulla formazione del convincimento del giudice. **L'Articolo 25 della Costituzione italiana** stabilisce che: *“Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge.”* Il principio del **giudice naturale precostituito per legge** garantisce che la competenza del giudice sia determinata sulla base di criteri generali e astratti stabiliti previamente dalla legge, a tutela dell'imparzialità e della terzietà dell'organo giudicante. La predeterminazione legale delle regole di competenza impedisce interferenze arbitrarie nella scelta del giudice e costituisce presidio del principio di uguaglianza e del giusto processo. **L'Articolo 111 della Costituzione italiana, come modificato dalla legge costituzionale n. 2 del 1999, dispone al primo comma**: *“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.”* Il riferimento al “giusto processo” richiama i principi elaborati anche in ambito sovranazionale, in particolare dall’Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6), e impone che il procedimento sia conforme ai principi di imparzialità, parità delle armi, contraddittorio e ragionevole durata. L'espressione “processo regolato dalla legge” evidenzia la necessaria **legalità delle forme processuali**: è il legislatore a disciplinare in modo dettagliato le modalità di svolgimento del processo, in particolare del processo di cognizione ordinaria, consentendo alle parti di verificare la correttezza dell'operato del giudice e di reagire mediante gli strumenti di impugnazione. Il processo a cognizione piena rappresenta la forma generale di tutela giurisdizionale ed è caratterizzato da atipicità funzionale, potendo essere esperito con riferimento a qualsiasi situazione giuridica soggettiva che richieda un accertamento pieno e definitivo. Le situazioni giuridiche soggettive presentano strutture differenti, così come differenti sono le modalità con cui può manifestarsi la crisi di cooperazione. Per tale ragione, l'ordinamento non conosce un unico modello di processo civile, ma una pluralità di procedimenti (di cognizione, esecutivi, cautelari, speciali), ciascuno funzionalmente orientato alla specifica esigenza di tutela. Il secondo comma dice che: *“Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”*. Qui troviamo una sintesi dei principi fondamentali. Il **contraddittorio** oggi è scritto espressamente in Costituzione, ma anche prima del 1999 era considerato principio costituzionale, ricavato da una lettura combinata dell'art. 24 (diritto di difesa) e dell'Articolo 3 della Costituzione italiana(uguaglianza sostanziale). Il contraddittorio significa che

nessuna decisione può essere presa senza che le parti siano state messe in condizione di partecipare effettivamente al processo.

La norma parla poi di **condizioni di parità**: è il principio della parità delle armi. Le parti devono trovarsi in una posizione processuale equilibrata. Si ribadisce inoltre che il giudice deve essere **terzo e imparziale**, rafforzando quanto già previsto dall'art. 25 Cost. Infine, viene costituzionalizzato il principio della **ragionevole durata del processo**. Anche questo principio già esisteva nel nostro ordinamento grazie all'art. 6 CEDU, ma nel 1999 viene inserito direttamente in Costituzione. È importante perché un processo troppo lungo equivale, di fatto, a una negazione della tutela. Il settimo comma prevede che contro le sentenze è sempre ammesso ricorso per violazione di legge davanti alla Corte di Cassazione. La parte sui provvedimenti riguardanti la libertà personale interessa il processo penale, ma il riferimento alle "sentenze" è fondamentale anche nel processo civile. Da questa norma la Cassazione, già dagli anni '50, ha elaborato un principio molto importante: non conta la forma del provvedimento (sentenza, ordinanza, decreto), ma la sua **natura sostanziale**. Se un provvedimento ha carattere decisivo e definitivo — cioè incide su diritti e chiude la questione — allora è ricorribile per Cassazione ex art. 111, comma 7, Cost., anche se formalmente non si chiama "sentenza". Questa interpretazione ha ampliato molto l'ambito del controllo di legittimità e ha inciso profondamente sul sistema delle impugnazioni.

LA MAGISTRATURA E LA FUNZIONE GIURISDIZIONALE

La magistratura è un organo dello Stato ed è titolare della funzione giurisdizionale. Per lungo tempo si è sostenuto che la magistratura fosse titolare **in via esclusiva** della funzione giurisdizionale. Oggi, però, questa affermazione non può più essere accolta in termini assoluti. Nel nostro ordinamento, infatti, esistono anche forme di giustizia diverse da quella statale. Un esempio significativo è rappresentato dall'arbitrato rituale. **L'Articolo 824-bis del Codice di procedura civile** stabilisce che il lodo arbitrale — cioè il provvedimento con cui si conclude il procedimento arbitrale davanti al collegio arbitrale — produce gli stessi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Questo dato normativo dimostra che, pur non trattandosi di un organo appartenente alla magistratura statale, anche l'arbitrato rituale è in grado di svolgere una funzione decisoria idonea a incidere sui diritti delle parti con effetti equivalenti a quelli di una sentenza. Ciò non toglie che la magistratura resti l'ordine dello Stato che, sulla base delle norme costituzionali, è strutturalmente investito della funzione giurisdizionale.

Che cos'è la giurisdizione?

Per definire la giurisdizione dobbiamo partire dall'Articolo 101 della Costituzione italiana. Il primo comma afferma che *"La giustizia è amministrata in nome del popolo"*. Questo significa che la funzione giurisdizionale è espressione della sovranità popolare: il giudice esercita una funzione pubblica che trae legittimazione dal popolo. Il secondo comma dispone che *"I giudici sono soggetti soltanto alla legge"*. Qui viene sancito un principio essenziale: il giudice, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, non è subordinato ad altri poteri dello Stato, ma esclusivamente alla legge. Si afferma così il principio di indipendenza. Se colleghiamo queste disposizioni con **l'Articolo 111 della Costituzione italiana**, secondo cui il processo deve svolgersi davanti a un giudice terzo e imparziale, possiamo ricavare una definizione complessiva di giurisdizione: la giurisdizione è una funzione statale, espressione della sovranità popolare, esercitata da una pluralità di giudici che devono essere terzi e imparziali e che sono soggetti soltanto alla legge. Quanto al contenuto della giurisdizione, esso si ricava dall'**Articolo 24 della Costituzione italiana**: attraverso la giurisdizione viene garantita la tutela giurisdizionale delle situazioni giuridicamente rilevanti, e tale tutela deve essere effettiva.

Composizione della magistratura

Per capire da chi è composta la magistratura occorre fare riferimento all'Articolo 102 della Costituzione italiana. Il primo comma stabilisce che la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Il secondo comma introduce un principio molto forte: non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Sia i giudici straordinari sia quelli speciali sono giudici "ad hoc", cioè istituiti con riferimento a determinate controversie o categorie di controversie. La differenza è questa:

- Il **giudice speciale** è istituito ex ante, cioè prima che la controversia sia sorta, per determinate materie;
- Il **giudice straordinario** è istituito ex post, cioè dopo che la controversia è già sorta, con riferimento a quella specifica vicenda. Un esempio storico è il Tribunale di Norimberga, istituito per giudicare i criminali nazisti.

Il divieto costituzionale mira a impedire la creazione di giudici costruiti su misura per determinate controversie, a tutela dell'imparzialità e del principio del giudice naturale. Tuttavia, lo stesso secondo comma dell'art. 102 consente l'istituzione, presso gli organi giudiziari ordinari, di sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura. Le sezioni specializzate non sono giudici speciali in senso costituzionalmente vietato: sono articolazioni interne della giurisdizione ordinaria, istituite per materie che richiedono competenze tecniche particolari. Si pensi, ad esempio, al tribunale per i minorenni o al tribunale delle acque. Il terzo comma dell'art. 102 prevede poi che la legge disciplini i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia. Questa previsione trova attuazione soprattutto nel processo penale, ad esempio attraverso la giuria popolare.

Una apparente contraddizione emerge se confrontiamo **l'art. 102 con l'Articolo 103** della Costituzione italiana. Dopo aver sancito il **divieto di giudici speciali**, la Costituzione stessa introduce alcune giurisdizioni speciali. Il primo comma dell'art. 103 stabilisce che il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi. Gli organi della giurisdizione amministrativa sono il **Consiglio di Stato e i Tribunale Amministrativo Regionale (TAR)**.

Questa disposizione introduce il criterio di riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Nel nostro ordinamento, quando il cittadino agisce contro la pubblica amministrazione:

- se fa valere un **interesse legittimo**, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo;
- se fa valere un **diritto soggettivo**, la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

Il primo comma dell'art. 103 richiama inoltre l'istituto della **giurisdizione esclusiva**, che costituisce una deroga al criterio generale di riparto. In alcune materie espressamente indicate dalla legge, la giurisdizione è attribuita in via esclusiva al giudice amministrativo, anche quando sono coinvolti diritti soggettivi. Storicamente, la giurisdizione esclusiva nacque per attribuire al giudice amministrativo la materia del pubblico impiego, materia che oggi, per quanto riguarda il pubblico impiego contrattualizzato, rientra invece nella competenza del giudice ordinario.

Proseguendo con l'Articolo 103 della Costituzione italiana, il secondo comma stabilisce che: "La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge". Qui viene introdotta la **Corte dei Conti**, che è titolare della cosiddetta giurisdizione contabile, cioè quella relativa alla contabilità pubblica. Si tratta quindi di un giudice speciale, dotato di competenza in una materia ben delimitata, che riguarda il controllo e la responsabilità nella gestione delle risorse pubbliche. Il terzo comma dell'art. 103 dispone invece che: *"I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate"*.

Anche i tribunali militari sono dunque giudici speciali, ma con una competenza diversa a seconda che si tratti di tempo di guerra o di pace. In tempo di pace la loro giurisdizione è limitata ai reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate. Tuttavia, questi non sono gli unici giudici speciali presenti nel nostro ordinamento. La loro ulteriore esistenza è presupposta dalla **sesta disposizione transitoria della Costituzione**, la quale prevede che, entro cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione, si proceda alla revisione degli organi di giurisdizione speciale allora esistenti, fatta salva la giurisdizione del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e dei tribunali militari. Questa disposizione dà per presupposto

che, al momento dell'entrata in vigore della Costituzione, esistessero ulteriori giudici speciali. In effetti, durante il periodo fascista erano stati istituiti numerosi organi di giurisdizione speciale, spesso utilizzati come strumenti per consolidare privilegi e assetti di potere del regime. La sesta disposizione transitoria imponeva quindi che tali giudici speciali, per poter sopravvivere nel nuovo ordinamento costituzionale, fossero riorganizzati in modo conforme ai principi della Costituzione. Tra i giudici speciali tuttora esistenti rientrano, ad esempio, i **giudici tributari**, che si occupano delle controversie tra cittadino e amministrazione finanziaria. Vi sono poi altri organi con funzioni giurisdizionali in ambiti particolari, come quelli operanti nell'ambito degli ordini professionali, competenti in materia di responsabilità disciplinare degli iscritti. Da tutto questo emerge che il principio di unicità della giurisdizione, affermato nell'Articolo 102 della Costituzione italiana, primo comma, è in realtà soltanto tendenziale. Il nostro ordinamento conosce infatti una pluralità di giurisdizioni, tra loro autonome e prive di collegamenti gerarchici.

MAGISTRATURA ORDINARIA

Nella nozione di magistratura ordinaria rientrano:

- i giudici civili,
- i giudici penali,
- il pubblico ministero.

Le garanzie costituzionali previste dagli artt. 104 e seguenti della Costituzione si riferiscono a tutti questi soggetti.

Composizione della giurisdizione civile

Anche nella giurisdizione civile, come in quella penale, esistono diversi gradi di giudizio:

1. I giudici di **PRIMO GRADO** sono:
 1. Il **giudice di pace** è un giudice onorario. Questa figura dà attuazione all'Articolo 106 della Costituzione italiana, comma 2, che prevede la possibilità che cittadini assumano temporaneamente l'esercizio di funzioni giurisdizionali. Il giudice di pace è stato istituito con la legge 374/1991 ed è entrato in funzione il 1° maggio 1995. È stato introdotto con l'obiettivo di alleggerire il carico dei giudici togati, cioè dei tribunali. La selezione avviene mediante concorso, al quale possono accedere cittadini in possesso di determinati requisiti (ad esempio laurea in giurisprudenza ed età compresa tra 35 e 70 anni). Inizialmente il legislatore non attribuì a questa figura competenze particolarmente ampie. La sua competenza civile era limitata e non gli fu mai riconosciuto il potere di emanare misure cautelari. Con il tempo, però, la sua competenza si è ampliata, anche in ambito penale. La norma di riferimento per la competenza civile è l'art. 7 c.p.c.
 2. Il **tribunale** è invece un giudice togato. I tribunali sono istituiti, di regola, presso i capoluoghi di provincia. La sua competenza è generale e residuale. L'art. 9 c.p.c. individua alcune materie di competenza esclusiva del tribunale e stabilisce che esso è competente per tutte le cause che non rientrano nella competenza del giudice di pace. Il tribunale è anche giudice d'appello rispetto alle sentenze del giudice di pace.
2. Giudici di **SECONDO GRADO**: Le **Corti d'appello** hanno sede, di regola, nei capoluoghi di regione. Sono giudici di appello rispetto alle sentenze del tribunale. In casi eccezionali possono essere giudici di primo e unico grado. Il numero delle Corti d'appello è inferiore rispetto a quello dei tribunali. L'ambito territoriale in cui operano prende il nome di distretto.
3. **CORTE DI CASSAZIONE**: la Corte di Cassazione ha attualmente sede unica a Roma. Fino al 1921 esistevano cinque Corti di Cassazione (Torino, Firenze, Roma, Napoli e Palermo). Essa è inserita nel sistema delle impugnazioni ordinarie. Le sentenze della Corte d'appello sono impugnabili con ricorso per Cassazione. Sia l'appello sia il ricorso per Cassazione devono essere proposti su impulso di parte.

Può impugnare soltanto chi abbia già assunto la qualità di parte nel grado precedente e sia rimasto soccombente.

Differenza tra appello e ricorso per Cassazione

L'**appello** ha una funzione di garanzia soggettiva. Si propone perché si ritiene che la sentenza di primo grado sia illegittima o ingiusta. È un mezzo di impugnazione a motivi illimitati: si possono denunciare sia errores in procedendo sia errores in iudicando. Il **ricorso per Cassazione**, pur essendo anch'esso un'impugnazione ordinaria, è un mezzo a motivi limitati: può essere proposto solo per i cinque motivi tassativamente indicati dall'art. 360 c.p.c. La sua funzione non è soltanto soggettiva. L'ordinamento gli attribuisce una funzione di garanzia oggettiva, cioè di **nomofilachia**. L'art. 65 del r.d. 12/1941 (legge sull'ordinamento giudiziario) afferma che la Corte di Cassazione deve assicurare l'esatta e uniforme interpretazione del diritto. Questo serve a garantire l'uguaglianza sostanziale tra i cittadini (art. 3, comma 2, Cost.), evitando che casi analoghi vengano decisi in modo difforme. Quando la Corte decide, oggi di regola con ordinanza, enuncia il cosiddetto principio di diritto. Esso è formalmente vincolante solo nel processo da cui origina il ricorso, ma svolge una funzione orientativa generale. Se il principio è enunciato dalle Sezioni Unite, è vincolante per le altre sezioni della Corte. Gli altri giudici, invece, possono discostarsene, in forza dell'art. 101, comma 2, Cost., che li rende soggetti soltanto alla legge. Questa funzione oggettiva trova conferma:

- Nell'art. 363 c.p.c., che prevede il ricorso nell'interesse della legge, proponibile dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione anche se le parti non hanno impugnato. La decisione non incide sul caso concreto.
- Nell'art. 363-bis c.p.c., introdotto dalla riforma Cartabia, che disciplina il rinvio pregiudiziale: il giudice di merito può rimettere direttamente alla Corte una questione nuova, complessa e suscettibile di riproporsi in numerosi giudizi.

Composizione degli organi giudicanti

Nel nostro ordinamento, per i giudici di primo grado, vige il principio tendenziale del giudice unico.

Il giudice di pace è sempre monocratico.

Quanto al tribunale, la monocraticità si è affermata solo dal 1998. Prima, il giudizio davanti al tribunale era interamente collegiale (tre magistrati).

Con il codice del 1942 si adottò una soluzione intermedia: le fasi introduttiva, di trattazione e istruttoria si svolgevano davanti al giudice istruttore (monocratico), mentre la decisione spettava a un collegio di tre giudici. Nel 1998, anche a seguito dell'abolizione delle preture e del trasferimento delle loro competenze al tribunale, si adottò la regola generale della composizione monocratica.

Oggi, dunque, nei processi a cognizione piena davanti al tribunale, la regola è il giudice unico (giudice designato). Solo in alcune ipotesi tassative previste dall'art. 50-bis c.p.c. la decisione è ancora affidata al collegio, secondo il modello tradizionale. Per quanto riguarda l'appello, è rimasta ferma nel tempo la regola della **composizione collegiale**. Questo significa che il processo davanti alle Corti d'appello si svolge sempre davanti a un collegio. A differenza di quanto accaduto per il tribunale, dove si è progressivamente affermata la regola della monocraticità, in appello la collegialità è rimasta la regola strutturale. C'è però un'eccezione apparente che in realtà conferma il sistema: quando il tribunale giudica in appello contro le sentenze del giudice di pace, si applica la regola generale della composizione monocratica. Dunque, il tribunale, anche quando funge da giudice d'appello, decide in composizione monocratica.

Le modifiche introdotte dalla Riforma Cartabia

Sulla composizione delle Corti d'appello è intervenuta la Riforma Cartabia, perché le Corti d'appello rappresentano storicamente l'ufficio giudiziario più in difficoltà. Quando nel 1990 fu abolita la pretura e le sue competenze furono trasferite al tribunale, quest'ultimo riuscì a reggere l'aumento del carico di lavoro perché si passò dalla decisione collegiale alla regola della composizione monocratica.

Per le Corti d'appello, invece, non fu previsto alcun intervento strutturale analogo. Il risultato è stato un accumulo progressivo di arretrato. Per tentare di alleggerire la situazione, la riforma ha introdotto gli artt. 349-bis e 350-bis c.p.c., prevedendo due possibili modalità alternative di trattazione. Il Presidente della Corte d'appello può:

- immettere la causa sul "binario tradizionale", quindi far svolgere l'intero giudizio davanti al collegio;
- oppure nominare un consigliere istruttore.

In questo secondo caso, le prime fasi del processo si svolgono davanti al consigliere istruttore, mentre la decisione resta comunque riservata al collegio. Si tratta, anche qui, di un tentativo di razionalizzare il lavoro e velocizzare la trattazione, senza abbandonare la collegialità nella fase decisoria.

Composizione della Corte di Cassazione

Il ricorso per Cassazione si svolge necessariamente davanti a un collegio di cinque giudici. Quando la Corte decide a Sezioni Unite, il collegio è composto da nove giudici. Anche con riferimento alla Corte di Cassazione la Riforma Cartabia ha introdotto una novità a fini deflattivi. L'art. 380-bis c.p.c. prevede, nei casi di ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati, la cosiddetta "decisione accelerata". In sostanza, il presidente della sezione o un consigliere delegato può formulare una sintetica proposta di definizione del processo. Anche qui si valorizza, almeno in fase preliminare, un intervento a struttura monocratica, con finalità di smaltimento del contenzioso.

LE GARANZIE COSTITUZIONALI DELLA MAGISTRATURA

Ciò che distingue la magistratura ordinaria dalle giurisdizioni speciali è che la Costituzione non si limita a riconoscerne l'esistenza, ma ne disciplina direttamente le garanzie. L'Articolo 104 della Costituzione italiana afferma al primo comma: "*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*". È interessante che la Costituzione parli di "ordine" e non di "potere", come invece accade per il potere legislativo ed esecutivo. L'art. 104 garantisce due concetti fondamentali:

- **autonomia**, che è una nozione statica e riguarda la posizione istituzionale della magistratura nel sistema dei poteri;
- **indipendenza**, che è una nozione dinamica e riguarda il momento concreto in cui il magistrato esercita la funzione giurisdizionale.

L'autonomia trova la sua disciplina nei commi successivi dell'art. 104 e nell'Articolo 105 della Costituzione italiana, che regolano la formazione e le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura.

Il Consiglio Superiore della Magistratura

Il CSM è l'organo di autogoverno della magistratura. È l'organo che presidia l'autonomia dell'ordine giudiziario ed è titolare in via esclusiva di tutti i poteri che incidono sullo status dei magistrati (assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni, provvedimenti disciplinari). Il secondo comma dell'art. 104 stabilisce che: "*Il Consiglio superiore della magistratura è presieduto dal Presidente della Repubblica*". In Assemblea costituente vi furono molte discussioni su chi dovesse presiederlo. Si ipotizzò il Ministro di Grazia e Giustizia, in continuità con la tradizione precedente, oppure il Primo Presidente della Corte di Cassazione. Entrambe le soluzioni furono ritenute troppo sbilanciate. Prevalse quindi la

scelta del Presidente della Repubblica, figura super partes e rappresentante dell’unità nazionale. Il terzo comma prevede la cosiddetta componente di diritto: fanno parte del CSM il Primo Presidente e il Procuratore Generale della Corte di Cassazione. Il quarto comma disciplina invece la componente elettiva. Due terzi dei membri sono eletti da tutti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie (componente togata), un terzo è eletto dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di materie giuridiche e avvocati con almeno quindici anni di esercizio (componente laica). La legge di riferimento è la l. 195/1958. Dopo la riforma del 2022, i componenti elettivi sono 30: 20 magistrati eletti dai magistrati e 10 membri laici eletti dal Parlamento. Il quinto comma prevede che il Consiglio elegga un vicepresidente tra i componenti designati dal Parlamento. Il CSM è un organo in seduta permanente, che lavora circa tre settimane al mese ed è articolato in nove commissioni. Poiché il Presidente della Repubblica non può esercitare quotidianamente le funzioni di presidenza, la figura del vicepresidente è centrale. Egli coordina l’attività, ma deve comunque riferire al Presidente della Repubblica e sottoporgli l’ordine del giorno per l’approvazione. La scelta di attribuire la vicepresidenza a un componente laico risponde all’esigenza di riequilibrare la componente di diritto, che è interamente composta da magistrati. Il sesto comma stabilisce che i membri elettivi restano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili. Il settimo comma prevede che, finché sono in carica, non possano essere iscritti agli albi professionali né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale. Si tratta di incompatibilità volte a garantire indipendenza e neutralità nell’esercizio delle funzioni

Art. 105 Cost.: le funzioni del CSM

L’Articolo 105 della Costituzione italiana disciplina le funzioni del Consiglio Superiore della Magistratura. Il primo comma stabilisce che: *“Spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell’ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati”*.

Queste competenze sono attribuite al CSM in via esclusiva. Tuttavia, non si tratta di un potere discrezionale puro: il CSM deve esercitare queste funzioni applicando le norme sull’ordinamento giudiziario. Non è libero di decidere secondo opportunità politica, ma è vincolato alla legge. Le funzioni elencate si possono distinguere in due gruppi:

- **funzioni amministrative:** assunzioni, assegnazioni, trasferimenti e promozioni;
- **funzioni giurisdizionali:** i provvedimenti disciplinari.

Questa distinzione non è solo teorica, perché da essa dipende il regime delle impugnazioni. Se il provvedimento del CSM ha natura amministrativa, potrà essere impugnato davanti al giudice amministrativo, cioè al TAR. Se invece il provvedimento ha natura giurisdizionale, come nel caso delle decisioni disciplinari, è previsto il ricorso per Cassazione.

L’art. 105 specifica che queste funzioni devono essere esercitate “secondo le norme dell’ordinamento giudiziario”. La legge fondamentale in materia è il r.d. 12/1941, più volte modificato nel tempo. A questo si aggiungono numerose altre leggi, tra cui la cosiddetta legge Castelli/Mastella del 2005–2007. La materia dell’ordinamento giudiziario è coperta da **riserva assoluta di legge**, e questo lo ricaviamo dall’Articolo 108 della Costituzione italiana, primo comma. Ciò significa che la disciplina può essere dettata solo con legge formale del Parlamento; il potere esecutivo può intervenire soltanto a livello di normativa secondaria e nei limiti consentiti.

Il potere normativo “atipico” del CSM

Accanto alle funzioni espressamente previste dalla Costituzione, il CSM esercita un potere che non è menzionato testualmente nella Carta ma che nella prassi ha assunto grande rilievo: un **potere normativo atipico**. Quando il CSM iniziò a operare, il legislatore non aveva previsto tutte le regole necessarie per il funzionamento concreto dell’organo. Ad esempio, mancavano disposizioni dettagliate sulle modalità di svolgimento del concorso in magistratura. Il CSM ha quindi colmato queste lacune adottando regolamenti

interni e criteri organizzativi. In questo modo ha disciplinato la propria attività, vincolandosi al rispetto delle regole che esso stesso si era dato.

L’azione disciplinare

L’Articolo 107 della Costituzione italiana, al secondo comma, stabilisce che: “Il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l’azione disciplinare”. I magistrati sono soggetti a tre forme di responsabilità: civile, penale e disciplinare. La responsabilità disciplinare è giudicata dal CSM (come prevede l’art. 105), ma il procedimento disciplinare può essere promosso soltanto:

- dal Ministro della giustizia;
- dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione.

Il Ministro, non avendo competenze tecniche per sostenere direttamente l’azione disciplinare, trasmette il fascicolo al Procuratore Generale, che provvede alla sua trattazione. Il giudizio disciplinare si svolge davanti al CSM. La decisione può essere impugnata davanti alla Corte di Cassazione, che decide a Sezioni Unite. Questo rappresenta un primo punto di contatto significativo tra potere esecutivo e magistratura.

Il secondo punto di contatto tra magistratura ed esecutivo è previsto dall’Articolo 110 della Costituzione italiana. Il primo comma dispone che: “Ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al Ministro della giustizia l’organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia”. In sostanza, tutto ciò che riguarda l’apparato organizzativo necessario per il funzionamento del servizio giustizia (personale amministrativo, strutture, mezzi materiali) è sotto la responsabilità del Ministro della giustizia. Si mantiene così un equilibrio: al CSM competono le decisioni sullo status dei magistrati; al Ministro spetta l’organizzazione dei servizi.

Poiché il CSM è presieduto dal Presidente della Repubblica, i suoi provvedimenti assumono la forma del **decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.)**. Tali atti devono recare la controfirma del Ministro della giustizia, secondo il principio generale della responsabilità ministeriale.

L’indipendenza della magistratura

Se l’autonomia attiene alla posizione dell’ordine giudiziario nel sistema dei poteri, l’indipendenza riguarda il singolo magistrato nell’esercizio concreto della funzione. La norma chiave è l’Articolo 101 della Costituzione italiana, comma 2: “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”. Questa disposizione crea un rapporto diretto e immediato tra giudice e norma giuridica. Tra i due non devono frapporsi interferenze. Il significato è duplice. Da un lato, garantisce l’**indipendenza esterna**, cioè l’assenza di vincoli o pressioni provenienti da altri poteri dello Stato, in particolare dal governo. Dall’altro lato, garantisce anche l’**indipendenza interna**, cioè l’assenza di vincoli gerarchici tra magistrati nell’esercizio della funzione giurisdizionale. Il giudice non è subordinato a superiori gerarchici nel decidere una controversia: risponde soltanto alla legge. Quando parliamo di **indipendenza interna** della magistratura, ci riferiamo al fatto che il magistrato deve essere protetto non solo da interferenze esterne (ad esempio provenienti dal Governo), ma anche da interferenze che provengono dall’interno dell’ordine giudiziario. Pensiamo, ad esempio, agli uffici direttivi: presidenti di tribunale, presidenti di Corte d’appello, procuratori della Repubblica. Si tratta di cariche amministrative. Tuttavia, queste funzioni organizzative non possono in alcun modo interferire con l’esercizio della funzione giurisdizionale del singolo magistrato. Il presidente dell’ufficio non può “condizionare” la decisione del giudice. L’Articolo 101 della Costituzione italiana, comma 2, svolge qui una funzione centrale. Questa disposizione ha un duplice significato. Da un lato, garantisce l’indipendenza del giudice, sia esterna sia interna. Dall’altro lato, impone la **soggezione del giudice alla legge**. Il giudice non può decidere arbitrariamente, né secondo il proprio buon senso personale. Deve applicare la legge. Quando si parla di principio di legalità, si fa riferimento a tutte le fonti del diritto, a partire da quelle sovranazionali fino a quelle nazionali. In questa seconda accezione, l’art. 101, comma 2, garantisce anche il principio di uguaglianza sostanziale dei cittadini (art. 3, comma 2, Cost.), perché mira ad assicurare che casi analoghi, anche se portati davanti a

giudici diversi, ricevano — almeno tendenzialmente — lo stesso trattamento. Un’ulteriore funzione di questa norma è quella di garantire la **certezza del diritto**.

Indipendenza esterna

Per ragioni storiche legate alla redazione della Costituzione, l’Assemblea Costituente si è soffermata soprattutto sull’indipendenza esterna. Una prima previsione fondamentale è contenuta nell’Articolo 106 della Costituzione italiana, comma 1, secondo cui le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso. Non si è scelto il criterio della nomina discrezionale, perché questo avrebbe potuto creare un vincolo di subordinazione tra magistrato e soggetto nominante. Il concorso pubblico garantisce invece imparzialità e autonomia. Attualmente il concorso in magistratura è disciplinato dal d.lgs. 160/2006. Il secondo comma dell’art. 106 prevede la possibilità della magistratura onoraria. Il terzo comma stabilisce che, su designazione del CSM, possono essere chiamati all’ufficio di consigliere di Cassazione per meriti insigni professori ordinari di materie giuridiche e avvocati con almeno quindici anni di esercizio, iscritti agli albi speciali per le giurisdizioni superiori. Si tratta però di un ingresso eccezionale, limitato alla copertura di un numero molto ridotto di posti (circa 10–12).

Un’altra norma fondamentale a tutela dell’indipendenza esterna è l’Articolo 107 della Costituzione italiana. Il primo comma afferma: “I magistrati sono inamovibili”. Essi non possono essere dispensati, sospesi, trasferiti o destinati ad altre funzioni se non per decisione del CSM, adottata nei casi e con le garanzie previste dall’ordinamento giudiziario, oppure con il loro consenso. La garanzia dell’inamovibilità era già presente nello Statuto Albertino, ma riguardava solo alcune categorie di magistrati. La Costituzione repubblicana la estende in modo generalizzato. Una delle ipotesi in cui può verificarsi un trasferimento per ragioni amministrative è la cosiddetta **incompatibilità ambientale**, che si verifica quando tra il magistrato e l’ufficio in cui opera si crea una situazione tale da compromettere il corretto esercizio della funzione. A presidio dell’indipendenza si può richiamare anche l’Articolo 98 della Costituzione italiana, nonché le norme relative alla retribuzione dei magistrati. L’art. 98, comma 3, prevede che la legge possa stabilire limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per i magistrati. Questo serve a preservarne l’imparzialità. Quanto alla retribuzione, l’idea è che un trattamento economico adeguato protegga il magistrato da pressioni o tentazioni. Infine, l’affidamento ai magistrati di incarichi diversi da quelli giurisdizionali è possibile, ma richiede l’autorizzazione del CSM.

Indipendenza interna

Per quanto riguarda l’indipendenza interna, la norma chiave è l’Articolo 107 della Costituzione italiana, comma 3: “I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni”. Questo significa che nell’ambito della magistratura non esiste una gerarchia in senso proprio. Non c’è una struttura gerarchica come negli altri poteri dello Stato. L’idea di fondo era quella di evitare che la carriera del magistrato fosse legata a meccanismi competitivi tali da condizionarne l’attività. Nel sistema precedente, il passaggio di funzioni era collegato al superamento di concorsi interni. Si voleva evitare che il magistrato fosse più concentrato sulla progressione di carriera che sul proprio lavoro giurisdizionale. Da qui nasce il cosiddetto **sistema dei ruoli aperti**, rimasto in vigore fino alla riforma Castelli/Mastella del 2005–2007. In quel sistema, i magistrati erano distinti in tre grandi categorie: giudice di primo grado, consigliere d’appello e consigliere di Cassazione. A ciascuna categoria corrispondeva un determinato trattamento economico. Il passaggio da una categoria all’altra avveniva sostanzialmente per anzianità di servizio, previo parere del CSM, che di fatto era sempre favorevole. Anche senza esercitare concretamente le nuove funzioni, il magistrato ne acquisiva la titolarità. Si parlava di “ruoli aperti” proprio perché la titolarità delle funzioni era sganciata dal loro effettivo esercizio. Accadeva così che magistrati formalmente consiglieri di Cassazione continuassero a lavorare in tribunale. Il sistema garantiva al massimo grado l’indipendenza, ma aveva un limite evidente: non prevedeva un vero controllo sulla professionalità, sulla preparazione e sull’aggiornamento del magistrato. Negli anni ’80 il CSM cercò di intervenire, utilizzando il proprio potere normativo atipico e introducendo il sistema della formazione obbligatoria e dei crediti formativi. Poi intervenne la riforma Castelli/Mastella (2005–2007), attuata anche

attraverso il d.lgs. 160/2006. L'art. 10 del decreto distingue oggi i magistrati in numerose categorie (circa dodici per ciascuna funzione, giudicante e requirente). Ma soprattutto, l'art. 11 introduce la valutazione di professionalità quadriennale. Si tratta di un procedimento complesso che inizia presso il Consiglio giudiziario a livello locale e si conclude davanti al CSM. La valutazione riguarda capacità, laboriosità, diligenza e impegno, secondo parametri oggettivi stabiliti dal CSM. Tuttavia, il secondo comma dell'art. 11 pone un limite fondamentale: la valutazione non può in alcun caso riguardare l'attività di interpretazione delle norme di diritto né la valutazione del fatto o delle prove. Questa limitazione è diretta espressione dell'art. 101, comma 2, Cost.: il giudice è soggetto soltanto alla legge. Nessuno può sindacare il merito della sua interpretazione o della sua valutazione probatoria, perché ciò comprometterebbe la sua indipendenza.

PROGRESSIONE DELLE FUNZIONI DOPO LA RIFORMA

Per quanto riguarda la progressione delle funzioni, la disciplina contenuta negli artt. 12 e seguenti del d.lgs. 160/2006 ha rivoluzionato completamente il sistema precedente.

Il primo elemento di novità è che il passaggio di funzioni può avvenire solo se si rende vacante un posto. È stato quindi definitivamente abbandonato il sistema dei cosiddetti "ruoli aperti".

Quando si verifica una vacanza, viene bandito un concorso. Possono parteciparvi magistrati che abbiano maturato un determinato numero di valutazioni di professionalità positive.

Si tratta di un concorso per titoli: non c'è una prova d'esame, ma si valuta l'attività effettivamente svolta dal magistrato. È stato quindi introdotto un meccanismo selettivo, che ha sostituito l'automatismo legato alla sola anzianità di servizio.

La responsabilità dei magistrati

È vero che i magistrati sono autonomi e indipendenti, ma questo non significa che siano irresponsabili. Al contrario, sono soggetti a responsabilità. Anzitutto rientrano nella previsione dell'Articolo 28 della Costituzione italiana. Il primo comma stabilisce che i funzionari e i dipendenti dello Stato sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. Il secondo comma aggiunge che, in tali casi, la responsabilità civile si estende allo Stato. Per quanto riguarda i magistrati, si configurano tre forme di responsabilità.

1) Responsabilità penale: Il magistrato, in quanto cittadino, è soggetto alla responsabilità penale come chiunque altro. Con riferimento specifico all'esercizio delle funzioni giurisdizionali, può incorrere in reati contro la pubblica amministrazione, qualora ne ricorrono i presupposti.

2) Responsabilità civile: La responsabilità civile del magistrato è disciplinata dalla legge 117/1988, la cosiddetta legge Vassalli. Questa legge è stata introdotta all'indomani di un referendum popolare con cui i cittadini si erano espressi a favore della previsione di una forma di responsabilità civile del magistrato, che fino a quel momento non era contemplata in modo strutturato. La disciplina è stata poi significativamente modificata dalla legge 18/2015, a seguito di un intervento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. L'art. 2, comma 1, stabilisce che chi abbia subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, atto o provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni, oppure per diniego di giustizia, può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali. È importante sottolineare che l'azione non si propone direttamente contro il magistrato, ma contro lo Stato. Successivamente, lo Stato può esercitare azione di rivalsa nei confronti del magistrato, entro determinati limiti quantitativi. Anche qui troviamo una clausola di salvaguardia. Il comma 2 dell'art. 2 stabilisce che, salvo il caso di dolo, non dà luogo a responsabilità l'attività di interpretazione delle norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove. Ancora una volta emerge il collegamento con l'Articolo 101 della Costituzione italiana, comma 2: il giudice è soggetto soltanto alla legge e la sua attività interpretativa non può essere sindacata sotto il profilo della responsabilità civile. Il comma 3 chiarisce che costituisce colpa grave, tra l'altro, la violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione europea, nonché il travisamento del fatto o delle prove. Questo significa che il magistrato che ometta di applicare il diritto dell'UE può incorrere in responsabilità civile.

3) Responsabilità disciplinare: La responsabilità disciplinare è regolata dal d.lgs. 109/2006, anch'esso attuativo della riforma Castelli/Mastella. Nel sistema precedente, la disciplina si fondava su una formula molto generica contenuta nella cosiddetta legge delle guarentigie del 1946, secondo cui il magistrato rispondeva disciplinamente se con il suo comportamento aveva leso l'onore dell'ordine giudiziario.

Una previsione così ampia rischiava di compromettere l'indipendenza del magistrato. **Con il d.lgs. 109/2006** si è proceduto alla **tipizzazione degli illeciti disciplinari**: il decreto contiene un elenco dettagliato delle condotte rilevanti. Anche qui troviamo una clausola di salvaguardia: l'art. 2, comma 2, stabilisce che l'attività di interpretazione delle norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare. La riforma non si è limitata alla tipizzazione degli illeciti, ma ha anche rivisto la disciplina del procedimento disciplinare, rafforzando le garanzie del contraddittorio.

Magistratura come “ordine” e non come “potere”

L'Articolo 104 della Costituzione italiana afferma che: “La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere”. La magistratura viene definita “ordine” e non “potere”, a differenza del potere legislativo ed esecutivo. Per comprendere questa scelta terminologica è utile richiamare l'Articolo 134 della Costituzione italiana, che attribuisce alla Corte costituzionale la competenza a decidere sui conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato. Il conflitto di attribuzione si solleva quando un potere ritiene che un altro abbia invaso la propria sfera di competenza. L'art. 37 della legge 87/1953 (legge istitutiva della Corte costituzionale) stabilisce che il conflitto può essere sollevato dall'organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene. Questa formulazione presuppone una struttura gerarchica interna ai poteri dello Stato, con un organo di vertice. Ma nella magistratura non esiste una vera gerarchia. Proprio per questo si è posto il problema di individuare chi fosse legittimato a sollevare il conflitto di attribuzione per conto della magistratura. La soluzione elaborata è che ciascun magistrato è legittimato a sollevare il conflitto, perché ciascun magistrato è competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene. Ogni magistrato, infatti, è pienamente titolare della funzione giurisdizionale e può emanare provvedimenti che, al ricorrere delle condizioni di legge, acquistano l'autorità della cosa giudicata. La legittimazione, nel caso della magistratura, è quindi **diffusa**: spetta a ogni singolo magistrato. Ed è proprio questa assenza di una struttura gerarchica verticale che spiega perché la Costituzione parli di “ordine” e non di “potere”.

LE MAGISTRATURE SPECIALI

Per quanto riguarda le magistrature speciali, la Costituzione adotta un'impostazione diversa rispetto a quella prevista per la magistratura ordinaria. La Carta costituzionale non disciplina in modo dettagliato le garanzie delle magistrature speciali, ma si limita a prevederne l'indipendenza, rinviando al legislatore ordinario per la regolamentazione concreta. La norma di riferimento è l'Articolo 108 della Costituzione italiana, comma 2, che stabilisce: “La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia”. Il fatto che la Costituzione si limiti a garantire l'indipendenza delle magistrature speciali, senza disciplinarla direttamente, è molto significativo. Significa che eventuali modifiche alla loro organizzazione o alle loro garanzie passano attraverso un procedimento legislativo ordinario, e non richiedono una revisione costituzionale. Questo già segnala una differenza strutturale tra magistratura ordinaria e magistrature speciali: le prime sono costituzionalmente “blindate” nelle loro garanzie, le seconde no.

Il giudice amministrativo

La legge che ha dato attuazione all'indipendenza del giudice amministrativo è la legge 186/1982, più volte modificata nel tempo. In base a questa legge, le funzioni che l'Articolo 105 della Costituzione

italiana attribuisce al CSM per la magistratura ordinaria sono esercitate, per la giurisdizione amministrativa, dal **Consiglio di Presidenza del Consiglio di Stato**. Questa previsione ha sicuramente contribuito a rafforzare l'autonomia del giudice amministrativo. Tuttavia, l'indipendenza del giudice amministrativo non è del tutto sovrapponibile a quella del giudice ordinario. I profili critici si concentrano principalmente su due aspetti.

1) L'accesso alla magistratura amministrativa:

Il primo punto riguarda le modalità di accesso.

A differenza della magistratura ordinaria, dove l'accesso avviene esclusivamente per concorso pubblico (art. 106 Cost.), nella magistratura amministrativa esistono più canali di accesso.

I magistrati amministrativi si distinguono per funzioni: referendari, consiglieri del TAR, consiglieri di Stato, Presidente del Consiglio di Stato, oltre alle funzioni apicali.

Per quanto riguarda in particolare i consiglieri di Stato, il sistema prevede:

- Un concorso riservato ai consiglieri del TAR;
- Un concorso per esterni, riservato a soggetti che già ricoprono posizioni elevate nella pubblica amministrazione;
- Una quota pari a un quarto dei posti, di nomina governativa.

È proprio quest'ultimo aspetto a suscitare le maggiori perplessità. Nel processo amministrativo, infatti, la pubblica amministrazione è parte necessaria, perché è nei suoi confronti che il cittadino propone la domanda. La circostanza che una quota di consiglieri di Stato sia di nomina governativa — e che anche il Presidente del Consiglio di Stato sia nominato dal Governo — solleva dubbi circa la piena terzietà e imparzialità di questi giudici. Il problema è delicato, perché il giudice amministrativo è chiamato a giudicare l'operato della pubblica amministrazione, e una parte dei suoi componenti proviene proprio da nomine governative.

2) Le funzioni del Consiglio di Stato:

Il secondo profilo problematico riguarda la natura e le funzioni del Consiglio di Stato. Il Consiglio di Stato nasce nel Regno d'Italia, sul modello francese, come organo consultivo. Solo successivamente gli sono state attribuite anche funzioni giurisdizionali.

Ancora oggi le sezioni del Consiglio di Stato sono suddivise tra:

- Sezioni consultive;
- Sezioni giurisdizionali.

È previsto un passaggio dei magistrati tra queste diverse sezioni: un magistrato può svolgere prima funzioni consultive e poi giurisdizionali, o viceversa. Questa scelta ha una sua ratio: è importante che il giudice amministrativo conosca dall'interno il funzionamento della macchina amministrativa. Tuttavia, il fatto che un magistrato possa prima svolgere funzioni consultive — affiancando l'attività della pubblica amministrazione — e poi trovarsi a giudicarla in sede giurisdizionale, pone un problema sotto il profilo della terzietà. A questo si aggiunge un ulteriore elemento: i consiglieri di Stato sono spesso chiamati a svolgere funzioni stragiudiziali, ad esempio presso ministeri o presso il Parlamento. Anche questo intreccio tra funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali può far sorgere dubbi circa l'effettiva indipendenza e imparzialità del giudice amministrativo.

Codice di procedura civile: le coordinate generali

Anche se la nostra Costituzione riconosce una serie molto ampia di libertà, la vita giuridica non è mai completamente libera in senso assoluto. Le relazioni tra i consociati sono sempre regolate, da un lato, dalla legge e, dall'altro, dai negozi giuridici. Per esempio: se sono proprietario di un bene, è vero che posso goderne liberamente, ma entro certi limiti. Devo rispettare le distanze legali; se il vicino è titolare di una servitù di passaggio, devo consentirgli l'esercizio di quel diritto. Lo stesso vale per il matrimonio, per la stipulazione di un contratto, per qualunque rapporto obbligatorio.

Finché le regole vengono rispettate, il sistema funziona senza particolari problemi. Il problema nasce quando le regole non vengono rispettate, cioè quando si verifica quella che viene definita “crisi di cooperazione”. Nel nostro ordinamento, però, vige il divieto di autotutela privata. Questo significa che il soggetto non può farsi giustizia da sé. È lo Stato che deve occuparsi delle crisi di cooperazione.

Ed è proprio nel momento in cui si verifica la crisi di cooperazione che entra in gioco il diritto processuale. La funzione del processo civile

Lo scopo dell'ordinamento processuale si ricava dall'Articolo 24 della Costituzione italiana, comma 1: garantire una tutela effettiva. La tutela effettiva consiste nell'attribuire al cittadino che ha subito la crisi di cooperazione tutto e proprio quello che ha diritto di conseguire in base alla norma sostanziale. Il sistema processuale è quindi necessariamente complesso. Non esiste un unico processo civile, ma una pluralità di processi, ciascuno con una funzione specifica. Il processo, da un lato, serve a ottenere un accertamento sull'esistenza o meno del diritto: questa è la funzione del processo di cognizione. Ma se, dopo l'accertamento, il destinatario della decisione continua a non rispettare la regola, è necessario un ulteriore intervento. A questo serve il processo esecutivo: lo Stato si sostituisce al debitore inadempiente e realizza coattivamente l'utilità che il creditore ha diritto di conseguire. Per esempio, attraverso l'espropriazione forzata si consente al creditore di ottenere il denaro dovuto.

Le liti da pretesa insoddisfatta e i procedimenti speciali

Il legislatore tiene conto di un dato molto concreto: nella maggior parte dei casi, quando si verifica una crisi di cooperazione, non viene contestata l'esistenza del diritto. Più spesso il debitore semplicemente non vuole pagare. Si tratta delle cosiddette liti da pretesa insoddisfatta.

Costringere l'attore ad affrontare un processo a cognizione piena in questi casi significherebbe sprecare tempo ed energie. Per questo motivo tutti gli ordinamenti prevedono procedimenti speciali che consentono al creditore di ottenere rapidamente un provvedimento di condanna, idoneo, in presenza di determinate condizioni, a dare avvio al processo esecutivo.

In questo schema si realizza un'inversione formale delle posizioni: è il debitore, se vuole contestare l'esistenza del diritto, che deve attivarsi per aprire il processo a cognizione piena.

Un esempio tipico è il procedimento per ingiunzione, disciplinato dagli artt. 633 e seguenti del codice di procedura civile. Il creditore può ottenere, attraverso una fase che si svolge senza contraddittorio, un decreto ingiuntivo. Questo decreto, in presenza di determinate condizioni, può essere immediatamente esecutivo. Spetterà poi al debitore, se intende contestare il diritto, proporre opposizione al decreto ingiuntivo. L'opposizione apre il processo a cognizione piena di primo grado.

L'esigenza di tutela anticipatoria

C'è poi un'altra esigenza di cui il legislatore deve tener conto.

Il processo civile, per sua natura, ha una durata fisiologica. Tuttavia, esistono situazioni giuridiche che non possono rimanere insoddisfatte per tutto il tempo necessario allo svolgimento del processo a cognizione piena. Si pensi, per esempio, all'obbligo di mantenimento dei figli. Se l'obbligato non adempie, non si può attendere la fine del processo, perché nel frattempo verrebbe compromessa la sopravvivenza stessa dei figli. Per rispondere a queste esigenze, gli ordinamenti prevedono strumenti processuali che consentono di ottenere rapidamente un provvedimento anticipatorio, cioè un provvedimento che anticipa, in tutto o in parte, il contenuto e gli effetti della futura sentenza.

Sia la Corte costituzionale italiana sia la Corte di giustizia dell'Unione europea hanno definito questi provvedimenti come costituzionalmente doverosi, perché senza di essi la tutela non sarebbe effettiva.

STRUTTURA DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

Il Codice di procedura civile è suddiviso in libri. Libro I (artt. 1–162) Nel primo libro sono disciplinati istituti e principi generali che trovano applicazione in tutti i procedimenti regolati nei libri successivi. Si tratta delle coordinate fondamentali del processo civile. Libro II (artt. 163–473-ter) Il secondo libro disciplina il processo a cognizione piena. Il processo a cognizione piena è caratterizzato dall'atipicità: può accogliere qualsiasi situazione giuridicamente rilevante. È in questo processo che trova espressione il carattere atipico del diritto di azione. In realtà, non esiste un solo modello di processo a cognizione piena, ma quattro:

- Rito ordinario
- Rito semplificato di cognizione

Questi due riti si applicano alle medesime controversie. Il rito ordinario è pensato per controversie complesse; il rito semplificato per quelle più semplici.

- Rito del lavoro

Si applica alle controversie indicate nell'art. 409 c.p.c., ma anche alle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria e a quelle in materia locatizia.

- Procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie

Disciplinato dagli artt. 473-bis e seguenti (fino al 473-bis.72), è una novità introdotta dalla Riforma Cartabia. La particolare numerazione deriva dalla tecnica della novellazione, che consente di inserire nuove disposizioni senza alterare la numerazione originaria del codice.

Questo procedimento ha l'obiettivo di uniformare e razionalizzare la disciplina delle controversie in materia familiare e minorile. Fino al 2022 la normativa era frammentaria e caratterizzata da riti diversi e spesso poco coordinati.

Libro primo

Il primo libro del codice di procedura civile si apre con il titolo dedicato agli organi giudiziari. La scelta di iniziare proprio dal giudice non è casuale, ma riflette l'epoca in cui il codice è stato redatto: il 1940, in pieno periodo fascista. L'impostazione è quindi fortemente statalista, e questo spiega perché il codice prenda le mosse dall'organo chiamato a esercitare la funzione giurisdizionale. L'articolo 1 reca infatti la rubrica "giurisdizione dei giudici ordinari", e subito dopo troviamo una serie di disposizioni che riguardano la competenza del giudice. La competenza è uno dei criteri di legittimazione del giudice: perché un giudice possa decidere validamente una controversia deve essere fornito sia di giurisdizione sia di competenza. Le questioni di giurisdizione sono disciplinate dall'articolo 37 c.p.c., mentre la competenza è regolata dagli articoli 7 e seguenti. Le questioni di giurisdizione sono tassative. Tra queste rientra anzitutto il riparto tra giudice ordinario e giudice speciale. Un'altra questione di giurisdizione riguarda i limiti della giurisdizione italiana: quando una situazione giuridica presenta collegamenti con più ordinamenti, occorre stabilire se la controversia possa essere portata davanti al giudice italiano. A questa domanda rispondono le convenzioni internazionali cui l'Italia aderisce. Attualmente lo strumento più rilevante in ambito europeo è il Regolamento (UE) n. 1215/2012, noto come "Bruxelles I bis", che stabilisce criteri comuni tra gli Stati membri per individuare il giudice competente. Il criterio generale è quello del domicilio o della residenza del convenuto. Il fatto che una causa sia incardinata in Italia sulla base di questo regolamento non significa però che il giudice italiano debba necessariamente applicare la legge italiana: sul piano sostanziale potrà essere chiamato ad applicare una legge straniera. Oltre al regolamento Bruxelles I bis, esistono altre convenzioni internazionali applicabili in determinati ambiti. Sul piano interno, quando non entrano in gioco strumenti sovranazionali, la disciplina è contenuta nella legge 218 del 1995, che regola la giurisdizione e l'individuazione della legge applicabile nei rapporti con elementi di internazionalità. Anche qui il criterio di base è quello del domicilio o della residenza del convenuto. Una volta accertata la giurisdizione del giudice italiano, bisogna stabilire quale giudice sia competente. Occorre cioè verificare se la competenza appartenga al giudice di pace o al tribunale. Qui entrano in gioco i criteri di competenza cosiddetti verticali, cioè la competenza per materia e per valore. Talvolta il legislatore utilizza criteri misti. L'articolo 7 c.p.c., ad esempio, stabilisce che il giudice di pace è competente per le cause relative a beni mobili di valore non superiore a 10.000 euro. Risolta la

questione della competenza verticale, occorre individuare quale ufficio giudiziario sia territorialmente competente. Si tratta dei cosiddetti criteri orizzontali, disciplinati dagli articoli 18 e seguenti c.p.c., che determinano quale tribunale o quale giudice di pace sia competente in concreto. Il capo secondo del libro primo si occupa del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario, cioè degli ausiliari del giudice. Il cancelliere svolge una funzione di supporto, assimilabile a quella di un segretario, mentre l'ufficiale giudiziario riveste un ruolo particolarmente rilevante soprattutto nel processo esecutivo. Il titolo secondo è dedicato al pubblico ministero. Anche nel processo civile il pubblico ministero ha un ruolo, sebbene molto diverso rispetto al processo penale. Vi sono ipotesi tassative, previste dall'articolo 69 c.p.c., in cui il pubblico ministero ha diritto di azione, e altre ipotesi, indicate nell'articolo 70 c.p.c., in cui è parte necessaria del processo civile. In generale, la sua legittimazione ad agire o la sua partecipazione necessaria sono previste quando è coinvolto un interesse pubblico. Negli articoli 75 e seguenti troviamo le disposizioni relative alle parti e ai loro difensori. Nel processo civile vige, come regola generale, l'obbligo della difesa tecnica: non si può stare in giudizio personalmente. L'unica eccezione riguarda il giudice di pace, davanti al quale è ammessa la difesa personale, anche se nella pratica è comunque sconsigliabile, perché il processo, pur davanti al giudice di pace, è regolato da norme precise, con termini e preclusioni che devono essere rispettati. Il mancato rispetto delle regole processuali può portare alla soccombenza anche chi avrebbe ragione nel merito. Il titolo quarto disciplina l'esercizio dell'azione (articoli 99–111). L'articolo 99 introduce il principio della domanda, che rappresenta uno dei presidi della terzietà del giudice. In base a questo principio, il giudice non può iniziare il processo d'ufficio: il processo deve essere attivato da un soggetto diverso dal giudice. L'articolo 101 disciplina il principio del contraddittorio, che ha anche rango costituzionale. Il primo comma riguarda la fase iniziale del processo: la domanda deve essere portata a conoscenza del convenuto. Il secondo comma chiarisce che il contraddittorio deve essere rispettato lungo tutto il corso del processo: il giudice non può mai pronunciarsi senza aver dato alle parti la possibilità di esprimersi. Collegato al principio della domanda e al contraddittorio è il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, che si trova nel titolo dedicato ai poteri del giudice. In base a questo principio, il giudice deve decidere entro i limiti delle domande proposte dalle parti: non può attribuire più di quanto richiesto né pronunciarsi su questioni non sollevate. Gli articoli 102 e seguenti, fino all'articolo 111 (ad eccezione dell'articolo 104), disciplinano il processo litisconsortile, cioè il processo che si svolge con la partecipazione di più parti, e non soltanto tra un attore e un convenuto. Il titolo quinto riguarda i poteri del giudice (articoli 112 e seguenti). Gli articoli 113 e 114 esprimono il principio di legalità: il giudice, come regola generale, applica le norme di diritto. Solo in casi particolari può decidere secondo equità, come prevede l'articolo 114. L'equità non coincide con il buon senso personale del giudice, ma si fonda su criteri oggettivi che appartengono alla comunità e che non sono ancora stati formalizzati in norme di legge. Una parte importante del titolo quinto è dedicata alla fase istruttoria, cioè alla fase di acquisizione delle prove. Il principio fondamentale in materia probatoria è contenuto non nel codice di procedura civile, ma nel codice civile, all'articolo 2697, che disciplina l'onere della prova e distribuisce tra le parti il rischio della mancata dimostrazione dei fatti. Gli articoli 115 e seguenti del codice di procedura civile contengono i principi sull'acquisizione e valutazione delle prove. L'articolo 115 enuncia il principio di disponibilità delle prove: in linea generale il giudice decide sulla base delle prove richieste dalle parti, anche se nel processo italiano il giudice dispone di poteri istruttori, più ampi nel rito del lavoro che nel rito ordinario. L'articolo 116 stabilisce che il giudice valuta le prove secondo il suo prudente apprezzamento. Questa è la regola generale: si parla infatti di prove liberamente valutabili. In casi eccezionali, però, il legislatore predetermina il valore della prova: si tratta delle cosiddette prove legali. Un esempio tipico è la confessione, che, se resa nelle forme previste dalla legge, vincola il giudice, il quale non può discostarsene. Il titolo sesto, che chiude il primo libro, è dedicato agli atti processuali. Il processo è una sequenza logicamente e cronologicamente ordinata di atti, che si apre con la domanda giudiziale e si chiude, di regola, con la sentenza. Gli articoli 121 e seguenti contengono la disciplina generale degli atti processuali. L'articolo 121 enuncia il principio di libertà delle forme: per gli atti per i quali la legge non richiede una forma determinata, è sufficiente la forma idonea al raggiungimento dello scopo. Nel processo civile la nozione di forma è ampia e comprende anche il contenuto dell'atto. Lo scopo di un atto processuale è consentire alle parti o al giudice di esercitare i poteri successivi previsti dalla legge. A questo concetto si collega la disciplina della nullità degli atti processuali, regolata dagli articoli 156 e seguenti, che può derivare dalla mancanza dei requisiti di forma o di contenuto richiesti dalla legge.

Secondo libro

Il secondo libro del codice di procedura civile è dedicato ai processi di cognizione. La loro prima caratteristica è l'atipicità: possono essere utilizzati con riferimento a qualsiasi situazione giuridicamente rilevante. Così come il diritto di azione è atipico, allo stesso modo lo è il processo di cognizione piena, che rappresenta lo strumento ordinario attraverso cui si realizza la tutela giurisdizionale. L'espressione "cognizione piena" va letta in collegamento con l'Articolo 111 della Costituzione italiana, il quale afferma che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. La pienezza, dunque, non riguarda solo l'ampiezza dell'accertamento, ma anche il fatto che si tratta di un processo minuziosamente disciplinato dal legislatore. Questa regolamentazione dettagliata non è fine a se stessa: è una garanzia per le parti, perché consente loro di controllare che il giudice e la controparte rispettino le regole predeterminate. Il processo si apre con la domanda giudiziale. Nel rito ordinario la domanda assume la forma dell'atto di citazione (art. 163 c.p.c.); nel rito semplificato di cognizione viene introdotta con ricorso (art. 281-undecies c.p.c.); anche il rito del lavoro e i procedimenti in materia di famiglia si aprono con ricorso. L'atto di citazione è più complesso rispetto al ricorso, perché non si limita a esercitare il diritto di azione, ma attiva direttamente il contraddittorio: è l'attore che fissa la data della prima udienza. L'atto viene prima notificato al convenuto e poi depositato presso l'ufficio giudiziario. Nel procedimento introdotto con ricorso, invece, il meccanismo è inverso: l'attore deposita il ricorso davanti al giudice, il quale fissa con decreto la data dell'udienza, e solo successivamente l'attore deve notificare al convenuto sia il ricorso sia il decreto. Con la domanda giudiziale l'attore esercita il diritto di azione. A essa corrisponde il primo atto difensivo del convenuto, la comparsa di risposta (nel rito lavoro, memoria difensiva). Attraverso questo atto il convenuto può esercitare poteri difensivi di diversa intensità: può limitarsi alla mera difesa, può proporre eccezioni, può formulare una domanda riconvenzionale oppure chiamare in causa un terzo. Il giudice, a fronte della domanda dell'attore e delle difese del convenuto, si trova davanti una o più domande e le relative contestazioni. Su questo dovrà pronunciarsi, stabilendo se il diritto fatto valere esiste o non esiste. Il suo provvedimento è suscettibile di controllo, perché possono esservi errori, tanto del giudice quanto delle parti. Per questo, concluso il primo grado, può aprirsi l'appello e, successivamente, il giudizio di Cassazione mediante ricorso. Quando l'attore propone la domanda deve individuare la situazione giuridica per cui chiede tutela. Deve indicare il bene della vita in gioco — ad esempio la proprietà di un bene o il pagamento di una somma — e i fatti constitutivi su cui fonda la domanda. Se, ad esempio, si rivendica la proprietà, occorrerà indicare il modo di acquisto (compravendita, usucapione, accessione, specificazione, ecc.). Deve inoltre indicare la crisi di cooperazione e la forma di tutela richiesta. Il giudice può concedere tre forme di tutela: quella di mero accertamento, che si limita a dichiarare l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica; quella di condanna, che contiene un ordine rivolto al convenuto; e quella costitutiva, prevista espressamente dall'art. 2908 c.c., che produce direttamente effetti giuridici, come accade, ad esempio, nell'annullamento del matrimonio. I poteri difensivi del convenuto si articolano in diverse modalità. Con la mera difesa egli contesta i fatti allegati dall'attore senza introdurre elementi nuovi. Con l'eccezione di merito introduce fatti modificativi, estintivi o impeditivi a sé favorevoli. Con la domanda riconvenzionale si fa attore nei confronti dell'attore. Con la chiamata in causa di terzi amplia ulteriormente il contraddittorio. Una volta delimitate le domande e le difese, il giudice deve individuare il tema decidendum, ossia l'oggetto della controversia, e il tema probandum, cioè i fatti giuridicamente rilevanti da accertare. Questi comprendono sia i fatti constitutivi allegati dall'attore, sia quelli modificativi, estintivi o impeditivi dedotti dal convenuto. Nel nostro ordinamento opera il principio di non contestazione: nei processi relativi a diritti disponibili, il giudice deve accettare soltanto i fatti specificamente contestati. Quanto più precisa è l'allegazione di una parte, tanto più specifica deve essere la contestazione della controparte. I fatti non contestati si considerano provati; quelli contestati entrano nel tema probandum e devono essere oggetto di prova. Non sempre è necessario aprire una fase istruttoria. Se la controversia riguarda solo questioni di diritto o se le prove sono tutte documentali e già prodotte, il giudice può passare direttamente alla fase decisoria. Negli altri casi, quando vi sono fatti controversi e richieste istruttorie, si apre la fase istruttoria, diretta dal giudice. Le richieste di prova sono sottoposte a un vaglio di ammissibilità e rilevanza prima di essere ammesse. Conclusa l'istruttoria, si apre la fase decisoria, oggi profondamente innovata dalla Riforma

Cartabia. L'attività decisoria può essere ricostruita attraverso lo schema del sillogismo giudiziale: il giudice parte dai fatti accertati (premessa minore), individua la norma applicabile (premessa maggiore, *quaestio iuris*) e formula la conclusione sull'esistenza o meno del diritto. Se accerta l'esistenza del diritto, deve aver verificato la sussistenza di tutti i fatti costitutivi e l'assenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi. Se rigetta la domanda, è sufficiente che accerti la mancanza di uno solo dei fatti costitutivi: questo diventa il motivo portante del rigetto. Il processo non si esaurisce necessariamente con la sentenza di primo grado. La parte soccombente può proporre appello (artt. 339 e ss. c.p.c.), mezzo di impugnazione a motivi illimitati, con funzione di garanzia soggettiva. In appello la controversia transita su impulso di parte; non vi è alcun automatismo. Le parti, tuttavia, incontrano limiti nell'introdurre novità. La sentenza d'appello è a sua volta ricorribile per Cassazione. Se la Corte rigetta il ricorso, la sentenza impugnata passa in giudicato; se lo accoglie, può in taluni casi decidere nel merito, ma generalmente rinvia al giudice del rinvio, perché la Cassazione non può svolgere attività istruttoria. In ogni passaggio la lite si restringe: dal primo grado all'appello, dall'appello alla Cassazione e poi eventualmente al rinvio, l'oggetto e le questioni si riducono progressivamente. Il processo a cognizione piena si caratterizza dunque per tre elementi fondamentali. Anzitutto la rigida predeterminazione legale delle regole di svolgimento: il legislatore disciplina dettagliatamente poteri, doveri, facoltà e termini, organizzando il processo secondo un sistema di preclusioni. Questa disciplina incide soprattutto sulla fase istruttoria, regolando mezzi di prova, modalità di acquisizione e criteri di valutazione. In secondo luogo, il contraddittorio, che è pieno e anticipato: la domanda è immediatamente portata a conoscenza del convenuto, che può difendersi sin dall'inizio. Infine, il provvedimento finale: il processo è strutturato per giungere a una sentenza di merito che accerti chi ha ragione e chi ha torto. Possono verificarsi incidenti di percorso, con sentenze di rito per vizi insanabili, ma la regola è che si arrivi a una decisione di merito. Questa sentenza può acquistare stabilità attraverso il giudicato, disciplinato dall'art. 2909 c.c. Il giudicato opera come una *lex specialis*: da quel momento la fattispecie concreta non è più regolata soltanto dalla norma generale e astratta, ma dalla decisione definitiva resa in quel processo.

Terzo libro

Il terzo libro del codice di procedura civile è dedicato alla tutela esecutiva. Si tratta di una componente essenziale dell'ordinamento processuale, perché l'obiettivo che l'ordinamento si propone — come si ricava dall'Articolo 24 della Costituzione italiana — è quello di attribuire al soggetto tutto e proprio ciò che gli spetta in base alla legge sostanziale. La tutela esecutiva serve proprio a questo: ad adeguare lo stato di fatto a quanto accertato sul piano giuridico. In passato si è discusso se l'esecuzione potesse essere considerata vera e propria tutela giurisdizionale, perché si pensava che fosse un'attività meramente amministrativa. Questa impostazione è stata superata: oggi si riconosce che la tutela esecutiva è parte integrante della funzione giurisdizionale, tanto che è richiamata anche nelle fonti sovranazionali. Nonostante il titolo del libro terzo parli di "processo di esecuzione", in realtà non esiste un unico processo esecutivo, ma una pluralità di processi e, più in generale, diverse tecniche di attuazione. La tecnica esecutiva in senso stretto è quella che si fonda sull'attività surrogatoria dello Stato: gli organi statali si sostituiscono al debitore inadempiente e compiono l'attività che egli avrebbe dovuto svolgere spontaneamente. Accanto a questa tecnica vi sono altre modalità di attuazione. Una è rappresentata dalle misure di esecuzione indiretta, cioè le misure coercitive disciplinate dall'art. 614-bis c.p.c., che non si fondano sulla sostituzione dello Stato al debitore, ma sulla minaccia di un pregiudizio ulteriore in caso di mancato adempimento. Un'altra ipotesi, diversa ancora, è quella prevista dall'art. 2932 c.c., relativa all'esecuzione dell'obbligo di contrarre: in presenza di un contratto preliminare, se una parte non presta il consenso alla stipula del definitivo, l'altra può ottenere una sentenza che produca direttamente gli effetti del contratto non concluso. Il libro terzo si apre con l'art. 474 c.p.c., dedicato al titolo esecutivo. Il titolo esecutivo è un presupposto speciale di ammissibilità del processo esecutivo: mentre per iniziare un processo di cognizione è sufficiente che l'attore si affermi titolare di un diritto, per avviare l'esecuzione il creditore deve essere munito di un titolo esecutivo. Il primo comma dell'art. 474 stabilisce che l'esecuzione forzata non può aver luogo se non in virtù di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile. La certezza è assicurata dal titolo; la liquidità implica che il diritto sia determinato nel suo ammontare; l'esigibilità richiede che non vi siano termini o condizioni sospensive. Il secondo comma elenca i titoli esecutivi. In primo luogo, le sentenze, i provvedimenti e gli altri atti cui la legge attribuisce

espressamente efficacia esecutiva. Quanto alle sentenze, è pacifico che siano titoli esecutivi solo quelle di condanna. Anche la sentenza di primo grado è titolo esecutivo, perché l'art. 282 c.p.c. attribuisce efficacia esecutiva immediata alla sentenza di condanna, pur se impugnata. L'eventuale appello non sospende automaticamente l'esecuzione, salvo che il giudice dell'impugnazione disponga la sospensione. Se la sentenza è passata in giudicato, il grado di certezza è maggiore, perché non è più impugnabile con i mezzi ordinari. Oltre alle sentenze, rientrano tra i titoli esecutivi altri provvedimenti giudiziali, come le ordinanze o il decreto ingiuntivo, spesso frutto di procedimenti a cognizione sommaria. Vi sono poi atti cui la legge attribuisce efficacia esecutiva, come il verbale di conciliazione raggiunto in sede di mediazione o altro procedimento alternativo di risoluzione delle controversie. Il numero 2 dell'art. 474 richiama le scritture private autenticate, limitatamente alle obbligazioni pecuniarie, le cambiali e altri titoli di credito aventi efficacia esecutiva. Si tratta di titoli di formazione stragiudiziale. Il numero 3 include gli atti ricevuti da notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato, anch'essi titoli stragiudiziali. La diversa natura del titolo non incide sulla possibilità di iniziare l'esecuzione, ma incide sul margine di difesa del debitore esecutato. Se il titolo è una sentenza passata in giudicato, il debitore potrà opporre solo fatti successivi alla decisione. Se il titolo è stragiudiziale, il suo spazio di difesa è più ampio. Il processo esecutivo si apre con la notifica del titolo esecutivo e del preceitto. Questa fase preliminare ha una duplice funzione: da un lato è una provocatio ad implendum, perché concede al debitore un termine per adempiere spontaneamente; dall'altro è una provocatio ad opponendum, perché gli consente di proporre opposizione, cioè di contestare il diritto del creditore di procedere esecutivamente. L'opposizione può essere proposta prima dell'inizio dell'esecuzione (opposizione al preceitto) o durante l'esecuzione (opposizione all'esecuzione). In ogni caso si apre un processo di cognizione piena, avente ad oggetto il diritto di procedere in via esecutiva. Decorso il termine, si apre il vero e proprio processo esecutivo. Il modello più importante è l'espropriazione forzata, che serve a soddisfare diritti aventi ad oggetto somme di denaro. Qui vi è una distinzione tra oggetto del diritto (la somma di denaro) e oggetto dell'espropriazione (i beni del debitore). L'art. 2910 c.c. consente al creditore di far espropriare i beni del debitore secondo le regole del codice di procedura civile. A ciò si collega il principio di responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c., secondo cui il debitore risponde con tutti i suoi beni presenti e futuri. In casi eccezionali l'esecuzione può colpire beni di terzi, come nel caso del terzo datore di ipoteca o del terzo acquirente di bene ipotecato, in virtù del diritto di seguito. Un'altra ipotesi è quella in cui il creditore abbia esercitato con successo un'azione revocatoria. Nel processo esecutivo trova applicazione il principio della par condicio creditorum (art. 2741 c.c.): tutti i creditori hanno diritto di essere soddisfatti, salvo le cause legittime di prelazione (pegno, ipoteca, privilegio), che attribuiscono una posizione preferenziale. L'espropriazione forzata si articola in tre fasi: il pignoramento, che crea un vincolo di indisponibilità sui beni; la vendita forzata, con l'aggiudicazione a un terzo e l'effetto purgativo che cancella iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli; la distribuzione del ricavato tra i creditori secondo l'ordine delle prelazioni. Accanto all'espropriazione vi sono forme di esecuzione in forma specifica, nelle quali l'oggetto del diritto coincide con l'oggetto dell'esecuzione. L'esecuzione per consegna o rilascio consente di ottenere materialmente un bene mobile o immobile, attraverso l'intervento dell'ufficiale giudiziario. L'esecuzione per obblighi di fare o non fare comporta che il giudice stabilisca le modalità e che l'ufficiale giudiziario, eventualmente con l'ausilio di tecnici, realizzi l'attività necessaria, come la demolizione di un'opera. Le misure coercitive ex art. 614-bis c.p.c. costituiscono una tecnica diversa: non vi è sostituzione dello Stato, ma una pressione economica sul debitore per indurlo ad adempiere. Possono essere disposte, su istanza di parte, per obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro. Infine, la sentenza ex art. 2932 c.c., pur collocandosi nel codice civile, svolge una funzione attuativa: accerta il diritto e al tempo stesso lo realizza, producendo gli effetti del contratto non concluso. Essa presenta dunque un contenuto insieme cognitivo ed esecutivo. Il terzo libro del codice disciplina i **processi di esecuzione**. Anche qui non esiste un unico modello esecutivo, ma una pluralità di modelli, perché diverse sono le modalità attraverso cui può essere realizzata coattivamente la pretesa del creditore. All'interno di questo libro troviamo anche l'art. 614-bis c.p.c., che disciplina le **misure di coercizione indiretta**. È importante distinguere tra esecuzione forzata e coercizione indiretta.

- Nell'esecuzione forzata lo Stato si sostituisce al debitore inadempiente: compie al suo posto l'attività che egli avrebbe dovuto svolgere. Si tratta di un'attività surrogatoria.

- Le misure di coercizione indiretta, invece, non comportano la sostituzione dello Stato al debitore, ma rappresentano uno strumento di pressione sulla sua volontà. In sostanza, si minaccia al debitore un pregiudizio ulteriore (ad esempio una somma di denaro per ogni giorno di ritardo) più gravoso rispetto a quello che subirebbe adempiendo spontaneamente.

Si tratta quindi di una tecnica attuativa diversa dall'esecuzione in senso stretto.

Quarto libro

Il quarto libro del codice di procedura civile è dedicato ai procedimenti speciali. Accanto al processo a cognizione piena, che costituisce lo strumento generale e atipico di tutela, il nostro ordinamento prevede una molteplicità di procedimenti speciali. Si definiscono "speciali" perché possono essere utilizzati soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge: a differenza del processo a cognizione piena, che può accogliere qualsiasi situazione giuridicamente rilevante, qui è il legislatore a delimitare l'ambito di applicazione. Il diritto di azione è atipico e trova la sua sede naturale nel processo a cognizione piena; nei procedimenti speciali, invece, l'utilizzabilità è tipica, cioè circoscritta ai casi stabiliti normativamente, con un'unica vera eccezione rappresentata dall'art. 700 c.p.c., che ha natura atipica. La presenza di procedimenti speciali risponde a esigenze concrete. La prima è quella dell'effettività della tutela: il processo a cognizione piena ha una durata fisiologica, ma vi sono situazioni giuridiche che non possono rimanere insoddisfatte per tutto il tempo necessario alla sua conclusione, perché il ritardo determinerebbe un pregiudizio irreparabile. La seconda esigenza è quella dell'economia processuale: spesso non vi è una vera contestazione sull'esistenza del diritto, ma soltanto una pretesa insoddisfatta. In questi casi sarebbe sproporzionato attivare un intero processo di cognizione piena. Per questo il legislatore ha predisposto procedimenti che consentono di ottenere rapidamente un provvedimento, lasciando poi al destinatario la scelta se aprire o meno il processo a cognizione piena. In questi procedimenti si parla di cognizione sommaria, in contrapposizione alla cognizione piena. L'espressione "cognizione sommaria" può essere intesa in due sensi. In primo luogo, può indicare una cognizione parziale: vi sono procedimenti che iniziano inaudita altera parte, cioè in assenza del convenuto. Il contraddittorio, che ha rango costituzionale, non è eliminato ma solo differito. In secondo luogo, la cognizione è sommaria perché non si applicano le regole rigide del secondo libro: non vi è una predeterminazione dettagliata dei poteri, delle facoltà e dei termini. L'art. 669-sexies c.p.c., in materia cautelare, chiarisce che il giudice procede nel modo che ritiene più opportuno, nel rispetto del contraddittorio. Ad esempio, per acquisire la dichiarazione di un terzo non è necessario applicare formalmente le regole sulla testimonianza: può bastare una dichiarazione scritta. I procedimenti speciali si concludono con provvedimenti che, di regola, non hanno la forma della sentenza ma quella del decreto o dell'ordinanza. Occorre però distinguere tra procedimenti sommari di tipo non cautelare e procedimenti sommari di tipo cautelare. Tra i procedimenti sommari non cautelari il più importante è il procedimento per ingiunzione. È concepito per le liti da pretesa insoddisfatta: il creditore, munito di prova scritta, chiede al giudice un decreto ingiuntivo. Il decreto viene notificato al debitore, il quale può non fare nulla, pagare, oppure proporre opposizione nei termini di legge, aprendo così un processo a cognizione piena. Analogi meccanismi si ritrovano nel procedimento per convalida di sfratto. I provvedimenti che concludono questi procedimenti, se non opposti nei termini, acquistano una stabilità equiparabile al giudicato. Lo stesso accade, ad esempio, nel procedimento previsto dall'art. 316-bis c.c. in materia di mantenimento dei figli: anche qui il decreto, se non opposto, si consolida. Diverso è il discorso per i procedimenti sommari di tipo cautelare. Le misure cautelari — come il sequestro conservativo o il sequestro giudiziario — hanno la funzione di assicurare l'effettività della tutela, ma con una struttura diversa. Talvolta sono conservative, perché servono a preservare l'utilità pratica della futura sentenza, impedendo che durante il processo vengano compiuti atti pregiudizievoli; talvolta sono anticipatorie, perché anticipano il contenuto della decisione di merito. Le misure cautelari, come emerge dall'art. 669-nonies c.p.c., sono prive di attitudine al giudicato: possono essere modificate o revocate in ogni momento. Questa instabilità strutturale le distingue radicalmente dai provvedimenti sommari non cautelari. L'art. 700 c.p.c. chiude la disciplina della tutela sommaria con una previsione atipica: consente di ottenere un provvedimento d'urgenza ogni volta che vi sia il rischio di un pregiudizio irreparabile e non vi sia uno strumento cautelare tipico applicabile. La Corte costituzionale, nel 1985, ha riconosciuto che questa forma di tutela è costituzionalmente doverosa, principio poi ribadito anche dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Vi sono poi ipotesi in cui per ottenere un determinato

effetto giuridico è necessario l'intervento del giudice: si tratta delle azioni costitutive necessarie, richiamate dall'art. 2908 c.c. In questi casi il legislatore prevede che l'effetto giuridico si produca solo mediante l'esercizio di un diritto potestativo ad esercizio giudiziale, cioè attraverso una domanda giudiziale che si conclude con una sentenza costitutiva. Un esempio tipico è l'annullamento del matrimonio. Infine, il legislatore talvolta affida al giudice funzioni che non rientrano pienamente nella nozione di giurisdizione in senso stretto, perché non mirano alla risoluzione di una controversia, ma alla gestione di un interesse. È il caso, ad esempio, della nomina di un tutore o di un amministratore di persona giuridica. In queste ipotesi l'intervento del giudice è giustificato dalle garanzie di imparzialità e terzietà che l'organo giurisdizionale offre rispetto all'amministrazione. Il quarto libro è probabilmente il più eterogeneo. Esso raccoglie tutti i procedimenti che non trovano disciplina nei primi tre libri. Qui sono regolati i procedimenti speciali, tra cui, ad esempio, il procedimento per ingiunzione, il procedimento per convalida di sfratto, il procedimento cautelare e molti altri. Accanto ai quattro libri del codice, dobbiamo ricordare anche le **disposizioni di attuazione e transitorie**, che contengono norme di grande rilievo pratico e sistematico. Origine e principali riforme del codice. Il codice di procedura civile attualmente in uso è stato emanato il 28 ottobre 1940 ed è entrato in vigore il 21 aprile 1942. Naturalmente il testo è stato profondamente modificato nel corso degli anni. Tra le riforme più importanti possiamo ricordare:

- 1) **La novella del 1950 (l. 281/1950):** Questa riforma ha riscritto in modo significativo le regole del processo a cognizione piena, incidendo soprattutto sul Libro II. Nel 1942 il processo a cognizione piena era costruito su un sistema di scadenze molto rigide. La novella del 1950 ha invece reso il processo molto più elastico, ribaltando le scelte originarie del legislatore del 1942.
- 2) **La riforma del 1973 (l. 533/1973):** Questa riforma ha introdotto nel Libro II la disciplina del **rito del lavoro**. Gli anni '70 sono stati un periodo di grande attenzione legislativa alla materia lavoristica. Dopo l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori (l. 300/1970), il legislatore ha ritenuto necessario predisporre un rito processuale ad hoc. La competenza venne attribuita a un giudice monocratico, il cosiddetto "pretore d'assalto". La riforma del 1973 ha introdotto un sistema di **preclusioni molto rigide**, con un'anticipazione delle decadenze già agli atti introduttivi. Nel rito lavoro, ancora oggi, le parti devono esercitare fin dal primo atto — il ricorso per l'attore e la memoria di costituzione per il convenuto — tutti i propri poteri difensivi. Questa scelta è legata alla natura delle controversie di lavoro, che sono spesso ripetitive e fondate prevalentemente su questioni di fatto.
- 3) **La riforma del 1990 (l. 353/1990):** Si tratta di una riforma molto incisiva. Il legislatore ha riformato profondamente il rito ordinario di cognizione, facendo proprie molte delle soluzioni già sperimentate nel rito lavoro, in particolare il sistema delle preclusioni rigide e anticipate. La riforma del 1990 ha inoltre inciso sul Libro IV, introducendo gli artt. 669-bis e seguenti, cioè la disciplina del procedimento cautelare uniforme. Questo procedimento consente di ottenere misure cautelari secondo uno schema generale applicabile a diverse situazioni.
- 4) **Il d.lgs. 51/1998:** Questo decreto, modificando l'art. 48 dell'ordinamento giudiziario, ha introdotto la regola del **giudice unico di primo grado**. Da quel momento anche il tribunale decide, come regola generale, in composizione monocratica. Il giudice persona fisica gestisce tutte le fasi del processo, superando definitivamente il modello tradizionale della collegialità nella fase decisoria.
- 5) **La Riforma Cartabia:** La riforma Cartabia, dal nome del Ministro della Giustizia che l'ha promossa, è stata attuata con la legge delega 206/2021 e con il d.lgs. 149/2022, poi integrato da un decreto correttivo. Questa riforma ha profondamente innovato la disciplina del processo a cognizione piena. Ha riformato il rito ordinario, rendendolo più concentrato e strutturato, e ha introdotto un nuovo modello: il **rito semplificato di cognizione**, destinato alle controversie meno complesse. Si tratta di un intervento organico che incide in modo significativo sull'assetto del Libro II e, più in generale, sull'intero sistema processuale civile.

L'OGGETTO DEL PROCESSO E L'OGGETTO DEL GIUDICATO

Quando parliamo di oggetto del processo e oggetto del giudicato parliamo di due nozioni strettamente collegate, ma non perfettamente sovrapponibili. In linea di principio ciò che entra nel processo come oggetto della domanda tende a diventare anche oggetto del giudicato, ma non sempre vi è una coincidenza totale: può esserci una differenza, anche quantitativa, tra ciò che è stato introdotto nel processo e ciò che, alla fine, viene coperto dall'autorità della cosa giudicata.

L'oggetto del processo

Se vogliamo capire qual è l'oggetto del processo civile, dobbiamo partire da alcune disposizioni fondamentali che si trovano nella Costituzione, nel codice di procedura civile e nel codice civile. Tutte queste norme, lette insieme, ci dicono una cosa molto chiara: il processo civile ha sempre ad oggetto una situazione giuridicamente rilevante, cioè una situazione di diritto sostanziale. L'Articolo 24 della Costituzione italiana, al primo comma, stabilisce che tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Il punto centrale è proprio questo collegamento tra l'agire in giudizio e la tutela di una situazione giuridica. Il riferimento ai diritti e agli interessi legittimi non va inteso in senso restrittivo, ma come esemplificativo: significa che si può agire in giudizio per la tutela di qualsiasi situazione giuridicamente rilevante, quale che sia la sua struttura. Lo stesso collegamento si ritrova nell'Articolo 99 del Codice di procedura civile, che introduce il principio della domanda: chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente. È una norma scritta dalla prospettiva di chi agisce e ribadisce che l'azione è strumentale alla tutela di un diritto. Anche qui il termine "diritto" va inteso in senso ampio, come situazione giuridicamente rilevante. In parallelo, l'Articolo 2907 del Codice civile italiano disciplina lo stesso principio, ma dal punto di vista del giudice: la tutela giurisdizionale dei diritti è assicurata dall'autorità giudiziaria su domanda di parte (salvo i casi espressamente previsti). Ancora una volta emerge la connessione strutturale tra domanda e diritto. Un'altra norma chiave è l'Articolo 81 del Codice di procedura civile, che disciplina la sostituzione processuale. Stabilisce che, fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere in nome proprio un diritto altrui. Da questa disposizione, letta a contrario, si ricava la regola generale: vi è normalmente corrispondenza tra titolarità del diritto sostanziale e titolarità del diritto di azione. Può proporre domanda chi si afferma titolare del diritto fatto valere in giudizio. Anche l'Articolo 2697 del Codice civile italiano, che disciplina l'onere della prova, rafforza questa impostazione: chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Ancora una volta, azione e diritto sono strettamente connessi. Da tutte queste disposizioni possiamo quindi ricavare un principio: l'oggetto del processo civile è una situazione giuridica sostanziale, individuata dall'attore attraverso la domanda giudiziale. È nella domanda che si fissano gli elementi identificativi del diritto fatto valere in giudizio. In questo senso, oggetto della domanda e oggetto del processo coincidono. Tendenzialmente, questa stessa situazione giuridica diventerà anche oggetto del giudicato. Tuttavia, la coincidenza non è automatica. Per capire perché, dobbiamo distinguere tra giudicato formale e giudicato sostanziale. Il giudicato formale è una nozione processuale, disciplinata dall'Articolo 324 del Codice di procedura civile. Una sentenza passa in giudicato formale quando non è più soggetta ai mezzi ordinari di impugnazione: appello, ricorso per Cassazione e revocazione nei casi previsti dai numeri 4 e 5 dell'art. 395 c.p.c. Questo può avvenire perché le parti hanno lasciato decorrere inutilmente i termini per impugnare, oppure perché hanno esaurito tutti i mezzi di impugnazione disponibili. Il sistema prevede un duplice ordine di termini. Se la sentenza viene notificata, decorrono i termini brevi (artt. 325 e 326 c.p.c.): 30 giorni per l'appello e per la revocazione, 60 giorni per il ricorso per Cassazione. Se invece la sentenza non viene notificata, si applica il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c.: sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, cioè dal deposito in cancelleria. Il giudicato formale è però solo il presupposto del giudicato sostanziale, non è sufficiente di per sé. Perché si formi l'autorità della cosa giudicata occorre che la sentenza sia di merito, cioè che il giudice si sia pronunciato sull'esistenza o inesistenza del diritto fatto valere in giudizio. Se il processo si chiude con una sentenza di rito — ad esempio perché manca la legittimazione ad agire o perché un vizio insanabile impedisce di decidere nel merito — quella sentenza può passare in giudicato formale, ma non produce giudicato sostanziale sul diritto. Non vi è accertamento della situazione giuridica, e quindi non si forma l'autorità della cosa giudicata in senso sostanziale. La nozione di giudicato sostanziale la troviamo nell'Articolo 2909 del Codice civile italiano: l'accertamento

contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato tra le parti, i loro eredi o aventi causa. “Far stato” significa che quell’accertamento diventa vincolante, non più discutibile tra quei soggetti: la regola concreta che disciplina quella specifica fattispecie non è più la norma generale e astratta, ma il giudicato. Per individuare che cosa, concretamente, entra nel giudicato, dobbiamo tornare alla domanda giudiziale. È lì che l’attore individua il diritto fatto valere, attraverso i suoi elementi essenziali. Nei processi introdotti con atto di citazione (rito ordinario) o con ricorso (rito semplificato, lavoro, procedimenti speciali), l’atto introduttivo deve contenere la cosiddetta *editio actionis*, cioè gli elementi che identificano l’oggetto della domanda. Questi elementi sono tradizionalmente tre: **le parti, il petitum e la causa petendi**.

1. Le **parti** vanno intese anzitutto in senso sostanziale: sono i soggetti affermati titolari del rapporto giuridico dedotto in giudizio, sul lato attivo e sul lato passivo. Si parla di “affermati titolari” perché sarà poi il giudice a verificare se effettivamente lo siano. Diversa è la nozione di parte in senso formale, che comprende anche i rappresentanti, cioè coloro che stanno in giudizio in nome e per conto di altri (come nel caso delle persone giuridiche o dei minori). Il rappresentante non è titolare del diritto e non subisce gli effetti sostanziali della sentenza.

2. Il **petitum** è l’oggetto della domanda in senso stretto, cioè il bene della vita che si chiede al giudice di riconoscere o attribuire.

3. La **causa petendi** è costituita dai fatti costitutivi del diritto, cioè dai fatti che, secondo la norma sostanziale, fondano l’esistenza di quel diritto.

Attraverso questi elementi si determina l’oggetto del processo. Ma l’oggetto del giudicato dipenderà dall’effettivo contenuto della decisione: solo ciò che il giudice ha deciso nel merito e che è divenuto irretrattabile sarà coperto dall’autorità della cosa giudicata. È qui che può emergere la differenza tra ciò che era stato introdotto nel processo e ciò che, alla fine, resta definitivamente accertato. Il legittimato straordinario è una figura diversa dal rappresentante. Egli sta in giudizio in nome proprio, ma per far valere un diritto che non gli appartiene sul piano sostanziale. Non subisce gli effetti sostanziali della sentenza, perché la situazione giuridica dedotta in giudizio non è sua; tuttavia è soggetto agli effetti processuali, perché è parte del processo. Anche il legittimato straordinario rientra nella nozione di parte in senso formale. Ai fini dell’individuazione dell’oggetto del processo, però, ciò che rileva è la parte in senso sostanziale, cioè il soggetto che è affermato titolare del diritto fatto valere in giudizio. È questa indicazione che contribuisce a delimitare il diritto oggetto della domanda. Passando al secondo elemento dell’*editio actionis*, il numero 3 dell’art. 163, terzo comma, c.p.c. richiede l’indicazione del petitum, cioè la determinazione della cosa oggetto della domanda. Anche qui bisogna distinguere tra oggetto immediato (o processuale) e oggetto mediato (o sostanziale). L’oggetto immediato è la forma di tutela richiesta al giudice. Nel processo a cognizione piena le forme di tutela sono tre: accertamento, condanna e costitutiva. Non è il giudice a scegliere quale tutela concedere in astratto; è l’attore che, esercitando il diritto di azione, decide quale tipo di tutela invocare. L’oggetto mediato, invece, è il bene della vita rispetto al quale si chiede tutela. Se si agisce per la proprietà, il bene della vita è la proprietà di quel determinato bene; se si agisce per ottenere il pagamento di una somma di denaro, il bene della vita è il denaro. Il terzo elemento è la causa petendi, indicata nel numero 4 dell’art. 163 c.p.c. Essa consiste nell’esposizione chiara e precisa dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della domanda. I fatti sono i fatti costitutivi, cioè quei fatti la cui esistenza è necessaria affinché si produca l’effetto giuridico invocato. Ogni situazione giuridica è effetto di una fattispecie. Se parliamo di diritti reali, come la proprietà, i fatti costitutivi sono i modi di acquisto: contratto, donazione, usucapione, accessione. Se parliamo di obbligazioni, i fatti costitutivi sono le fonti: contratto, fatto illecito o altri atti o fatti idonei a produrle. Se la fonte è il contratto, la fattispecie si esaurisce tendenzialmente nella sua esistenza; se la fonte è il fatto illecito, la fattispecie è più articolata: condotta, elemento soggettivo, nesso causale, danno. La funzione della causa petendi, però, non è sempre identica. Dottrina e giurisprudenza distinguono tra diritti autodeterminati e diritti eterodeterminati. I diritti autodeterminati sono situazioni che, in un determinato momento, possono esistere una sola volta tra le stesse parti. È il caso dei diritti assoluti, come proprietà, usufrutto, servitù. Qui il fatto costitutivo non ha funzione individuatrice: ciò che identifica il

diritto è il petitum, ad esempio la proprietà di un certo bene. Il modo di acquisto rileva ai fini della prova, ma non per distinguere un diritto da un altro. Diverso è il caso dei diritti eterodeterminati, come le obbligazioni pecuniarie, che possono esistere più volte tra le stesse parti. In questo caso l'indicazione del fatto costitutivo è indispensabile per identificare il diritto dedotto in giudizio: la sola indicazione del petitum (ad esempio “pagamento di 10.000 euro”) non basta. Per ricostruire l’oggetto del processo, però, non basta guardare all’attore: bisogna considerare anche il convenuto e i suoi poteri difensivi, perché anche questi possono incidere sull’oggetto della cognizione. **L’art. 167 c.p.c.** disciplina la comparsa di risposta, primo atto difensivo del convenuto. Qui il convenuto deve prendere posizione in modo chiaro sui fatti allegati dall’attore. Questo potere si chiama mera difesa. Con la mera difesa il convenuto non introduce nulla di nuovo: si limita a contestare i fatti costitutivi allegati dall’attore. L’effetto della contestazione è quello di rendere quei fatti controversi e, quindi, bisognosi di prova. L’onere della prova, infatti, opera solo rispetto ai fatti specificamente contestati. **Il secondo comma dell’art. 167 prevede poi le eccezioni di merito.** Qui il convenuto introduce nel processo fatti a sé favorevoli: fatti modificativi, estintivi o impeditivi. I fatti estintivi sono successivi ai fatti costitutivi e fanno venir meno l’effetto giuridico (ad esempio l’adempimento o la compensazione). I fatti modificativi incidono sul contenuto dell’effetto (come la novazione o la transazione). I fatti impeditivi sono coevi ai fatti costitutivi e impediscono che l’effetto si produca (ad esempio i vizi della volontà nel contratto). Il riparto tra fatti costitutivi e impeditivi non è sempre neutro: incide sull’onere della prova. Nella responsabilità extracontrattuale l’elemento soggettivo è fatto costitutivo e deve essere allegato e provato dall’attore. Nella responsabilità contrattuale, invece, l’attore deve allegare contratto e inadempimento; spetta al debitore provare che l’inadempimento è dovuto a causa non imputabile. Le eccezioni di merito si distinguono in due categorie: quelle rilevabili d’ufficio (o in senso lato), che non sono soggette a preclusioni rigide, e quelle in senso stretto, che devono essere proposte tempestivamente nella comparsa di risposta, a pena di decadenza. L’eccezione di merito non modifica l’oggetto del processo, ma amplia il tema di decisione: il giudice dovrà accettare non solo i fatti costitutivi, ma anche quelli modificativi, estintivi o impeditivi. Diverso è il caso della domanda riconvenzionale, prevista sempre dall’art. 167. Qui il convenuto si fa attore nei confronti dell’attore e introduce un nuovo diritto in giudizio. L’oggetto del processo diventa complesso, perché il giudice dovrà pronunciarsi su due domande. Si ha un vero ampliamento oggettivo. Lo stesso può accadere con la chiamata in causa del terzo: oltre all’ampliamento soggettivo, vi è spesso anche un ampliamento oggettivo, perché nei confronti del terzo viene proposta una domanda autonoma. Attraverso l’attività dell’attore e del convenuto negli atti introduttivi si fissa l’oggetto del processo: il diritto fatto valere dall’attore, eventualmente cumulato con quello dedotto dal convenuto in via riconvenzionale. A questo punto il giudice deve pronunciarsi sull’esistenza o meno del diritto dedotto in giudizio. La sua attività investe due piani distinti ma connessi: *la quaestio facti*, cioè l’accertamento dei fatti, e *la quaestio iuris*, cioè l’individuazione e applicazione della norma giuridica pertinente. È dall’intreccio di questi due momenti che scaturisce la decisione sul merito e, se la sentenza passa in giudicato, l’oggetto del giudicato sostanziale.

I limiti oggettivi del giudicato

Quando si parla di limiti oggettivi del giudicato si affronta un problema molto delicato: fino a che punto ciò che il giudice ha accertato nel processo resta coperto dall’autorità della cosa giudicata? Negli esempi considerati finora abbiamo ragionato su fatti storici: fatti costitutivi, impeditivi, modificativi o estintivi. In questi casi il giudice è chiamato ad accettare l’esistenza di determinati fatti per poi pronunciarsi sul diritto dedotto in giudizio. Ma l’oggetto dell’accertamento giudiziale resta comunque il diritto; i fatti rilevano in quanto elementi della fattispecie che fonda quel diritto. Le questioni pregiudiziali che riguardano meri fatti storici, anche se controversi, non diventano oggetto di giudicato autonomo: vengono risolte nella motivazione della sentenza e restano assorbite nella decisione sul diritto. La questione si complica quando i fatti giuridicamente rilevanti non sono semplici fatti storici, ma veri e propri fatti-diritto, cioè situazioni giuridiche autonome che costituiscono l’effetto di una distinta fattispecie. Si pensi all’ipotesi in cui l’erede agisce per ottenere l’adempimento di un credito ereditario. Tra i fatti costitutivi della domanda non vi è soltanto l’esistenza del credito, ma anche lo status di erede. Ora, lo status di erede non è un fatto storico qualsiasi: è una situazione giuridica autonoma, effetto di una propria fattispecie. Qui sorge il

problema: se nel processo viene contestato lo status di erede e il giudice è chiamato ad accertarlo, questo accertamento entra nel giudicato oppure no? Per comprendere la questione occorre considerare il particolare legame che esiste tra le due situazioni giuridiche: da un lato il diritto al pagamento del credito ereditario; dall'altro lo status di erede. Tra queste due situazioni vi è un rapporto di connessione per pregiudizialità-dipendenza, categoria messa a fuoco in modo sistematico da Enrico Allorio nel 1934. Si parla di pregiudizialità-dipendenza quando un rapporto giuridico (rapporto pregiudiziale) rileva come elemento costitutivo, modificativo, estintivo o impeditivo di un altro rapporto (rapporto dipendente). Nel nostro esempio, lo status di erede è fatto costitutivo rispetto al diritto al credito ereditario. A questo punto torniamo alla domanda centrale: se nel processo si controverte sul rapporto pregiudiziale, il giudice lo accerta con autorità di cosa giudicata oppure soltanto ai fini della decisione sul rapporto dipendente? La risposta si ricava dall'**Articolo 34 del Codice di procedura civile**, rubricato “Accertamenti incidentali”. La norma è inserita nella disciplina delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione e stabilisce che il giudice, quando è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene alla competenza di un giudice superiore, rimette l'intera causa a quest'ultimo. Il dato decisivo è questo: l'**art. 34** parla di questione pregiudiziale che deve essere decisa con efficacia di giudicato solo quando ciò è imposto dalla legge oppure quando vi è un'esplicita domanda di una delle parti. Da una lettura a contrario si ricava la regola generale: la questione pregiudiziale, anche se ha ad oggetto un fatto-diritto, viene accertata senza efficacia di giudicato, salvo diversa previsione di legge o domanda espressa di parte. Si parla in questi casi di accertamento *incidenter tantum*: il giudice accerta il rapporto pregiudiziale soltanto ai fini della decisione della causa in corso, ma quell'accertamento non è coperto dall'autorità della cosa giudicata. Diverso è l'accertamento incidentale in senso proprio, che si ha quando la legge lo impone oppure quando una parte propone un'apposita domanda di accertamento incidentale: in tal caso il rapporto pregiudiziale entra nell'oggetto del processo e viene deciso con efficacia di giudicato. Le ipotesi in cui la legge impone l'accertamento con efficacia di giudicato sono poche; un esempio classico è quello della compensazione. La regola dell'**art. 34** è quindi restrittiva in tema di limiti oggettivi del giudicato: di regola il giudicato si forma soltanto sul rapporto oggetto della domanda principale, non sui rapporti pregiudiziali accertati incidentalmente. Questa scelta comporta però un rischio: quello della formazione di giudicati logicamente contraddittori. Se il rapporto pregiudiziale è stato accertato solo *incidenter tantum*, è possibile che, una volta concluso il primo processo, si apra un secondo processo avente ad oggetto proprio quel rapporto pregiudiziale. Il secondo giudice non è vincolato dall'accertamento incidentale compiuto nel primo processo e potrebbe giungere a una conclusione opposta.

Riprendendo l'esempio: nel primo processo il giudice, accertando *incidenter tantum* la qualità di erede, accoglie la domanda di pagamento del credito ereditario. In un secondo processo, avente ad oggetto proprio lo status di erede, il giudice potrebbe negare tale qualità. Avremmo così due sentenze tra loro logicamente contraddittorie. Si tratta però di una contraddittorietà logica e non pratica: le due sentenze hanno oggetti diversi. La prima riguarda il rapporto dipendente (credito ereditario); la seconda riguarda il rapporto pregiudiziale (status di erede). Non vi è identità di oggetto, quindi entrambe le sentenze possono formalmente convivere, pur essendo in tensione sul piano logico. Il legislatore è consapevole di questo rischio, ma lo accetta. Per attenuarlo favorisce il cumulo processuale delle domande connesse, così da consentire al medesimo giudice di decidere congiuntamente rapporto pregiudiziale e rapporto dipendente. Tuttavia non impone sempre questo cumulo, e quindi il rischio resta. Diverso è il caso in cui prima venga deciso con giudicato il rapporto pregiudiziale e poi venga instaurato il processo sul rapporto dipendente: in tal caso il primo giudicato produce i suoi effetti riflessi e vincola il secondo giudice. Alla luce di tutto questo, diventa necessario chiarire che cosa sia, in definitiva, il giudicato. La definizione si trova nell'**Articolo 2909 del Codice civile italiano**: l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato tra le parti, i loro eredi o aventi causa. Il significato di “far stato” è stato al centro di un lungo dibattito: c'è chi ha sottolineato la natura sostanziale del giudicato, chi invece la sua dimensione processuale. Probabilmente entrambe le componenti convivono. Nella prospettiva più convincente, “far stato” significa che, una volta formatosi il giudicato su una sentenza di merito, la fattispecie dedotta in giudizio trova la **propria lex specialis nella sentenza stessa**. La regola generale e astratta della legge viene sostituita, per quel caso concreto e tra quei soggetti, dalla regola concreta contenuta nella decisione passata in giudicato. Questa idea del giudicato come **lex specialis del caso concreto** ci aiuta a capire

perché l'ordinamento costruisce attorno ad esso due meccanismi molto forti di stabilizzazione. Il primo è il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile. Significa che, una volta che una situazione giuridica è stata accertata con autorità di cosa giudicata, non si può riaprire un nuovo processo avente ad oggetto quella stessa situazione giuridica facendo leva su fatti che erano già stati dedotti nel primo giudizio oppure che avrebbero potuto esserlo. "Dedotto" e "deducibile" non si riferiscono a nuove argomentazioni, ma ai fatti giuridicamente rilevanti. La spiegazione sta proprio nella natura del giudicato: se la fattispecie trova ormai la propria regola nella sentenza, non ha più senso invocare la norma generale astratta sulla base di fatti che si sarebbero potuti far valere prima. Quel capitolo è chiuso. Questa preclusione, però, non funziona allo stesso modo per tutti i diritti. Bisogna distinguere ancora una volta tra diritti autodeterminati e diritti eterodeterminati.

Nei **diritti autodeterminati** – come i diritti reali – il fatto costitutivo non ha funzione individuatrice. La proprietà di un bene è sempre quella, indipendentemente dal fatto che sia stata acquistata per compravendita, donazione o usucapione. Anche la Corte di Cassazione, nelle sentenze 26.242 e 26.243 del 2014, ha qualificato come autodeterminata la nullità; così come è stato ritenuto autodeterminato il diritto alla protezione internazionale. Se il fatto costitutivo non individua il diritto, allora cambiarlo non cambia la situazione giuridica. La conseguenza è chiara: una volta formatosi il giudicato, non si può riaprire il processo sostenendo che la proprietà deriva da un diverso titolo. La situazione giuridica è la stessa, quindi opera pienamente la preclusione tra dedotto e deducibile. Paradossalmente, proprio perché il fatto costitutivo non individua il diritto, nel corso del processo – finché è aperto – può essere possibile modificarlo, allegando un fatto costitutivo alternativamente concorrente. Ma una volta che si è formato il giudicato, quella strada è definitivamente chiusa. Diverso è il discorso per i **diritti eterodeterminati**, come le obbligazioni pecuniarie. Qui il fatto costitutivo ha funzione individuatrice. Se chiedo il pagamento di una somma di denaro in base a un contratto di compravendita, è un diritto diverso da quello fondato su un contratto di mutuo, anche se l'importo è identico e le parti sono le stesse. Poiché queste situazioni possono esistere più volte tra le stesse parti nello stesso momento storico, il fatto costitutivo le distingue. E allora le conseguenze si capovolgono rispetto ai diritti autodeterminati: il giudicato formatosi su un credito fondato su un certo contratto non impedisce di proporre un nuovo giudizio per un credito diverso, fondato su un diverso contratto. Tuttavia, nel processo già pendente, non si può liberamente sostituire un fatto costitutivo con un altro alternativamente concorrente, proprio perché qui il fatto costitutivo identifica il diritto. Cambiarlo significherebbe cambiare oggetto al processo. **Il secondo grande meccanismo di stabilizzazione del giudicato è la non incidenza dello ius superveniens retroattivo e della dichiarazione di incostituzionalità.** Se dopo il passaggio in giudicato della sentenza interviene una nuova legge che disciplina la materia, anche se la legge dichiara di avere efficacia retroattiva, il giudicato resta fermo. Perché? Perché la regola concreta del caso non è più la norma generale astratta, ma la sentenza stessa. Lo stesso vale quando interviene la Corte costituzionale e dichiara l'illegittimità della norma applicata dal giudice. Anche se la pronuncia ha efficacia retroattiva, il giudicato non viene travolto. Se così non fosse, la certezza del diritto sarebbe continuamente esposta al rischio di essere rimessa in discussione. Naturalmente esistono situazioni particolari che richiedono qualche precisazione. La prima riguarda i **rapporti di durata**. Qui il giudicato copre la situazione fino al momento rilevante per la decisione – normalmente il passaggio dalla fase istruttoria a quella decisoria. Ma la parte del rapporto che si sviluppa successivamente potrà essere regolata dalla nuova legge o tener conto della dichiarazione di incostituzionalità. Il giudicato non congela per sempre un rapporto che continua nel tempo. **La seconda riguarda casi ancora più delicati:** i giudicati che incidono su **diritti della personalità**, diritti a contenuto non patrimoniale e di rilievo costituzionale. In ipotesi rarissime può accadere che un giudicato di rigetto si fondi su una norma che successivamente viene dichiarata incostituzionale, e che incida su diritti fondamentali. Un esempio recente è quello del riconoscimento dei figli nati da coppie omosessuali femminili: vi erano giudicati che avevano disposto la cancellazione del riconoscimento; successivamente la Corte costituzionale è intervenuta dichiarando l'illegittimità della disciplina su cui quelle decisioni si fondavano. In casi di questo tipo il problema si pone in termini molto più radicali. La rigidità del giudicato entra in tensione con la tutela di diritti fondamentali della persona. Si tratta di situazioni limite, nelle quali si ritiene che il giudicato non possa semplicemente restare intatto, ma occorra un intervento legislativo che consenta di rimuoverlo con effetti retroattivi, proprio perché il diritto in gioco – ad esempio il diritto del figlio al riconoscimento – non può essere sacrificato in nome

della sola stabilità formale. In definitiva, il giudicato è uno strumento potentissimo di certezza e stabilità. Ma proprio perché è così forte, l'ordinamento deve continuamente bilanciarlo con altre esigenze, soprattutto quando entrano in gioco diritti fondamentali e rapporti che si sviluppano nel tempo.

Fin qui abbiamo visto come il sistema “tenga in piedi” il giudicato attraverso regole abbastanza chiare. Adesso però entriamo in un terreno molto più scivoloso. Qui non ci sono più soluzioni lineari, ma una casistica complessa, su cui la Corte di Cassazione è intervenuta più volte, talvolta cambiando orientamento. Il punto di partenza è sempre la connessione per **pregiudizialità-dipendenza**. Sappiamo che questa forma di connessione ricorre quando un rapporto giuridico (pregiudiziale) entra come elemento costitutivo, modificativo, estintivo o impeditivo nella fattispecie da cui nasce un secondo rapporto (dipendente). L'esempio classico è quello dello status di erede rispetto al diritto al credito ereditario: sono due rapporti distinti, ciascuno effetto di una propria fattispecie, ma uno è elemento dell'altro. Questa è la pregiudizialità “tecnica”, quella che rientra nello schema dell'art. 34 c.p.c. Ma ci sono ipotesi più complesse, in cui il legame non corre tra due rapporti distinti, bensì tra una singola coppia **pretesa-obbligo** e un **rapporto giuridico complesso** che la contiene. Il modello tipico è il contratto a prestazioni corrispettive, come la compravendita. Dal contratto scaturiscono una pluralità di effetti: l'effetto traslativo (nei contratti a effetto reale), l'obbligo di pagamento del prezzo, l'obbligo di consegna, e così via. La dottrina – prima tedesca, poi italiana – ha individuato qui qualcosa di ulteriore rispetto alla semplice somma degli effetti: un **rapporto giuridico complesso** o “rapporto-cornice”, che coincide con l'esistenza e validità del contratto stesso. Questo rapporto complesso è distinto dai singoli effetti e tuttavia li racchiude. È come l'insieme rispetto ai suoi segmenti interni. **Le Sezioni Unite della Cassazione, con le sentenze gemelle n. 26242 e 26243 del 2014, hanno riconosciuto espressamente questa costruzione.** La conseguenza è decisiva: se viene proposta una domanda di adempimento di un'obbligazione nascente da un contratto sinallagmatico, l'oggetto del processo non si limita alla singola obbligazione, ma si estende anche al rapporto giuridico complesso, cioè all'esistenza e validità del contratto. La giurisprudenza giustifica questa estensione dicendo che il giudicato copre gli **antecedenti logici necessari**. Se il giudice accoglie la domanda di pagamento del prezzo, non si può poi, in un secondo processo, mettere in discussione l'esistenza o la validità del contratto, perché ciò significherebbe svuotare di contenuto il primo giudicato. La dottrina usa un'altra espressione: parla di **pregiudizialità logica**, distinta da quella tecnica. Qui non siamo davanti a due rapporti autonomi collegati da un elemento costitutivo; siamo davanti a un rapporto unitario, al cui interno si collocano le singole obbligazioni. Se si consentisse di scindere i due piani, si arriverebbe a una contraddittorietà non solo logica ma pratica: si finirebbe per scardinare il nesso sinallagmatico. Per questo motivo si ritiene che, quando entra in gioco un contratto sinallagmatico, il giudicato sull'adempimento “fa stato” anche sulla validità del contratto. Nei successivi processi potranno essere fatte valere altre obbligazioni derivanti dallo stesso contratto, ma non potrà più essere rimessa in discussione la sua esistenza o validità. Questa costruzione sembra entrare in tensione con la regola restrittiva dell'art. 34 c.p.c., ma la dottrina la giustifica dicendo che si tratta di un'ipotesi in cui è la stessa legge – per esigenze sistematiche – a imporre l'estensione del giudicato. Il discorso diventa ancora più delicato quando si passa alle **azioni di impugnativa negoziale**: nullità, annullamento, rescissione, risoluzione. La nullità è un fatto impeditivo che opera di diritto. È una patologia radicale: il contratto nullo non produce effetti fin dall'origine. L'azione di nullità è quindi un'azione di accertamento. Il suo oggetto è il rapporto giuridico complesso: si chiede al giudice di accertare che quel contratto non ha mai validamente prodotto effetti. Diverso è il caso di annullamento, rescissione e risoluzione. Qui siamo davanti a diritti potestativi. I fatti che fondano queste azioni (errore, dolo, violenza, inadempimento ecc.) non producono automaticamente l'effetto: occorre l'esercizio del diritto potestativo e una sentenza costitutiva. Per molto tempo la giurisprudenza ha ritenuto che, in queste ipotesi, l'oggetto del processo fosse il singolo diritto potestativo, individuato dal fatto posto a fondamento e dall'effetto richiesto. Così, ad esempio, l'azione di annullamento per errore aveva un oggetto diverso dall'azione di annullamento per dolo. Il giudicato di rigetto della prima non impediva la proposizione della seconda. Era una concezione restrittiva dei limiti oggettivi del giudicato, che favoriva la moltiplicazione dei processi. Una voce isolata – quella di Augusto Cerino Canova – aveva sostenuto che il diritto potestativo andasse individuato solo in base all'effetto (annullamento, risoluzione ecc.), ma anche questa ricostruzione non eliminava del tutto la frammentazione. La svolta arriva nel 2014 con le sentenze gemelle delle Sezioni Unite. La Corte parte da due considerazioni fondamentali:

1. Il diritto potestativo non è una situazione idonea a costituire l'oggetto del giudicato, perché una volta esercitato si consuma; ciò che resta sono gli effetti sul rapporto contrattuale.
2. Esiste una evidente asimmetria: se viene proposta un'azione di adempimento, il giudicato copre anche la validità del contratto; ma se viene proposta un'azione di impugnativa, secondo la concezione tradizionale, il giudicato resterebbe limitato al singolo diritto potestativo. Questa disparità è irragionevole.

Le Sezioni Unite accolgono allora la tesi – sostenuta da Proto Pisani e Menchini – secondo cui anche nelle azioni di impugnativa l'oggetto del processo è il **rapporto giuridico complesso**. Ciò significa che il giudicato, sia di accoglimento sia di rigetto, fa stato sulla validità del contratto nel suo complesso. Non è più possibile proporre in serie diverse azioni di annullamento, rescissione o risoluzione contro lo stesso contratto cambiando il fatto costitutivo. In questo modo si ristabilisce una simmetria tra azione di adempimento e azione di impugnativa.

Frazionabilità dei crediti.

Un altro terreno estremamente problematico è quello della **frazionabilità dei crediti**. Qui non siamo più nel campo dei rapporti complessi, ma in quello delle obbligazioni pecuniarie, che hanno un oggetto divisibile. Il problema è semplice da formulare ma difficile da risolvere: è ammissibile che il creditore frazioni il proprio credito in più azioni giudiziarie? Le ipotesi sono varie. Può accadere che il creditore, titolare di un credito di 5.000 euro, chieda inizialmente solo 1.000 euro – magari perché dispone di documentazione sufficiente solo per quella parte e vuole agire con decreto ingiuntivo. Oppure può accadere che, nell'ambito di un rapporto complesso o di durata (come un rapporto di lavoro), vengano proposte più domande successive per singoli crediti maturati dallo stesso rapporto. La questione tocca direttamente i limiti oggettivi del giudicato e il principio di correttezza processuale. La Cassazione, nel tempo, ha oscillato tra una posizione più permissiva – che valorizzava la divisibilità dell'obbligazione – e una più restrittiva, che guarda con sospetto al frazionamento quando esso si traduce in un abuso del processo o in una moltiplicazione ingiustificata dei giudizi. Qui il nodo è capire se la frammentazione incida sull'identità del diritto fatto valere e se il primo giudicato impedisca o meno ulteriori azioni. Ed è proprio su questo terreno che la giurisprudenza continua a confrontarsi, cercando un equilibrio tra tutela del creditore e esigenze di economia processuale e certezza del diritto. La questione del frazionamento del credito è una di quelle che hanno messo più in difficoltà la giurisprudenza negli ultimi decenni. Non è un tema marginale: tocca il diritto di azione, i limiti oggettivi del giudicato, il principio di buona fede, l'economia processuale e perfino valori costituzionali. Non a caso, in venticinque anni, le Sezioni Unite sono intervenute ben quattro volte. **Il primo intervento risale al 2000, con la sentenza n. 108.** Il caso riguardava un contratto di fornitura: il creditore aveva proposto una prima domanda per il pagamento di una fattura e poi aveva instaurato un secondo giudizio per un'ulteriore fattura, sempre derivante dallo stesso rapporto contrattuale. Si poneva quindi il problema se fosse legittimo “spezzare” il credito e farlo valere in più processi. **Nel 2000 la Corte risponde in senso favorevole al frazionamento.** L'argomento è fortemente ancorato alla disponibilità dei diritti: il processo civile ha ad oggetto situazioni giuridiche disponibili e, se il diritto è disponibile, lo è anche la scelta se farlo valere in tutto o in parte. L'attore può decidere se chiedere l'intero credito o solo una porzione, riservandosi il residuo. Si tratta di una visione marcatamente privatistica del processo, centrata sull'autonomia delle parti. Questo orientamento però non regge a lungo. **Nel 2007 la questione torna davanti alle Sezioni Unite, che con la sentenza n. 23726 cambiano radicalmente prospettiva.** Anche in quel caso si trattava di crediti derivanti da un unico rapporto, fondati su fatture diverse. Ma questa volta la Corte legge il problema alla luce dei principi costituzionali. Il ragionamento non è più solo processuale, bensì pubblicistico: si richiama il canone della buona fede oggettiva, della correttezza, il dovere di solidarietà ex art. 2 Cost., nonché il principio di lealtà e probità processuale sancito dall'art. 88 c.p.c. Consentire il frazionamento, secondo questa impostazione, significa gravare il debitore di più processi e più spese, oltre a incidere negativamente sulla macchina giudiziaria, che non è una risorsa illimitata. Aprire più giudizi a partire da una medesima vicenda contrasta con l'economia processuale e con il principio della ragionevole durata del processo. Per questo le Sezioni Unite del 2007 affermano il divieto di parcellizzazione del credito. Il ribaltamento rispetto al 2000 è netto. Successivamente questo principio viene esteso anche alle azioni di responsabilità

extracontrattuale: chi agisce per alcune voci di danno non può poi promuovere un secondo processo per ulteriori voci derivanti dallo stesso illecito. **Nel 2017 interviene un'ulteriore precisazione**, sempre a Sezioni Unite, con le **sentenze gemelle n. 4090 e 4091**. Il caso riguarda un rapporto di lavoro. Un lavoratore aveva prima chiesto il ricalcolo del TFR e, dopo il passaggio in giudicato della sentenza favorevole, aveva promosso una seconda azione per il ricalcolo del premio fedeltà. Anche qui si trattava di crediti derivanti dallo stesso rapporto fondamentale. **Le Sezioni Unite del 2017 introducono una distinzione decisiva**. Se l'oggetto delle domande è una situazione giuridica unitaria – come il diritto al risarcimento del danno, che è unico anche se articolato in più voci – il frazionamento è vietato. Ma se si tratta di crediti distinti, pur derivanti da uno stesso rapporto di durata, la questione cambia. Nei rapporti di lavoro, ad esempio, i singoli crediti retributivi, contributivi o indennitari sono autonomi, anche se hanno una causa comune. In questa prospettiva la Corte non abbandona il divieto affermato nel 2007, ma lo attenua: il frazionamento può essere ammesso se l'attore dimostra un interesse oggettivo. Non basta una scelta soggettiva; occorre una ragione concreta, verificabile, come la disponibilità della documentazione solo per una parte del credito. È un tentativo di equilibrio tra esigenze pubblicistiche ed effettività della tutela. Rimane però aperto un problema pratico: che cosa deve fare il secondo giudice, se si trova davanti a una domanda frazionata? La giurisprudenza non è uniforme. Alcune decisioni parlano di improcedibilità della seconda domanda; altre, invece, ritengono che il giudice debba comunque pronunciarsi nel merito, limitandosi a sanzionare il comportamento scorretto sul piano delle spese. La questione approda di nuovo alle **Sezioni Unite nel 2025, con la sentenza n. 7299**. Questa volta la Corte offre una soluzione sistematica, distinguendo nettamente due ipotesi. Se il frazionamento riguarda una situazione giuridica unitaria, come il diritto al risarcimento del danno, il problema si risolve sul piano dei limiti oggettivi del giudicato. Nel momento in cui l'attore ha introdotto la prima domanda, ha dedotto in giudizio l'intera situazione giuridica. Se ha chiesto solo alcune voci, la sentenza che definisce il processo fa stato sull'intero diritto. La seconda domanda è quindi preclusa dal giudicato: il secondo giudice non può pronunciarsi. Diverso è il caso dei crediti distinti derivanti da un rapporto unitario, come accade nei rapporti di durata. Qui non opera il giudicato, perché i diritti sono diversi. Tuttavia, se il frazionamento non è sorretto da un interesse oggettivo, il comportamento dell'attore viola il dovere di lealtà processuale. La conseguenza però non è l'inammissibilità né l'improcedibilità della domanda. Il secondo giudice deve decidere nel merito, ma può sanzionare l'attore sul piano delle spese, ponendo a suo carico anche le spese della controparte, pure in caso di vittoria. Si scinde così la decisione sul diritto dalla regolamentazione delle spese, che diventa lo strumento di reazione all'abuso. **Con la pronuncia del 2025 si chiude un percorso iniziato nel 2000**. Il sistema attuale distingue tra diritti unitari e diritti distinti; fa leva, nel primo caso, sui limiti oggettivi del giudicato; nel secondo, sul principio di lealtà processuale e sulla disciplina delle spese. È una soluzione che cerca di tenere insieme autonomia delle parti, effettività della tutela e razionalità del sistema processuale, senza sacrificare in modo irreversibile il diritto di azione. Il problema del concorso di norme e del concorso di diritti nasce tutte le volte in cui una stessa vicenda concreta può essere ricondotta a più disposizioni giuridiche. È una situazione molto frequente nella pratica: una medesima fattispecie sembra "adattarsi" a più schemi normativi, e allora occorre capire se siamo di fronte a un unico diritto disciplinato da norme concorrenti oppure a più diritti distinti. Gli esempi sono numerosi. Si pensi al danno subito dal trasportato: può essere inquadrato come responsabilità contrattuale oppure come responsabilità extracontrattuale. Oppure al caso in cui si discuta se un rapporto di lavoro sia autonomo o subordinato. Ancora: l'alternativa tra *actio mandati* e *actio negotiorum gestio*; tra azione di adempimento contrattuale e azione di arricchimento senza causa; tra responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c. e responsabilità del datore di lavoro; oppure tra azione cambiaria e azione causale fondata sul rapporto sottostante. In tutte queste ipotesi il nodo è lo stesso: siamo davanti a un concorso apparente di norme oppure a un concorso di diritti? La distinzione non è affatto teorica, perché produce conseguenze processuali molto rilevanti, soprattutto quando la prima domanda venga rigettata con efficacia di giudicato. Se si ritiene che siamo di fronte a un concorso apparente di norme, significa che la situazione giuridica sostanziale è una sola e che le diverse norme non svolgono funzione individuatrice. In altre parole, il rapporto giuridico è unico; le norme sono solo diverse possibili qualificazioni dello stesso fatto. In questa prospettiva, se viene proposta un'azione fondata su una certa norma e la domanda è rigettata, non sarà possibile instaurare un secondo processo fondato su una diversa norma, ma avente ad oggetto la medesima vicenda sostanziale. Il giudicato di rigetto copre l'intera situazione giuridica. Al tempo stesso, però, all'interno del primo processo il giudice potrà riqualificare la fattispecie. Qui entra in gioco il

principio iura novit curia: il giudice è padrone della *quaestio iuris* e può applicare la norma corretta anche se diversa da quella invocata dall'attore. Se l'attore ha qualificato il fatto come responsabilità contrattuale ma manca un contratto, il giudice potrà ricondurre la fattispecie alla responsabilità extracontrattuale. La norma non individua il diritto; il diritto resta lo stesso. Diverso è il caso in cui si ritenga che sussista un concorso di diritti. Qui ciascuna norma individua una distinta situazione giuridica. Il cambiamento della norma comporta un cambiamento del diritto fatto valere. Le conseguenze sono speculari. Se la prima domanda viene rigettata, sarà possibile proporre un secondo processo fondato su un diverso diritto. Il giudicato non lo impedisce, perché l'oggetto è differente. Però, all'interno del primo processo, non sarà consentita la riqualificazione giuridica, perché il giudice, cambiando norma, finirebbe per modificare l'oggetto della domanda, in violazione del principio dispositivo. Questa contrapposizione si riflette anche nelle azioni di impugnativa negoziale. Prima del 2014, quando si riteneva che l'oggetto dell'azione fosse il singolo diritto potestativo individuato dal fatto costitutivo e dall'effetto richiesto, le diverse azioni (annullamento per errore, per dolo, rescissione, ecc.) erano considerate diritti distinti. Il giudicato di rigetto di una non impediva la proposizione di un'altra. Era dunque un'ipotesi di concorso di diritti. Dopo la svolta del 2014, che ha ricondotto l'oggetto del processo al rapporto giuridico complesso (esistenza e validità del contratto), la prospettiva cambia: le diverse norme non incidono più sull'identità della situazione giuridica. Ne deriverebbe che nel primo processo è ammessa la riqualificazione, ma il giudicato di rigetto dovrebbe precludere un secondo processo fondato su una diversa azione di impugnativa. Le Sezioni Unite del 2014, tuttavia, non hanno affrontato espressamente questa conseguenza. La dottrina più autorevole – in particolare Cerino Canova e Menchini – ha analizzato il problema guardando alle relazioni tra le fattispecie delineate dalle diverse norme. È la norma che costruisce la fattispecie; quindi bisogna verificare se le fattispecie possano coesistere oppure si escludano a vicenda. Si parla di relazione di esclusione quando le due fattispecie non possono sussistere insieme: o c'è l'una o c'è l'altra. È il caso tipico della responsabilità contrattuale e di quella extracontrattuale: nell'una esiste un contratto, nell'altra no. Si parla invece di relazione di specialità quando una fattispecie contiene tutti gli elementi dell'altra più un elemento ulteriore. Anche qui le due non possono coesistere autonomamente. Sulla base di questa analisi, la conclusione è che, nella maggior parte dei casi, siamo di fronte a un concorso apparente di norme: il diritto sostanziale è uno solo e la norma non svolge funzione individuatrice. Sono invece poche le ipotesi di autentico concorso di diritti, cioè di piena autonomia fattuale e giuridica tra le situazioni. Un esempio tipico di concorso di diritti è quello tra azione cambiaria e azione causale: il titolo di credito dà vita a un diritto autonomo rispetto al rapporto sottostante. Oppure il concorso tra azione personale fondata su un contratto e azione reale fondata su un diritto reale per ottenere la consegna del medesimo bene: qui le situazioni giuridiche sono diverse, pur mirando allo stesso risultato pratico. Le ricadute processuali sono rilevantissime. Se si tratta di concorso apparente di norme, il giudicato di rigetto impedisce un nuovo processo, ma nel primo giudizio è ammessa la riqualificazione giuridica. Se invece si tratta di concorso di diritti, il giudicato di rigetto non preclude una seconda azione, ma nel primo processo non si può cambiare qualificazione. Questo aspetto non è secondario, perché la riqualificazione giuridica incide sulla fattispecie e quindi anche sul riparto dell'onere della prova. L'art. 2697 c.c. stabilisce che l'attore deve provare i fatti costitutivi e il convenuto quelli impeditivi, modificativi o estintivi. Ma ogni norma delinea in modo diverso la propria fattispecie. Si pensi ancora al passaggio tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: nella prima l'elemento soggettivo non è fatto costitutivo a carico dell'attore, mentre nella seconda lo è. Cambiare norma significa cambiare struttura della fattispecie e dunque modificare la distribuzione degli oneri probatori. Ecco perché la distinzione tra concorso apparente di norme e concorso di diritti non è una sottigliezza teorica, ma incide direttamente sui poteri del giudice, sui limiti del giudicato e sulla stessa strategia processuale delle parti.

Il giudicato di rigetto

Quando si parla di **giudicato di rigetto**, occorre partire da un dato fondamentale: per decidere sulla domanda il giudice deve affrontare due piani distinti, la **quaestio facti** e la **quaestio iuris**. Deve cioè accettare i fatti giuridicamente rilevanti e poi stabilire quale norma si applichi a quei fatti.

Tuttavia, gli antecedenti logici della decisione non sono identici a seconda che la sentenza sia di accoglimento oppure di rigetto. Se il giudice accoglie la domanda, deve aver accertato l'esistenza di tutti i

fatti costitutivi e, al tempo stesso, la non esistenza dei fatti modificativi, estintivi o impeditivi introdotti nel processo. L'accoglimento presuppone dunque un accertamento pieno e completo della fattispecie.

Diverso è il caso del rigetto. Il nostro ordinamento è ispirato al principio di economia processuale, oggi espresso anche a livello costituzionale nell'art. 111 Cost., quando si richiama la ragionevole durata del processo. Questo principio incide direttamente sulla struttura della sentenza di rigetto.

La domanda può essere respinta anche per un solo motivo, il cosiddetto **motivo portante**. Non è necessario che il giudice esamini e decida tutte le questioni. È sufficiente che individui una ragione idonea a definire il giudizio.

Il motivo portante può consistere:

- nella mancanza di un fatto costitutivo;
- oppure nell'esistenza di un fatto modificativo, estintivo o impeditivo.

La scelta di quale questione affrontare per prima non è casuale. Generalmente il giudice si orienta secondo il criterio della **ragione più liquida**, cioè della questione di più facile e pronta soluzione. Se, ad esempio, emerge chiaramente la prescrizione, che richiede solo un calcolo temporale, il giudice potrà arrestarsi lì senza entrare nell'analisi più complessa della fattispecie costitutiva.

Questo assetto trova conferma nell'art. 187 c.p.c., che consente al giudice di rimettere la causa in decisione quando rileva una questione preliminare di merito o una questione pregiudiziale di rito idonea a definire il giudizio. Analogamente, l'art. 276 c.p.c., disciplinando la deliberazione della sentenza, non impone un ordine rigido di esame delle questioni: il collegio decide gradatamente le questioni pregiudiziali e poi il merito, ma la scelta dell'ordine spetta al giudice. Anche qui, dunque, prevale la logica della ragione più liquida. Se la sentenza di rigetto si fonda su una sola questione, le altre rimangono **assorbite**. L'assorbimento significa che il giudice legittimamente non si pronuncia su di esse, perché la decisione è già definita sulla base del motivo portante. Da qui discende una conseguenza importante: i limiti oggettivi del giudicato di rigetto non sono fissi, ma variabili. Le Sezioni Unite del 2014 (sentenze n. 26242 e 26243) hanno parlato efficacemente di **giudicato a geometria variabile**. L'estensione del giudicato dipende dalla ragione sulla quale si fonda il rigetto.

Un esempio chiarisce bene il punto. Immaginiamo un'azione di adempimento di un contratto a prestazioni corrispettive. Il giudice può rigettare la domanda per prescrizione, oppure può rigettarla perché accoglie un'eccezione di nullità del contratto. Se il rigetto si fonda sulla prescrizione, il giudicato riguarda soltanto la coppia pretesa-obbligo. La prescrizione incide sull'obbligazione dedotta in giudizio, ma non dice nulla sull'esistenza o validità del contratto nel suo complesso. Ne consegue che sarà possibile, in un secondo processo, far valere un'altra obbligazione derivante dallo stesso contratto; e in quel secondo processo potrà essere rimessa in discussione anche l'esistenza o validità del contratto, perché il primo giudicato non si è pronunciato su questo aspetto. Diverso è il caso in cui il rigetto sia fondato sull'accertamento della nullità del contratto. Qui il motivo portante investe il **rapporto giuridico complesso**. Le Sezioni Unite del 2014 hanno chiarito che un rigetto fondato sulla nullità ha un'efficacia analoga a quella di una sentenza che accoglie un'azione di nullità: il giudicato accerta la non validità dell'intero rapporto contrattuale. In questo caso non sarà possibile instaurare ulteriori processi fondati su obbligazioni derivanti da quel contratto, perché il giudicato copre l'intero rapporto. Ecco allora il senso della "geometria variabile": il giudicato di rigetto può essere ristretto o ampio a seconda del suo fondamento. Se il motivo portante riguarda un singolo segmento del rapporto, l'efficacia del giudicato sarà limitata; se invece investe il rapporto complesso, l'efficacia sarà molto più estesa. In definitiva, mentre la sentenza di accoglimento tende a presupporre un accertamento pieno della fattispecie, la sentenza di rigetto può arrestarsi a un solo elemento decisivo. È questa struttura che rende necessario, ogni volta, individuare con precisione quale sia la ragione decisiva del rigetto, perché è da essa che dipende l'ampiezza dell'effetto preclusivo del giudicato.

I problemi legati ai limiti temporali del giudicato

I problemi legati ai **limiti temporali del giudicato** nascono dal fatto che il giudicato non è un'entità astratta, ma si colloca in un preciso momento nel tempo. Proprio per questo occorre chiedersi quale rilevanza possano avere fatti o norme sopravvenuti rispetto a quel momento. Quando si parla di fatti sopravvenuti o di norme sopravvenute, bisogna fare riferimento al **referente temporale** della questione di fatto e della questione di diritto. E i due referenti non coincidono.

Per quanto riguarda la **quaestio facti**, il referente temporale è l'ultimo momento in cui le parti possono introdurre nuovi fatti nel processo. Nel processo a cognizione piena questo momento coincide, tendenzialmente, con la scadenza dei termini per le memorie integrative. Dopo quel momento non è più possibile allegare nuovi fatti.

Diverso è il referente temporale della **quaestio iuris**. Qui l'ultimo momento utile è quello della deliberazione della sentenza. Fino a quando il giudice non delibera, può mutare la norma applicabile. Il momento è quindi anteriore alla pubblicazione della sentenza, che avviene con il deposito in cancelleria.

Chiarito questo, occorre distinguere tra giudicato di accoglimento e giudicato di rigetto.

Se la sentenza di accoglimento passa in giudicato e successivamente sopravvengono fatti nuovi, questi sono pienamente rilevanti. Non sono coperti dal giudicato, perché si collocano oltre il referente temporale della questione di fatto. Se, ad esempio, dopo la sentenza sopravviene l'adempimento, esso produce effetti. Il giudicato ha accertato l'esistenza del diritto fino a quel momento, ma non cristallizza per sempre la realtà.

Più delicata è la questione delle azioni di impugnativa negoziale esercitate dopo il passaggio in giudicato di una sentenza di accoglimento dell'azione di adempimento. Se tali azioni si fondano su fatti preesistenti, la risposta deve essere negativa. I fatti che fondano annullamento, rescissione o risoluzione possono essere fatti valere come eccezioni nel primo processo. Se si consentisse di esercitarli dopo il giudicato, si svuoterebbe di stabilità la sentenza.

Diverso è il caso dei diritti potestativi fondati su una mera dichiarazione di volontà sopravvenuta. Si pensi al diritto di **riscatto ex art. 1500 c.c.**, all'**opzione ex art. 1331 c.c.**, oppure alla scelta nelle obbligazioni alternative. Qui il fondamento è un atto di volontà successivo, non un fatto preesistente. In queste ipotesi l'esercizio del potere è possibile anche dopo il giudicato, perché si tratta di un fatto nuovo.

Per quanto riguarda le **norme sopravvenute**, il problema si pone soprattutto nei rapporti di durata. Il giudicato "stacca" la fattispecie dalla norma generale astratta fino al suo referente temporale. Per la parte del rapporto che si colloca prima di quel momento, vale il giudicato. Per la parte successiva, si applica la nuova norma. Dunque il giudicato non impedisce che, per il futuro, il rapporto sia disciplinato dalla legge sopravvenuta. Nel caso del giudicato di rigetto, invece, non ha senso parlare di fatto costitutivo sopravvenuto riferito allo stesso diritto. Se sopravviene un nuovo fatto costitutivo, esso fonda un nuovo diritto. Non è un problema di limiti temporali del giudicato, ma di identità della situazione giuridica.

Accanto ai limiti temporali, l'ordinamento si preoccupa di evitare la formazione di giudicati tra loro incompatibili. **L'art. 34 c.p.c.** accetta il rischio dei **giudicati logicamente contraddittori** nelle ipotesi di pregiudizialità tecnica. Diverso è il caso dei giudicati **praticamente contraddittori**, cioè di sentenze che hanno lo stesso oggetto o attribuiscono diritti incompatibili.

Si pensi a una prima sentenza che accerta un credito di A verso B e a una seconda che accerta che quel credito non esiste. Oppure a una sentenza che dichiara A proprietario di un bene e a un'altra che dichiara B proprietario dello stesso bene. Qui la convivenza delle due decisioni è praticamente impossibile, anche in fase esecutiva. Per prevenire queste situazioni l'ordinamento predisponde vari strumenti. Se due processi identici pendono contemporaneamente, interviene la **litispendenza** ex art. 39 c.p.c.: il giudice adito per secondo deve cancellare la causa dal ruolo e rimettere le parti davanti al primo giudice. Se uno dei processi si chiude con sentenza passata in giudicato, opera l'**effetto negativo del giudicato** (o effetto

diretto). Il secondo giudice non può pronunciarsi sullo stesso diritto. L'eccezione di giudicato esterno è rilevabile anche d'ufficio e può essere sollevata in ogni stato e grado.

Se l'eccezione non viene rilevata e si arriva alla sentenza di appello, il rimedio è la revocazione ordinaria ex art. 395 n. 5 c.p.c., oppure, se l'eccezione è stata proposta ma non accolta, il ricorso per Cassazione ex art. 360 n. 4 c.p.c. Se però tutti i mezzi di impugnazione decorrono inutilmente e anche la seconda sentenza passa in giudicato, il vizio si sana. L'art. 161 c.p.c., con la regola della conversione delle nullità in motivi di impugnazione, impone che i vizi siano fatti valere nei termini stabiliti. Se ciò non accade, il secondo giudicato prevale sul primo. È una soluzione di tecnica processuale: il primo giudicato avrebbe dovuto bloccare il secondo processo, ma se il vizio non viene tempestivamente fatto valere, si consolida la seconda decisione. Accanto all'effetto negativo esiste poi l'**effetto positivo o riflesso del giudicato**. Esso opera quando il secondo processo ha ad oggetto un rapporto dipendente da quello già accertato con giudicato. In questo caso il secondo giudice non è impedito dal decidere, ma è vincolato a recepire quanto stabilito nel primo giudicato sul rapporto pregiudiziale. Se, ad esempio, prima si accerta con giudicato lo status di erede e poi si apre un processo per l'adempimento del credito ereditario, il secondo giudice deve attenersi a quanto stabilito sullo status. Il vincolo è positivo: non blocca il processo, ma orienta la decisione. La sequenza dei processi è decisiva. Se si apre prima il processo sul rapporto dipendente, il giudice accernerà il rapporto pregiudiziale senza autorità di cosa giudicata, con il rischio di giudicati logicamente contraddittori. Se invece si apre prima il processo sul rapporto pregiudiziale, quel giudicato produrrà effetto vincolante nel secondo giudizio e le decisioni saranno coordinate. In definitiva, i limiti temporali del giudicato e i meccanismi di coordinamento tra giudizi mostrano come l'ordinamento cerchi un equilibrio tra stabilità delle decisioni e adeguamento della realtà giuridica alle vicende sopravvenute, evitando – per quanto possibile – contrasti insanabili tra sentenze.

I PROCESSI A COGNIZIONE PIENA

Il **processo a cognizione piena** è il modello generale del processo civile. Si caratterizza per la sua **atipicità**, nel senso che può essere utilizzato per la tutela di qualsiasi situazione giuridicamente rilevante. Non è necessario che la norma sostanziale attribuisca espressamente un'azione: se una situazione è giuridicamente rilevante, esiste automaticamente il diritto di azione. Questo principio trova il suo fondamento nell'art. 24 Cost., che garantisce a tutti la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La cognizione piena si distingue dalla cognizione sommaria – che caratterizza molti procedimenti speciali del quarto libro del codice di procedura civile – per tre elementi fondamentali. Il primo è la **rigida predeterminazione legale delle forme e dei termini del procedimento**. Tutto è regolato dalla legge: poteri, doveri e facoltà delle parti e del giudice, in ogni fase del processo. Questo vale per la fase introduttiva, per la trattazione, per l'istruttoria e per la decisione. In particolare, nella fase istruttoria è la legge a disciplinare i mezzi di prova, le modalità di assunzione, i soggetti che possono chiederli e i criteri di valutazione. Il processo a cognizione piena è organizzato secondo un **sistema di preclusioni**: passando da una fase all'altra, le parti perdono progressivamente la possibilità di esercitare determinati poteri. Questo meccanismo serve a garantire ordine e concentrazione del processo. Non si tratta solo del primo grado: anche l'appello e il ricorso per Cassazione si inseriscono in questo schema rigorosamente regolato. Proprio per queste caratteristiche si ritiene che il processo a cognizione piena realizzi quanto previsto dall'art. 111, primo comma, Cost., secondo cui la giurisdizione si attua mediante il “giusto processo regolato dalla legge”. L'espressione “regolato dalla legge” trova qui la sua concreta attuazione.

La seconda caratteristica è l'**attivazione immediata e anticipata del contraddittorio**. L'atto introduttivo – sia esso atto di citazione o ricorso – viene portato subito a conoscenza del convenuto. Nei procedimenti speciali, invece, talvolta il contraddittorio è posticipato: il provvedimento può essere emesso inaudita altera parte e solo successivamente si instaura il confronto tra le parti. Il principio del contraddittorio ha copertura costituzionale (art. 111, secondo comma, Cost.), quindi il legislatore non può eliminarlo, ma può modularne i tempi, come conferma l'art. 101 c.p.c.

La terza caratteristica riguarda il **provvedimento conclusivo**. Il processo a cognizione piena si chiude normalmente con una sentenza, la quale, se non viene impugnata nei termini previsti, può acquistare l'autorità della cosa giudicata. È questo elemento che distingue nettamente la cognizione piena dalle forme di tutela sommaria, che spesso producono provvedimenti privi di stabilità definitiva.

Quanto alla disciplina concreta del processo a cognizione piena, essa è stata profondamente modificata dalla **riforma Cartabia** e dal successivo decreto correttivo. La riforma ha introdotto una distinzione interna al rito ordinario, articolandolo in due modelli:

- il **rito ordinario di cognizione**, disciplinato dagli artt. 163 e seguenti c.p.c.;
- il **rito semplificato di cognizione**, regolato dagli artt. 281-decies e seguenti.

Il rito semplificato rappresenta una novità della riforma. Prima esisteva il procedimento sommario di cognizione (artt. 702-bis e seguenti), che però aveva una logica diversa ed era collocato tra i procedimenti speciali. Con la riforma, il rito semplificato è stato inserito stabilmente all'interno del sistema della cognizione piena, pur con una struttura più snella e flessibile rispetto al rito ordinario.

Si tratta dunque di una razionalizzazione del sistema: non più un unico rito ordinario rigido contrapposto a una pluralità di procedimenti speciali, ma due modelli di cognizione piena, uno più strutturato e uno più agile, entrambi idonei a concludersi con una sentenza destinata a passare in giudicato. **Con la riforma Cartabia il legislatore** non si è limitato a spostare qualche articolo da una parte all'altra del codice. Non ha semplicemente "ricollocato" il vecchio procedimento sommario di cognizione nel secondo libro: ha creato qualcosa di diverso. Il nuovo **rito semplificato di cognizione** è un procedimento a cognizione piena, non più sommaria. Non c'è vera continuità con l'istituto precedente: cambia la logica di fondo. Il procedimento sommario era caratterizzato da una cognizione più elastica, meno rigidamente incardinata nelle forme del secondo libro; il rito semplificato, invece, resta dentro la struttura della cognizione piena e può concludersi con una sentenza destinata a passare in giudicato.

La scelta del legislatore è stata chiara: differenziare le regole di svolgimento del processo a cognizione piena in base alla **complessità della lite**. Non tutte le controversie hanno lo stesso peso, lo stesso livello di articolazione fattuale e giuridica. Per le liti più complesse resta il rito ordinario; per quelle più semplici, il rito semplificato.

Il rito ordinario

Il rito ordinario si apre con l'atto di citazione a comparire a udienza fissa, disciplinato dall'art. 163 c.p.c. Il rito semplificato, invece, si apre con **ricorso**: questo è già un primo segnale della diversa struttura dei due modelli. Si parla di "citazione a comparire a udienza fissa" perché è l'attore a indicare, nel proprio atto introduttivo, la data della prima udienza. L'attore non si limita a proporre la domanda: organizza l'avvio del processo. L'atto di citazione è un atto complesso, al cui interno possiamo distinguere tre momenti:

- **edictio actionis**: è l'esercizio del diritto di azione;
- **vocatio in ius**: è l'atto con cui si attiva il contraddittorio, chiamando il convenuto in giudizio;
- **preparazione della prima udienza**: la parte organizza il calendario iniziale del processo.

L'art. 163, al primo comma, stabilisce che la domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa. Il secondo comma aggiunge un dettaglio organizzativo importante: il Presidente del Tribunale, all'inizio dell'anno giudiziario, stabilisce – con decreto approvato dal Presidente della Corte d'appello – i giorni e le ore destinati esclusivamente alle prime comparizioni. L'attore dovrà scegliere la data della prima udienza all'interno di quel calendario.

Il contenuto dell'atto di citazione

Il terzo comma dell'art. 163 elenca i requisiti dell'atto. Si parla di **requisiti di forma-contenuto**, perché nel processo civile la nozione di forma è ampia: non riguarda solo l'aspetto esteriore dell'atto, ma anche

ciò che deve contenere. Questi requisiti si possono distinguere in due grandi categorie: quelli funzionali all'**edictio actionis** e quelli funzionali alla **vocatio in ius**. Requisiti strumentali all'**edictio actionis**

A) **Elementi identificativi del diritto fatto valere in giudizio.** La domanda deve essere chiaramente individuabile.

B) **Indicazione delle parti.** Prima di tutto in senso sostanziale: chi è il titolare attivo e chi è il titolare passivo del diritto fatto valere. L'attore è il soggetto che si afferma titolare del diritto; il convenuto è il soggetto contro cui il diritto è fatto valere. Nell'atto devono comparire tutti gli elementi identificativi: nome, cognome, residenza, codice fiscale. Se la parte è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, bisogna indicare chi la rappresenta in giudizio. Se si tratta di **legittimazione straordinaria** (art. 81 c.p.c.), occorre indicare sia chi agisce in nome proprio per un diritto altrui (legittimato straordinario), sia il titolare effettivo del diritto (legittimato ordinario).

C) **Il petitum**, cioè la determinazione della cosa oggetto della domanda.

Il petitum si articola in:

- **petitum immediato**, che è la forma di tutela richiesta (condanna, accertamento, costitutiva);
- **petitum mediato**, che è il bene della vita cui si aspira (ad esempio, la proprietà di un bene, il pagamento di una somma, la risoluzione di un contratto).

D) **La causa petendi.** È l'esposizione chiara e specifica dei fatti e degli elementi di diritto che fondano la domanda. Qui l'attore deve raccontare la vicenda sostanziale, indicare i fatti costitutivi e concludere formulando le proprie richieste.

Passando ai **requisiti strumentali alla vocatio in ius**, qui entriamo nella parte dell'atto di citazione che serve a mettere il convenuto in condizione concreta di difendersi. Non basta che l'attore eserciti il diritto di azione: deve anche attivare correttamente il contraddittorio.

Il primo requisito è l'**indicazione del Tribunale competente**.

L'attore deve specificare davanti a quale ufficio giudiziario propone la domanda, perché il convenuto deve sapere dove dovrà comparire e difendersi. Per fare questa scelta l'attore applica i criteri di competenza: prima quelli per materia o valore (giudice di pace o tribunale), poi quelli di competenza territoriale, così da individuare il tribunale concretamente legittimato.

Il secondo requisito è l'**indicazione del giorno dell'udienza di comparizione**.

L'attore sceglie la data all'interno del calendario predisposto annualmente dal Presidente del Tribunale, come previsto dall'art. 163, secondo comma. Questa scelta però non è completamente libera: deve rispettare i cosiddetti **termini a difesa** previsti dall'art. 163-bis c.p.c.

Tra la notificazione dell'atto di citazione e l'udienza devono intercorrere almeno:

- 120 giorni se la notificazione avviene in Italia;
- 150 giorni se avviene all'estero.

Si parla di **termini liberi**, cioè non si computa né il giorno iniziale (dies a quo) né quello finale (dies ad quem). Sono termini inderogabili, fissati a tutela del diritto di difesa del convenuto. L'attore, infatti, ha tutto il tempo di preparare la causa; il convenuto, invece, viene "sorpreso" dalla notifica e deve poter organizzare le proprie difese con un margine adeguato.

Il terzo requisito consiste nell'**invito al convenuto a costituirsi**. L'attore deve avvertire il convenuto che deve costituirsi almeno **70 giorni prima dell'udienza**, ai sensi dell'art. 166 c.p.c., e che la costituzione tardiva comporta decadenze importanti, in particolare quelle previste dagli artt. 38 e 167 c.p.c.

Facendo due conti:

- 120 giorni sono il termine minimo tra notifica e udienza;
- 70 giorni è il termine entro cui il convenuto deve costituirsi;
- restano quindi circa 50 giorni effettivi per predisporre la difesa.

Nell'atto devono inoltre comparire avvertimenti fondamentali:

- l'obbligo della difesa tecnica davanti al tribunale (salvo rarissime eccezioni);
- la possibilità di chiedere il patrocinio a spese dello Stato, se ne ricorrono i presupposti.

Questo richiamo è molto importante: dà attuazione all'art. 24, terzo comma, Cost., che garantisce ai non abbienti i mezzi per agire e difendersi in giudizio. È una garanzia costituzionale che ha trovato concreta attuazione solo nel 2002. Il quarto elemento riguarda la **sottoscrizione dell'atto**. L'atto di citazione è firmato dall'avvocato (art. 125 c.p.c.), il quale deve essere munito di **procura**. Oggi, con il processo telematico, la procura non è più materialmente "in calce" o "a margine", ma deve comunque essere rilasciata prima della costituzione in giudizio.

Accanto a questi elementi essenziali, l'art. 163 prevede anche altre indicazioni: per esempio il riferimento alla mediazione obbligatoria o alla negoziazione assistita, che in alcuni casi costituiscono condizioni di procedibilità della domanda. Il mancato esperimento non invalida l'atto di citazione, ma il giudice sospende il processo finché l'onere non venga assolto. L'attore deve poi indicare i **mezzi di prova** di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione.

La notificazione e la costituzione delle parti

Una volta redatto, l'atto di citazione viene **notificato personalmente al convenuto**.

Dopo la notifica, l'attore ha l'onere, entro 10 giorni, di costituirsi in giudizio (art. 165 c.p.c.). La costituzione non è un atto "materiale" della parte, ma un atto tecnico compiuto dal difensore: consiste nell'iscrizione a ruolo della causa e nel deposito dell'atto di citazione, della procura e dei documenti.

L'iscrizione a ruolo segna l'incardinamento ufficiale della controversia presso l'ufficio giudiziario. Alla causa viene assegnato un numero progressivo nell'anno giudiziario. Da quel momento il processo è formalmente pendente.

Il convenuto, ricevuta la notifica, deve costituirsi almeno **70 giorni prima dell'udienza**, depositando:

- la comparsa di risposta;
- la copia dell'atto di citazione notificato;
- la procura;
- i documenti.

La comparsa di risposta, disciplinata dall'art. 167 c.p.c., è il primo atto difensivo del convenuto. In essa il convenuto deve:

- prendere posizione in modo chiaro e specifico sui fatti allegati dall'attore;
- indicare i mezzi di prova;
- formulare le conclusioni.

A pena di decadenza, deve inoltre:

- proporre le domande riconvenzionali (art. 36 c.p.c.);
- sollevare le **eccezioni in senso stretto**, cioè quelle non rilevabili d'ufficio;
- dichiarare l'eventuale volontà di chiamare un terzo in causa (art. 269 c.p.c.).

Queste preclusioni sono molto importanti: se non esercitati tempestivamente, questi poteri si perdono. L'Articolo 165 Codice di procedura civile stabilisce che l'attore deve costituirsi entro dieci giorni dalla notificazione dell'atto di citazione.

Il deposito comprende: l'originale dell'atto di citazione notificato; la procura alle liti, che deve essere conferita ai sensi dell'articolo 83 c.p.c.; i documenti su cui la domanda si fonda.

La costituzione dell'attore consente l'iscrizione a ruolo, disciplinata anche dall'Articolo 166 Codice di procedura civile per quanto riguarda i termini della costituzione del convenuto. Con l'iscrizione a ruolo la causa entra ufficialmente nel registro dell'ufficio giudiziario: è questo il momento in cui il processo assume una dimensione pubblica e organizzativa, con assegnazione al giudice designato secondo i criteri tabellari. Se l'attore non si costituisce nei termini, il processo non prosegue regolarmente e possono

verificarsi conseguenze come la cancellazione della causa dal ruolo. L'Articolo 166 Codice di procedura civile stabilisce che il convenuto deve costituirsi almeno settanta giorni prima dell'udienza indicata nell'atto di citazione. Il termine è funzionale al sistema delle preclusioni e alla fase di trattazione anticipata prevista nel rito ordinario. La comparsa di risposta, regolata dall'Articolo 167 Codice di procedura civile, ha una struttura vincolata. Il convenuto deve prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda in modo chiaro e specifico. Questa prescrizione si collega al principio di non contestazione: i fatti non specificamente contestati possono essere considerati ammessi. Nella comparsa devono essere indicati i mezzi di prova e le conclusioni. L'omissione può comportare preclusioni istruttorie. Le domande riconvenzionali sono disciplinate dall'Articolo 36 Codice di procedura civile. Il convenuto può proporre, nello stesso processo, una domanda nei confronti dell'attore purché esista un nesso di connessione con la domanda principale. La riconvenzionale amplia l'oggetto del giudizio e consente una decisione unitaria. Le eccezioni in senso stretto devono essere sollevate nella comparsa di risposta. Si tratta di eccezioni che il giudice non può rilevare d'ufficio, come la prescrizione. Se non proposte tempestivamente, restano definitivamente precluse. L'Articolo 269 Codice di procedura civile disciplina la chiamata del terzo da parte del convenuto. La volontà di chiamare un terzo deve essere dichiarata nella comparsa di risposta; il giudice, verificata la tempestività e la rilevanza, autorizza la chiamata fissando una nuova udienza. Anche qui la logica è di concentrazione: il processo deve svolgersi con tutte le parti necessarie sin dalle prime fasi, evitando inserimenti tardivi che alterino il contraddittorio. Il quadro che emerge è quello di un sistema scandito da termini perentori e decadenze. La fase introduttiva è il momento in cui le parti devono esercitare integralmente i propri poteri difensivi iniziali. Il mancato rispetto dei termini previsti dagli articoli 165, 166 e 167 comporta la perdita definitiva dei poteri non esercitati. Non si tratta di formalismi inutili: è il modo in cui il legislatore tenta di evitare che il processo si dilati indefinitivamente. Nel processo civile il tempo non è un elemento neutro, e l'ordinamento lo governa attraverso un sistema rigoroso di preclusioni.

Il fascicolo e l'organizzazione del processo

Quando una delle parti si costituisce, il cancelliere iscrive la causa nel **ruolo generale** e forma il **fascicolo informatico d'ufficio** (art. 168 c.p.c., come modificato dal decreto correttivo).

Oggi il fascicolo non è più cartaceo: contiene digitalmente:

- atto di citazione,
- comparse,
- memorie,
- verbali di udienza,
- provvedimenti del giudice,
- atti istruttori,
- sentenze.

Attraverso il fascicolo si può ricostruire l'intero svolgimento del processo. In definitiva, tutta questa fase iniziale mostra bene la natura del processo a cognizione piena: un procedimento rigidamente regolato, scandito da termini precisi e da preclusioni, nel quale ogni passaggio è funzionale a garantire ordine, concentrazione e pieno contraddittorio tra le parti. L'articolo 168 c.p.c. disciplina un momento molto importante, anche se spesso passa un po' sotto traccia: **l'iscrizione della causa a ruolo e la formazione del fascicolo d'ufficio**. È qui che il processo, da atto notificato tra privati, diventa ufficialmente procedimento incardinato davanti a un determinato ufficio giudiziario. Secondo lo schema del codice, l'attore deve costituirsi entro 10 giorni dalla notifica dell'atto di citazione, mentre il convenuto deve costituirsi almeno 70 giorni prima dell'udienza. In teoria, quindi, dovrebbe essere l'attore a costituirsi per primo. Nella pratica non sempre accade, ma se immaginiamo un processo che si svolga "a regola d'arte", sarà proprio l'attore a incardinare la causa. Con la riforma e, soprattutto, con il decreto correttivo n. 164, si è compiuto definitivamente il passaggio al **processo telematico**. L'articolo 71 delle disposizioni di

attuazione al c.p.c., riscritto dal correttivo, stabilisce che la parte che si costituisce per prima inserisce negli schemi informatici:

- Le generalità e il codice fiscale delle parti e dei difensori;
- L'oggetto e il valore della domanda;
- La data della notificazione;
- La data dell'udienza di comparizione;
- Gli ulteriori dati richiesti dalla normativa tecnica sul deposito telematico.

È stata così abolita la vecchia **nota di iscrizione a ruolo**, che era un documento cartaceo con cui si riassumevano gli estremi della controversia. Oggi quegli stessi dati vengono inseriti direttamente nel sistema informatico. Il cancelliere, a questo punto, forma il **fascicolo informatico d'ufficio**. Non esiste più il fascicolo cartaceo. Nel fascicolo confluiscono:

- L'atto di citazione;
- La ricevuta del contributo unificato;
- Le comparse;
- Le memorie;
- I verbali d'udienza;
- I provvedimenti del giudice;
- La sentenza.

Guardando il fascicolo d'ufficio, si può ricostruire l'intera storia del processo. L'Articolo 168 Codice di procedura civile stabilisce che, all'atto della costituzione di una delle parti, il cancelliere iscrive la causa nel ruolo generale. Il ruolo generale è il registro ufficiale dell'ufficio giudiziario nel quale sono annotate tutte le cause pendenti, con un numero progressivo che consente l'identificazione univoca del procedimento. L'iscrizione a ruolo ha un valore organizzativo e istituzionale: segna il passaggio dalla dimensione intersoggettiva (atto notificato tra privati) alla dimensione pubblica del processo. Da quel momento la controversia è formalmente inserita nel circuito giurisdizionale e viene assegnata al giudice designato secondo i criteri tabellari. Sempre l'articolo 168 prevede la formazione del fascicolo d'ufficio. Con la completa telematizzazione del processo civile, il fascicolo è oggi esclusivamente informatico. L'Articolo 71 Disposizioni di attuazione Codice di procedura civile, come riscritto dal decreto correttivo n. 164/2024, disciplina le modalità tecniche dell'iscrizione a ruolo nel processo telematico. La parte che si costituisce per prima deve inserire nel sistema informatico i dati identificativi della causa, sostituendo la vecchia nota di iscrizione a ruolo cartacea. Questo passaggio non è meramente tecnologico. Ha una rilevanza giuridica precisa:

- garantisce la tracciabilità degli atti;
- consente il controllo dei termini;
- assicura l'accessibilità del fascicolo alle parti e al giudice;
- rende verificabile ogni deposito, con attestazione automatica di data e ora.

Nel fascicolo informatico confluiscono tutti gli atti del processo. Esso costituisce la memoria ufficiale del procedimento. Ogni attività processuale lascia una traccia digitale: deposito, comunicazione, provvedimento, verbale.

La designazione del giudice

Dopo l'iscrizione a ruolo entra in gioco l'articolo 168-bis c.p.c., che disciplina la **designazione del giudice persona fisica**. Una volta formato il fascicolo, il cancelliere lo presenta al Presidente del Tribunale. Formalmente la norma dice che il Presidente designa il giudice istruttore, salvo che non voglia trattenere lui stesso la causa. Nei tribunali divisi in sezioni, però, il meccanismo reale è questo: il Presidente assegna la causa a una sezione e poi il Presidente di sezione designa il giudice. Oggi i tribunali sono strutture complesse, articolate in più sezioni civili e penali. Anche tra le sezioni civili vi è una

ripartizione per materia: una può occuparsi di famiglia e responsabilità civile, un'altra di contratti e diritti reali, e così via. Le cause vengono quindi smistate secondo criteri oggettivi. La designazione del giudice non è frutto di una scelta discrezionale. Avviene attraverso il cosiddetto **sistema tabellare**, disciplinato dall'art. 7-ter del R.D. 12/1941. Ogni anno giudiziario viene predisposto un sistema di turnazione, approvato dal CSM. Quando la causa viene iscritta a ruolo, l'abbinamento al magistrato avviene in modo automatico, secondo criteri prestabiliti. Questo meccanismo dà attuazione all'art. 25 della Costituzione: il principio del **giudice naturale precostituito per legge**. Il giudice naturale non è semplicemente l'ufficio giudiziario (il Tribunale), ma la persona fisica che lo compone. E deve essere individuabile in base a criteri fissati prima che la controversia sorga, non dopo. Il secondo comma dell'articolo 168-bis stabilisce inoltre che la designazione del giudice deve avvenire entro il secondo giorno successivo alla costituzione della parte più diligente. Subito dopo, il cancelliere iscrive la causa nel ruolo della sezione e in quello del giudice designato. Se nel giorno fissato per la comparizione il giudice non tiene udienza, la comparizione è rinviata d'ufficio all'udienza successiva dello stesso magistrato. Questa previsione, tuttavia, è oggi in parte assorbita dalle modifiche introdotte all'articolo 171-bis c.p.c., che disciplina le cosiddette **verifiche preliminari**: una fase anticipata di controllo formale e organizzativo del processo.

Gli articoli **171-bis** e **171-ter c.p.c.** sono probabilmente la novità più significativa della riforma Cartabia per quanto riguarda il rito ordinario di cognizione.

La logica che ha guidato il legislatore è stata molto chiara: **spostare prima dell'udienza** una serie di attività che, storicamente, si svolgevano proprio in udienza, nel confronto diretto tra giudice e parti. L'idea è arrivare alla prima udienza “a carte scoperte”: con il giudice che ha già verificato la regolare instaurazione del processo e con le parti che hanno già esercitato i loro principali poteri difensivi.

Lo scopo dichiarato è quello della **ragionevole durata del processo**. Tuttavia, la scelta è discutibile: anticipare tutto in una fase scritta significa allontanare il momento del confronto diretto tra giudice e parti, lasciando queste ultime a svolgere attività difensive molto delicate senza interlocuzione immediata.

Articolo 171-bis: le verifiche preliminari

Scaduto il termine per la costituzione del convenuto (art. 166: 70 giorni prima dell'udienza), il giudice ha **15 giorni** per effettuare d'ufficio le verifiche sulla regolare instaurazione del contraddittorio.

In questo lasso di tempo il giudice controlla se il processo è stato correttamente introdotto. Se emergono vizi, attiva i meccanismi previsti dal secondo comma dell'art. 171-bis, richiamando una serie di disposizioni:

- **Art. 102 c.p.c. (litisconsorzio necessario)**: se manca un litisconsorte necessario, il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio. Se il difetto viene scoperto nei gradi successivi, la sentenza va annullata e si ricomincia da capo. Se nessuno se ne accorge e si arriva al giudicato, la sentenza è inutiliter data: non produce effetti per nessuno.
- **Art. 107 c.p.c. (intervento per ordine del giudice)**: qui non si tratta di obbligo ma di opportunità. Il giudice può chiamare in causa un terzo se ritiene la causa “comune”. È un potere discrezionale, esercitabile solo in primo grado, e non è impugnabile.
- **Art. 164 c.p.c. (nullità dell'atto di citazione)**: disciplina la sanatoria dei vizi dell'atto introduttivo. La soluzione varia a seconda che il vizio riguardi l'editio actionis o la vocatio in ius.
- Art. 167, comma 2 (vizi della domanda riconvenzionale): meccanismo analogo al 164 per la comparsa di risposta.
- **Art. 182 c.p.c. (difetti di rappresentanza o di procura)**: riguarda sia la rappresentanza sostanziale sia la difesa tecnica. Anche qui il giudice assegna un termine per sanare il vizio.
- Altri richiami (artt. 269, 271, 291, 292) riguardano notifiche, chiamate di terzi e integrazioni del contraddittorio.

In tutti questi casi il giudice non chiude il processo: **attiva un meccanismo di sanatoria** e fissa una nuova udienza. Qui interviene una novità del decreto correttivo: **almeno 55 giorni prima della nuova udienza**, il giudice deve effettuare di nuovo le verifiche preliminari per controllare se le parti hanno ottemperato.

Il problema se le parti non ottemperano

Qui nasce una questione delicatissima.

Secondo la disciplina generale, se le parti non rispettano un ordine del giudice, il processo dovrebbe essere chiuso in rito. Ma l'art. 189 c.p.c. stabilisce che, quando si rimette la causa in decisione, deve essere rimessa **l'intera causa**, non una singola questione.

Nel momento delle verifiche preliminari, però, le parti non hanno ancora esercitato pienamente i loro poteri (mancano ancora le memorie integrative dell'art. 171-ter). Potrebbe emergere proprio da quelle memorie che l'ordine del giudice era sbagliato.

Dunque il giudice, anche se constata che le parti non hanno ottemperato, **non può ancora chiudere il processo**. Deve comunque arrivare almeno alla prima udienza. Questo crea una tensione evidente nel sistema. La difficoltà concreta nasce dal fatto che, al momento delle verifiche preliminari, le parti non hanno ancora esercitato pienamente i loro poteri difensivi. Mancano ancora le memorie integrative previste dall'Articolo 171-ter Codice di procedura civile.

Proprio in quelle memorie le parti possono:

- precisare o modificare le domande e le eccezioni nei limiti consentiti;
- articolare mezzi di prova;
- replicare alle difese avversarie.

È possibile, quindi, che da quelle memorie emerga che l'ordine del giudice — magari relativo a una carenza allegatoria o a un profilo di inammissibilità — fosse basato su una lettura ancora incompleta del thema decidendum. Se il giudice chiudesse il processo prima di consentire alle parti di esercitare integralmente i loro poteri difensivi, rischierebbe di violare il principio del contraddittorio e il diritto di difesa ex articolo 24 Cost. Ecco la tensione: da un lato, il sistema delle preclusioni e degli ordini perentori, dall'altro, la regola dell'articolo 189, che impone di decidere l'intera causa e non una questione isolata; in mezzo, una fase procedimentale in cui il contraddittorio non è ancora pienamente sviluppato. Per questo motivo, anche se il giudice constata l'inottemperanza a un ordine impartito nelle verifiche preliminari, non può automaticamente chiudere il processo in rito. Deve comunque arrivare almeno alla prima udienza, consentendo il pieno dispiegarsi delle attività difensive. Solo dopo che il contraddittorio si è completato e le parti hanno esercitato tutti i poteri loro attribuiti, il giudice potrà eventualmente pronunciare una decisione in rito fondata sull'inottemperanza.

Il risultato è un equilibrio delicato. Il legislatore ha voluto anticipare il controllo di regolarità e concentrare le attività nella fase iniziale, ma non ha sacrificato il principio per cui la decisione deve intervenire su un quadro processuale completo. Il processo civile, insomma, pretende disciplina ma non può permettersi di essere frettoloso. Se chiudi troppo presto, violi il contraddittorio. Se aspetti troppo, svuoti di efficacia gli ordini perentori. Il sistema cerca di stare in piedi tra questi due rischi, con una certa tensione strutturale che non è un difetto accidentale, ma il prezzo della garanzia.

Se tutto è regolare

Se invece non emergono vizi, il terzo comma dell'art. 171-bis stabilisce che il giudice:

- **conferma** la data dell'udienza, oppure
- la **differisce** fino a un massimo di 45 giorni;

- e indica le questioni rilevabili d'ufficio che ritiene opportuno trattare nelle memorie integrative ex art. 171-ter, comprese le eventuali condizioni di procedibilità.

La possibilità di differire l'udienza non è una novità assoluta: è sempre esistita, anche prima della riforma. Il termine di 45 giorni è stato tradizionalmente considerato “canzonatorio”: nella prassi i rinvii sono spesso ben più lunghi.

La vera novità è l'**obbligo di conferma**. Prima non era previsto che il giudice dovesse espressamente confermare la data fissata dall'attore. Va distinto questo potere dal rinvio automatico previsto dall'ultimo comma dell'art. 168-bis, che opera quando il giudice designato non tiene udienza nel giorno indicato. Quello è un rinvio tecnico. Il potere del 171-bis è invece un rinvio “organizzativo” deciso dal giudice dopo le verifiche preliminari.

Il **quinto comma dell'art. 171-bis** è una delle precisazioni più importanti introdotte dal decreto correttivo. Stabilisce che i termini delle memorie integrative di cui all'art. 171-ter – che decorrono “all'indietro” rispetto alla data dell'udienza – **iniziano a decorrere solo dopo che il giudice ha pronunciato il decreto previsto dal terzo comma**, cioè dopo che ha confermato o differito la data dell'udienza. Questo significa che finché il giudice non si pronuncia formalmente, i termini del 171-ter restano sospesi. È un chiarimento necessario: nella versione originaria della riforma Cartabia non era specificato nulla, e si creavano incertezze operative molto serie.

In sostanza:

- prima il giudice fa le verifiche preliminari;
- poi conferma o differisce l'udienza con decreto;
- solo da quel momento iniziano a decorrere i termini per le memorie integrative;
- e si computano rispetto alla data effettivamente fissata.

Le questioni rilevabili d'ufficio

Il terzo comma dell'art. 171-bis attribuisce al giudice un altro potere significativo: quello di indicare alle parti le **questioni rilevabili d'ufficio** che ritiene opportuno trattare nelle memorie integrative.

Questa è una categoria ampia ed eterogenea. Vi rientrano:

- **questioni pregiudiziali di rito**, come giurisdizione e competenza;
- **questioni preliminari di merito rilevabili d'ufficio**, ad esempio la nullità del contratto o la presenza di clausole vessatorie nei contratti con il consumatore;
- la **quaestio iuris**, cioè la corretta qualificazione giuridica della fattispecie;
- le **condizioni di procedibilità**, come la mediazione obbligatoria o la negoziazione assistita.

Il senso della norma è chiaro: il giudice segnala subito alle parti i possibili problemi, così che possano esercitare consapevolmente i loro poteri difensivi nelle memorie del 171-ter. Si anticipa il confronto su questioni potenzialmente decisive. La nozione di “questioni rilevabili d'ufficio” è ampia e composita. Non si tratta di una categoria omogenea, ma di un insieme di situazioni accomunate dal fatto che il giudice può (e talvolta deve) rilevarle indipendentemente da un'eccezione di parte. Vi rientrano:

1. Questioni pregiudiziali di rito: Si tratta di profili che incidono sulla legittimazione del giudice o sulla regolarità del processo, come: la giurisdizione (art. 37 c.p.c.); la competenza nei limiti dell'art. 38 c.p.c.; la regolarità del contraddittorio; eventuali nullità dell'atto introduttivo.

Sono questioni che possono arrestare il processo prima dell'esame del merito.

2. Questioni preliminari di merito rilevabili d'ufficio: Qui il terreno si fa più interessante. Il giudice può rilevare d'ufficio, ad esempio: la nullità del contratto; la presenza di clausole vessatorie nei contratti con il consumatore, in attuazione della normativa europea; l'inesistenza di un presupposto sostanziale imprescindibile. In questi casi il giudice interviene su profili che incidono direttamente sulla fondatezza della domanda, non solo sulla struttura del processo.

3. La quaestio iuris: Il giudice può segnalare la corretta qualificazione giuridica della fattispecie. In forza del principio *iura novit curia*, non è vincolato alla qualificazione prospettata dalle parti. Tuttavia, se intende attribuire alla vicenda una qualificazione giuridica diversa e potenzialmente decisiva, deve garantire il contraddittorio su tale punto. Il terzo comma dell'articolo 171-bis è uno degli strumenti attraverso cui si realizza questo contraddittorio preventivo.

4. Le condizioni di procedibilità: Rientrano tra le questioni rilevabili d'ufficio anche le condizioni di procedibilità, come:

- la mediazione obbligatoria;
- la negoziazione assistita;
- altri presupposti che devono essere soddisfatti prima di poter decidere nel merito.

La loro mancanza può comportare l'improcedibilità della domanda.

Il giudice, invece di attendere la fase decisoria per sollevare una questione potenzialmente assorbente, la segnala subito. Le parti, a loro volta, possono affrontarla nelle memorie integrative previste dall'Articolo 171-ter Codice di procedura civile. In questo modo si concentra il dibattito su punti realmente controversi; si evita che una questione rilevata d'ufficio emerga solo in sentenza; si rafforza il principio del contraddittorio, anche su profili che non dipendono dall'iniziativa delle parti. Il potere di segnalazione non trasforma il giudice in una parte occulta del processo. Non sta suggerendo una strategia difensiva, ma sta rendendo esplicito un problema giuridico che potrebbe incidere sulla decisione. È un potere di trasparenza, non di supienza. Il processo civile moderno non tollera più la logica della “decisione a sorpresa”, soprattutto su questioni rilevabili d'ufficio. Il terzo comma dell'articolo 171-bis si inserisce proprio in questa evoluzione: anticipare il confronto, rendere il percorso decisionale leggibile, e costringere tutti — giudice e parti — a scoprire le carte prima che la causa venga rimessa in decisione.

Il mutamento di rito

Il quarto comma dell'art. 171-bis introduce un'altra novità significativa: il **mutamento di rito**.

Il processo a cognizione piena oggi può svolgersi secondo due modelli:

- rito ordinario,
- rito semplificato.

L'attore sceglie inizialmente con quale rito iniziare (citazione per l'ordinario, ricorso per il semplificato), ma la decisione definitiva spetta al giudice.

Se, in sede di verifiche preliminari, il giudice ritiene che per tutte le domande proposte sussistano i presupposti dell'art. 281-decies (cioè che la causa sia adatta al rito semplificato), dispone la prosecuzione del processo in quella forma e fissa l'udienza prevista dall'art. 281-duodecies, assegnando un termine per integrare gli atti introduttivi.

Nella versione originaria della riforma, il mutamento di rito avveniva in udienza, dopo il contraddittorio. Il decreto correttivo lo ha anticipato alla fase delle verifiche preliminari. Anche qui l'idea è quella di razionalizzare i tempi. Su tutto l'art. 171-bis si possono fare almeno due considerazioni importanti.

Prima osservazione: Le attività previste (verifica del contraddittorio, rilievo delle questioni d'ufficio, controllo delle condizioni di procedibilità) non sono precluse a questa fase. Il giudice può compierle anche più avanti. Anzi, è inevitabile che alcune verifiche vengano ripetute dopo il deposito delle memorie integrative del 171-ter, perché solo allora il quadro della lite è completo.

Seconda osservazione: I 15 giorni concessi al giudice per effettuare tutte queste verifiche sono pochissimi, soprattutto considerando il carico di lavoro degli uffici giudiziari. Nella prassi, il giudice tende a limitarsi ai controlli essenziali (costituzione delle parti, eventuali vizi macroscopici), rinviando il resto alla prima udienza. Non esiste una vera preclusione agganciata al 171-bis, salvo il mutamento di rito. Questo ridimensiona, almeno in parte, l'effetto rivoluzionario della norma.

L'art. 171-ter: le memorie integrative

L'articolo 171-ter disciplina le **memorie integrative**, che costituiscono un momento centrale del nuovo modello processuale.

Si tratta di **tre memorie**, con termini che decorrono all'indietro rispetto all'udienza.

In queste memorie le parti devono esercitare poteri fondamentali:

- precisare e modificare le domande,
- proporre eccezioni,
- indicare mezzi di prova,
- articolare richieste istruttorie.

Si tratta di poteri esercitati **a pena di decadenza**. Questo significa che, se non vengono esercitati nei termini stabiliti, si perdono definitivamente. È qui che il nuovo modello mostra la sua impronta più marcata: gran parte della dinamica del processo si concentra prima dell'udienza, in una fase scritta fortemente preclusiva. L'udienza non è più il luogo in cui si costruisce la lite, ma quello in cui si prende atto di una lite già definita nei suoi confini essenziali.

Il quinto comma dell'articolo 171-bis c.p.c., introdotto dal decreto correttivo alla riforma Cartabia, dispone che i termini di cui all'articolo 171-ter c.p.c., relativi al deposito delle memorie integrative e computati a ritroso rispetto alla data dell'udienza, iniziano a decorrere soltanto a seguito della pronuncia del decreto previsto dal terzo comma del medesimo articolo 171-bis. Tali termini, pertanto, decorrono solo dopo che il giudice abbia confermato la data dell'udienza indicata dall'attore ovvero l'abbia differita nei limiti ritenuti opportuni, e si computano con riferimento all'udienza fissata nell'atto di citazione oppure a quella stabilita dal giudice istruttore ai sensi della disposizione in esame. Ne consegue che, fino a quando il giudice non provveda a confermare o a differire la data dell'udienza, i termini di cui all'articolo 171-ter non decorrono, determinandosi una situazione di sostanziale sospensione. Si tratta di una novità introdotta dal decreto correttivo, poiché nel testo originario della riforma Cartabia non era prevista alcuna disciplina in proposito. L'intervento correttivo ha dunque chiarito che la decorrenza dei termini resta subordinata alla pronuncia del decreto con cui il giudice conferma la data originariamente fissata dall'attore oppure la differisce.

Il terzo comma dell'articolo 171-bis prevede che il giudice confermi o differisca la data dell'udienza e indichi alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione nelle memorie integrative di cui all'articolo 171-ter. La categoria delle questioni rilevabili d'ufficio è eterogenea e comprende, in primo luogo, le questioni pregiudiziali di rito non richiamate nel secondo comma dell'articolo 171-bis ma comunque rilevabili d'ufficio dal giudice, tra cui, in particolare, la giurisdizione e la competenza. In via preliminare, infatti, il giudice è tenuto a verificare la propria potestas iudicandi, sotto il profilo sia della giurisdizione sia della competenza. Rientrano tra le questioni rilevabili d'ufficio anche le questioni preliminari di merito che l'ordinamento consente al giudice di rilevare indipendentemente dall'eccezione di parte. Il giudice potrebbe, sin dall'inizio del processo, rilevare eccezioni quali la nullità del contratto o la presenza di clausole vessatorie a tutela del consumatore. Nella medesima categoria è altresì ricompresa la *quaestio iuris*. Il terzo comma dell'articolo 171-bis chiarisce, dunque, che il giudice può indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio affinché queste possano esercitare compiutamente i propri poteri di azione e di difesa nelle memorie integrative. La disposizione richiama, inoltre, le condizioni di procedibilità della domanda, con riferimento a istituti quali la mediazione obbligatoria e la negoziazione assistita. Il legislatore ha attribuito rilievo a tali strumenti di risoluzione alternativa delle controversie con finalità deflattive, imponendone l'esperimento in determinati ambiti del contenzioso civile quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'esperimento della mediazione obbligatoria o della negoziazione assistita obbligatoria non incide sulla validità della domanda, che è comunque validamente proposta, ma ne condiziona la prosecuzione, impedendo l'ulteriore corso del processo in mancanza del previo tentativo richiesto. Pertanto, il giudice è tenuto a segnalare tempestivamente alle parti l'eventuale sussistenza di una condizione di procedibilità.

Il quarto comma dell'articolo 171-bis c.p.c., anch'esso introdotto dal decreto correttivo, stabilisce che, qualora il giudice ritenga che, con riferimento a tutte le domande proposte, ricorrono i presupposti di cui al primo comma dell'articolo 281-decies c.p.c., dispone la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato di cognizione e fissa l'udienza di cui all'articolo 281-duodecies c.p.c., nonché il termine perentorio entro il quale le parti possono integrare gli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti. La norma disciplina il cosiddetto mutamento di rito. Il processo ordinario di cognizione può svolgersi secondo due moduli: il rito ordinario e il rito semplificato. La scelta iniziale tra le due forme spetta all'attore: il rito ordinario si introduce con atto di citazione, mentre il rito semplificato si introduce con ricorso. Tuttavia, la decisione definitiva spetta al giudice, il quale può disporre il mutamento di rito. Con riferimento al passaggio dal rito ordinario al rito semplificato, la disciplina vigente prevede che il giudice effettui tale valutazione in sede di verifiche preliminari. Egli deve verificare se, rispetto a tutte le domande proposte, sussistano i presupposti per la trattazione nelle forme del rito semplificato. In caso affermativo, dispone la prosecuzione del processo secondo tale rito, fissando la data della prima udienza. Anche questa previsione costituisce una novità del decreto correttivo, poiché nel testo originario della riforma Cartabia il mutamento di rito era previsto in udienza, successivamente all'instaurazione del contraddittorio tra le parti.

L'ultimo comma dell'articolo 171-bis stabilisce che il giudice istruttore provvede con decreto, comunicato alle parti costituite a cura della cancelleria, e ribadisce che i termini di cui all'articolo 171-ter iniziano a decorrere dalla pronuncia del decreto previsto al terzo comma e si computano a ritroso rispetto all'udienza fissata nell'atto di citazione, se il giudice ha confermato la data originariamente stabilita dall'attore, ovvero rispetto all'udienza fissata dal giudice istruttore ai sensi della medesima disposizione.

Con riferimento all'articolo 171-bis, occorre formulare due considerazioni. In primo luogo, le attività previste dalla norma — ossia le verifiche sulla regolare instaurazione del processo di cui al secondo comma, il rilievo delle questioni rilevabili d'ufficio di cui al terzo comma e i controlli in ordine alle condizioni di procedibilità — possono essere svolte dal giudice anche in un momento successivo. Analoga considerazione vale per le condizioni di procedibilità, la cui verifica richiede di tener conto non soltanto della domanda originaria e dell'eventuale domanda riconvenzionale, ma anche delle attività svolte nelle memorie integrative di cui all'articolo 171-ter. Lo stesso vale per il rilievo delle questioni rilevabili d'ufficio. Il giudice può effettuare tali controlli immediatamente, ma dovrà comunque rinnovarli dopo il deposito delle memorie integrative da parte delle parti. È, dunque, inevitabile che tali attività possano essere reiterate o addirittura svolte per la prima volta in udienza, dopo l'instaurazione del contraddittorio. In secondo luogo, occorre considerare la situazione organizzativa degli uffici giudiziari. Sebbene nel corso degli anni si sia registrato un miglioramento, permangono criticità legate ai carichi di lavoro e ai flussi dei procedimenti. Il giudice dispone di un termine di quindici giorni successivi alla scadenza del termine per la costituzione del convenuto per effettuare le attività previste dall'articolo 171-bis. In concreto, tale lasso temporale può risultare insufficiente per un esame approfondito di tutte le questioni, con la conseguenza che il giudice tenderà a limitarsi ai controlli essenziali, in particolare alla verifica della regolare costituzione delle parti, rinviando le ulteriori valutazioni alla prima udienza. Non è infatti prevista alcuna preclusione specificamente collegata all'articolo 171-bis, fatta salva l'ipotesi del mutamento di rito. L'articolo 171-ter disciplina le memorie integrative. Esse si articolano in un triplice scambio e comportano, per le parti, lo svolgimento di determinate attività a pena di decadenza. Ciò significa che il mancato tempestivo deposito delle memorie determina la perdita dei corrispondenti poteri processuali, in quanto ai termini previsti è collegata una preclusione. I termini stabiliti a pena di decadenza sono computati a ritroso rispetto alla data della prima udienza.

I termini decorrono soltanto dopo che il giudice, con decreto, abbia confermato ovvero differito la data dell'udienza fissata dall'attore nell'atto di citazione. La prima memoria deve essere depositata almeno quaranta giorni prima dell'udienza. Con tale memoria le parti possono proporre le domande e le eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni formulate dal convenuto o dal terzo. Si tratta di un potere qualificabile come potere di replica, esercitato dall'attore in reazione ai poteri esercitati dal convenuto nella comparsa di risposta. L'attore, dunque, esercita poteri consequenziali

rispetto alle difese del convenuto. Tale potere di replica, che nel sistema anteriore alla riforma Cartabia era esercitato **in udienza ai sensi dell'articolo 183 c.p.c.**, presenta carattere incisivo, in quanto consente la proposizione di nuove domande e di nuove eccezioni che costituiscono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto. A titolo esemplificativo, qualora l'attore abbia proposto domanda di adempimento di un credito ereditario e il convenuto contestato la qualità di erede, l'attore potrà proporre domanda di accertamento incidentale, ai sensi dell'articolo 34 c.p.c., della propria qualità di erede. Parimenti, l'attore può proporre eccezioni conseguenti alle difese del convenuto: ad esempio, ove l'attore abbia chiesto l'annullamento del contratto e il convenuto proponga in via riconvenzionale domanda di adempimento del medesimo contratto, l'attore potrà sollevare eccezione di prescrizione dell'obbligazione dedotta in riconvenzionale. Si tratta, dunque, di poteri ampi e incisivi, idonei ad ampliare l'oggetto del processo. Qualora l'attore proponga un'ulteriore domanda in risposta alla riconvenzionale, si configura la cosiddetta reconventio reconventionis, con ulteriore estensione dell'oggetto del giudizio. La norma contempla altresì la possibilità di precisare o modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già proposte. Tale attività integra il cosiddetto potere di controreplica, che spetta ad entrambe le parti. In questo caso si tratta di poteri più limitati rispetto a quelli di replica, poiché non è consentita la proposizione di domande nuove o di nuove eccezioni, ma soltanto la precisazione o modifica di domande, eccezioni e conclusioni già formulate. La riforma Cartabia, al numero 1 **dell'articolo 171-ter c.p.c.**, ha introdotto un elemento di semplificazione, assoggettando al medesimo termine sia l'attività di proposizione di nuove domande sia quella di modifica della domanda originaria. Alla luce degli orientamenti, talora non univoci, della giurisprudenza in tema di limiti oggettivi del giudicato, non è sempre agevole stabilire se una variazione introdotta dall'attore integri una domanda nuova (mutatio libelli) ovvero una mera modifica della domanda originaria (emendatio libelli).

Nel sistema previgente alla riforma Cartabia, l'attività di replica dell'attore doveva essere esercitata, a pena di decadenza, in udienza; pertanto, la proposizione di una domanda nuova doveva avvenire in tale sede. Le attività di controreplica, ossia di modifica della domanda originaria, potevano invece essere svolte in udienza ovvero nella cosiddetta appendice scritta, consistente nelle due memorie da depositarsi entro i termini decorrenti dalla chiusura della prima udienza, disciplinati dal previgente articolo 183, sesto comma, c.p.c. **Nel rito ordinario**, la scelta operata dal legislatore con ***l'articolo 171-ter, numero 1***, ha eliminato tale problematica. Nell'ambito del rito ordinario, infatti, le questioni connesse alla distinzione tra mutatio libelli ed emendatio libelli non assumono rilievo ai fini della scansione preclusiva, poiché entrambe le attività devono essere esercitate nella prima memoria, da depositarsi, a pena di decadenza, quaranta giorni prima della prima udienza. La questione, tuttavia, non può dirsi definitivamente superata, poiché la **distinzione continua a rilevare nel procedimento semplificato di cognizione e nel giudizio di appello**.

La **seconda memoria** deve essere depositata almeno **venti giorni prima dell'udienza**. In essa le parti devono replicare alle domande e alle eccezioni nuove o modificate dalle altre parti, proporre le eccezioni che siano conseguenza delle domande e delle eccezioni nuove formulate nella memoria di cui al numero 1, nonché indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali. **La prima parte del numero 2 esprime il principio del contraddittorio**: entrambe le parti esercitano poteri consequenziali rispetto alle attività svolte dalla controparte nella prima memoria. Le parti, dunque, replicano alle domande e alle eccezioni nuove o modificate e propongono le eccezioni che siano conseguenza delle domande o delle eccezioni nuove formulate nella memoria precedente. Così, ove sia stata proposta una domanda nuova nella prima memoria, la controparte potrà sollevare un'eccezione riferita a tale domanda; qualora, invece, sia stata sollevata un'eccezione di prescrizione, la controparte potrà formulare la relativa controeccezione. Al tempestivo deposito della seconda memoria integrativa si collegano le preclusioni in materia istruttoria, con riferimento alle cosiddette prove dirette, ossia ai mezzi di prova di cui le parti chiedono l'ammissione in relazione ai fatti a sé favorevoli. La preclusione riguarda tanto le prove costituende, vale a dire i mezzi di prova che devono formarsi nel processo secondo le modalità previste dalla legge, quali, ad esempio, la prova testimoniale, quanto le prove preconstituite, ossia i documenti. La terza memoria deve essere depositata almeno dieci giorni prima dell'udienza; con essa le parti devono replicare alle eccezioni

nuove formulate dalla controparte. Alla terza memoria si collega, in particolare, **la preclusione relativa alle prove contrarie, ossia alle prove aventi ad oggetto i fatti allegati dalla controparte**. Ciascuna parte, infatti, è chiamata a contrastare l'allegazione dei fatti favorevoli all'altra, al fine di dimostrarne **l'inesistenza o l'infondatezza**. Pertanto, tanto alla seconda quanto alla terza memoria si ricollegano le preclusioni istruttorie. Esaurita la fase delle memorie integrative, si perviene alla prima udienza.

La prima udienza è disciplinata dall'articolo 183 c.p.c., anch'esso oggetto di interventi del decreto correttivo, che ha introdotto modifiche di carattere prevalentemente testuale. La disposizione, rubricata "Prima comparizione delle parti e trattazione della causa", stabilisce che all'udienza fissata per la prima comparizione e la trattazione le parti devono comparire personalmente. È inoltre previsto che la mancata comparizione senza giustificato motivo costituisce comportamento valutabile ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c.

L'obbligo di comparizione personale si collega a quanto disposto dal terzo comma dell'articolo 183, secondo cui il giudice interroga liberamente le parti, richiedendo i chiarimenti necessari sulla base dei fatti allegati, e tenta la conciliazione ai sensi dell'articolo 185 c.p.c. La riforma Cartabia ha ripristinato il cosiddetto interrogatorio libero quale passaggio obbligatorio della prima udienza. L'interrogatorio libero non costituisce una novità assoluta, essendo già stato previsto come passaggio obbligatorio dalla riforma del 1990; successivamente era stato eliminato, prevedendosi soltanto la possibilità per il giudice di richiedere chiarimenti ai difensori. La riforma Cartabia ha reintrodotto tale istituto, valorizzandone la funzione nel processo a cognizione piena. Si parla di **interrogatorio libero** per distinguerlo dall'interrogatorio formale, disciplinato **dall'articolo 230 c.p.c.**, che costituisce mezzo di prova nella disponibilità esclusiva delle parti, finalizzato a provocare la confessione della controparte. La confessione, quale dichiarazione di fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli alla controparte, integra una prova legale e vincola il giudice. Diversamente, l'interrogatorio libero è strumento rimesso al potere officioso del giudice. Esso è obbligatorio in prima udienza, ma, ai sensi dell'articolo 117 c.p.c., può essere disposto in qualsiasi stato e grado del processo. **Nella riforma del 1990, l'interrogatorio libero rappresentava il primo momento di incontro tra giudice e parti** e costituiva lo snodo centrale del processo, poiché consentiva al giudice, nel contraddittorio personale con le parti, di mettere a fuoco il tema decidendum e il tema probandum. Il tema decidendum coincide con l'oggetto della controversia, inteso come rapporto giuridico dedotto in giudizio. Attraverso l'interrogatorio, il giudice chiarisce l'effettivo contenuto della lite. L'interrogatorio libero assume tuttavia particolare rilievo con riferimento al tema probandum, ossia all'individuazione dei fatti giuridicamente rilevanti — fatti costitutivi, modificativi, estintivi e impeditivi — che risultino controversi e, come tali, necessitino di prova. **L'onere della prova** non riguarda tutti i fatti introdotti nel processo, ma soltanto **quelli oggetto di specifica contestazione**, ai sensi dell'articolo 115 c.p.c. Nell'ambito dell'interrogatorio libero, il giudice sollecita ciascuna parte a prendere posizione sui fatti allegati dalla controparte: l'attore sui fatti modificativi, estintivi o impeditivi dedotti dal convenuto; il convenuto sui fatti costitutivi posti dall'attore a fondamento della domanda. Ai sensi dell'articolo 167 c.p.c., il convenuto può esercitare il potere di mera difesa già nella comparsa di risposta; tale potere non è soggetto a decadenza e può essere esercitato anche in udienza. In questa fase, tuttavia, il giudice esercita altresì poteri che, pur potendo essere svolti in sede di verifiche preliminari, vengono frequentemente rinviati alla prima udienza. Sebbene **l'articolo 183** non ne faccia espressa menzione, deve ritenersi che il giudice, in prima udienza, svolga attività ulteriori rispetto all'interrogatorio libero, procedendo o rinnovando il controllo sulla regolare instaurazione del processo. Egli può rilevare eventuali difetti di giurisdizione o di competenza nei limiti consentiti, sollevare ulteriori questioni pregiudiziali di rito ed effettuare i controlli previsti **dall'articolo 171-bis c.p.c.** Non sussistono decadenze connesse alle verifiche preliminari e il giudice deve tener conto di quanto emerso anche dalle memorie integrative. In tali memorie possono essere proposte domande nuove, con la conseguenza che possono emergere ulteriori questioni pregiudiziali di rito rispetto a quelle riferibili alla domanda originaria o alla riconvenzionale.

Nel corso dell'interrogatorio libero il giudice rileva altresì le questioni rilevabili d'ufficio, ivi compresa la *quaestio iuris*, ossia la riqualificazione giuridica della fattispecie. In caso di riqualificazione della

domanda, si impone la necessità di consentire alle parti l'esercizio dei poteri consequenziali nel rispetto del contraddittorio. In prima udienza il giudice deve inoltre effettuare o rinnovare il controllo circa il rispetto delle condizioni di procedibilità della domanda. Dopo le verifiche preliminari e le memorie integrative — nelle quali possono essere proposte domande nuove — tale controllo deve essere comunque rinnovato. Il legislatore, pur avendo anticipato il controllo alle verifiche preliminari, non ha modificato le disposizioni che prevedono la rilevabilità dell'improcedibilità non oltre la prima udienza, sicché la legge stessa consente tale verifica in questa sede. Tra le principali condizioni di procedibilità rientrano la mediazione obbligatoria e la negoziazione assistita. La mediazione obbligatoria è disciplinata dal decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, oggetto di ripetuti interventi legislativi, anche a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale per eccesso di delega, cui è seguito l'intervento correttivo del **legislatore nel 2012**. Ai sensi **dell'articolo 5 del d.lgs. n. 28/2010**, chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a controversie in determinate materie — tra cui condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione a mezzo stampa o altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e fornitura — è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione. **Il secondo comma dell'articolo 5** stabilisce che, per tali controversie, l'esperimento della mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda. La mancata previa attivazione del procedimento non incide sulla validità della domanda giudiziale, che resta idonea a produrre i propri effetti sostanziali e processuali, ma ne impedisce la prosecuzione. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto a pena di decadenza o rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza. Qualora il giudice rilevi che la mediazione non è stata esperita ovvero è stata avviata ma non conclusa, fissa una successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 del medesimo decreto. L'articolo 6 disciplina la durata del procedimento di mediazione, che, a seguito delle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 216/2024, è attualmente di sei mesi, prorogabile, prima della scadenza, per periodi non superiori, di volta in volta, a tre mesi. All'udienza fissata successivamente alla scadenza dei termini, il giudice accerta se la condizione di procedibilità sia stata soddisfatta e, in mancanza, dichiara l'improcedibilità della domanda. Ai sensi del quarto comma dell'articolo 5, quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità, la condizione si considera soddisfatta se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza accordo. È sufficiente, dunque, il verbale attestante l'avvenuto incontro e il mancato raggiungimento dell'accordo. Analoga è la disciplina della negoziazione assistita, regolata dal decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni nella legge n. 162/2014. Essa costituisce condizione di procedibilità per le azioni relative al risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti e, al di fuori delle materie soggette a mediazione obbligatoria, per le domande di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti euro 50.000.

Anche con riferimento alla negoziazione assistita si precisa che l'esperimento del relativo procedimento costituisce condizione di procedibilità della domanda e che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, ovvero rilevata d'ufficio dal giudice non oltre la prima udienza.

Qualora il giudice rilevi che la negoziazione assistita sia stata avviata ma non ancora conclusa, fissa una successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui **all'articolo 2, comma 3, del decreto-legge n. 132/2014**. L'articolo 2, comma 2, lettera a), stabilisce che il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura non può essere inferiore a un mese né superiore a tre mesi; il termine massimo di tre mesi è prorogabile per ulteriori trenta giorni su accordo delle parti.

Quando la negoziazione assistita costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se l'invito non è seguito da adesione, ovvero è seguito da rifiuto entro trenta giorni dalla ricezione, oppure quando sia decorso il termine di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a). Alla luce della disciplina contenuta nel **decreto legislativo n. 28/2010** e nel **decreto-legge n. 132/2014**, il giudice effettua il controllo sulle condizioni di procedibilità in sede di verifiche preliminari;

tuttavia, la relativa eccezione può essere sollevata dal convenuto o rilevata d'ufficio anche in prima udienza.

Il terzo comma dell'articolo 183 c.p.c. prevede, inoltre, che il giudice, all'esito dell'interrogatorio libero, tenti la conciliazione delle parti ai sensi dell'articolo 185 c.p.c. Anche tale istituto costituisce uno strumento di soluzione alternativa della controversia. L'articolo 185 stabilisce che il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la loro comparizione al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. Il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualsiasi momento dell'istruzione, nel rispetto del calendario del processo. Qualora le parti raggiungano un accordo conciliativo, viene redatto processo verbale della convenzione conclusa; tale verbale costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 474, primo comma, n. 1, c.p.c. Alla conciliazione è dedicato anche l'articolo 185-bis c.p.c., il quale dispone che il giudice, fino al momento in cui fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione, può formulare alle parti, ove possibile e avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta non può costituire motivo di ricusazione o di astensione del giudice. Si tratta di istituti finalizzati a favorire l'accordo tra le parti e la definizione amichevole della controversia. Esaurite tali attività, si prospettano due possibili sviluppi: o si apre la fase istruttoria, ovvero il giudice ritiene di disporre già degli elementi necessari per avviare la causa alla fase decisoria.

La riforma Cartabia ha operato una scelta chiara: giungere alla prima udienza con l'oggetto del processo definito e con i poteri delle parti già esercitati. In prima udienza possono verificarsi diversi scenari.

Anzitutto, il giudice può rilevare uno dei vizi richiamati dall'articolo 171-bis, secondo comma, attivando il relativo meccanismo di sanatoria. Un secondo scenario si verifica quando, all'esito dell'udienza, il giudice ritenga che la causa sia già matura per la decisione. Ciò può accadere in diverse ipotesi.

Può trattarsi, ad esempio, di una controversia di puro diritto, in cui non vi siano fatti contestati e la decisione richieda esclusivamente la soluzione di una *quaestio iuris*, quale la qualificazione di un rapporto come lavoro subordinato o autonomo. In alternativa, può accadere che le parti abbiano già esaurito i poteri istruttori, che il giudice non eserciti poteri officiosi e che tutte le prove dedotte siano documentali. Le prove documentali non richiedono una specifica udienza di assunzione, poiché il documento deve essere prodotto al momento dell'esercizio del potere istruttorio, di regola nelle memorie di cui all'articolo 171-ter.

Ulteriore ipotesi è quella in cui siano state formulate richieste istruttorie, ma il giudice le ritenga tutte inammissibili o irrilevanti. Vi è poi il richiamo, contenuto nel secondo comma dell'articolo 183, all'articolo 187 c.p.c., relativo ai casi in cui la causa sia matura per la decisione senza necessità di assunzione di mezzi di prova. In particolare, quando il giudice rilevi una questione preliminare di merito o una questione pregiudiziale di rito idonea a definire il giudizio e la ritenga fondata, può decidere la causa sulla base di tale questione. Si tratta di ipotesi in cui la decisione conduce al rigetto della domanda: nel merito, se si tratta di questione preliminare di merito; in rito, se si tratta di questione pregiudiziale di rito, come nel caso di difetto di giurisdizione, incompetenza o carenza di legittimazione ad agire. Tali questioni possono non richiedere attività istruttoria.

In sintesi, **all'esito della prima udienza possono delinearsi tre scenari:** il rilievo di **vizi** con attivazione del meccanismo di sanatoria; l'immediato avvio alla **fase decisoria**; l'apertura della **fase istruttoria**, che rappresenta l'ipotesi ordinaria quando vi siano fatti controversi e operi l'onere della prova.

Nella fase istruttoria il giudice non è tenuto ad ammettere tutte le prove richieste dalle parti. Le richieste istruttorie sono sottoposte a un vaglio di ammissibilità e rilevanza. L'ammissibilità è valutata sulla base dei limiti legali previsti per i singoli mezzi di prova, come, ad esempio, le restrizioni alla prova testimoniale in materia contrattuale di cui agli **articoli 2721 e seguenti del codice civile**. La rilevanza implica una valutazione in ordine all'idoneità del mezzo di prova a incidere sull'accertamento di un fatto giuridicamente rilevante alla luce della norma applicabile. Tale giudizio comporta un'anticipazione, in sede istruttoria, dell'attività di individuazione e interpretazione della norma giuridica che sarà poi

compiutamente svolta in sede decisoria. Il giudice dispone inoltre di poteri istruttori officiosi, che esercita indipendentemente dalle richieste delle parti, nel rispetto dell'articolo 115 c.p.c. Tra questi rientrano:

- l'interrogatorio libero delle parti, ai sensi dell'articolo 117 c.p.c.;
- l'ispezione di persone o cose, prevista dall'articolo 118 c.p.c.;
- la consulenza tecnica d'ufficio, affidata a un consulente iscritto in appositi albi, quando sia necessario un sapere tecnico per la valutazione dei fatti.

Il giudice può altresì disporre l'audizione di terzi quali testimoni, nonché deferire il giuramento suppletorio o estimatorio. Il giuramento costituisce prova legale e rappresenta uno strumento che attenua la rigidità dell'articolo 2697 c.c., norma che disciplina l'onere della prova e la regola di giudizio in caso di mancata prova del fatto. **Il quinto comma dell'articolo 183** prevede che, qualora il giudice disponga d'ufficio mezzi di prova, assegni alle parti termini perentori per dedurre i mezzi istruttori conseguenti e per depositare memorie di replica. Tale previsione costituisce espressione del principio del contraddittorio, sancito dall'articolo 101, secondo comma, c.p.c.

Il giudice non è soggetto a preclusioni nell'esercizio dei poteri istruttori e può attivarli in qualsiasi momento del processo. Il quarto comma dell'articolo 183 disciplina l'apertura della fase istruttoria: il giudice provvede sulle richieste istruttorie, valutandone **ammissibilità** e **rilevanza**, e dispone con ordinanza il calendario delle udienze successive, comprese quelle per la rimessione della causa in decisione. L'udienza per l'assunzione dei mezzi di prova deve essere fissata entro novanta giorni; se l'ordinanza è pronunciata fuori udienza, deve essere emanata entro trenta giorni. Il calendario del processo, disciplinato dagli **articoli 81 e 81-bis delle disposizioni di attuazione**, stabilisce le date delle udienze e gli incombenti da espletare. L'articolo 81 prevede che l'intervallo tra la prima comparizione e la prima udienza di istruzione, nonché tra le udienze successive, non superi quindici giorni, salvo circostanze eccezionali motivate. L'articolo 81-bis consente la proroga dei termini del calendario in presenza di gravi motivi sopravvenuti e prevede possibili conseguenze disciplinari in caso di inosservanza, in attuazione del principio della ragionevole durata del processo di cui **all'articolo 111 Cost.** Il comma finale **dell'articolo 183** ribadisce che, quando sono disposti d'ufficio mezzi di prova, il giudice deve consentire alle parti l'esercizio dei poteri consequenziali, in conformità al principio del contraddittorio. Si pone, infine, il problema della possibilità per le parti di esercitare poteri processuali nel prosieguo del processo, in assenza di espresse preclusioni, con particolare riferimento al potere di contestazione e alle eccezioni rilevabili d'ufficio. Per quanto concerne la contestazione tardiva, non vi sono, nel giudizio di primo grado, termini di decaduta espressamente previsti; tuttavia, il sistema delle preclusioni e il principio del contraddittorio impongono limiti, poiché una contestazione tardiva potrebbe precludere alla controparte l'esercizio dei poteri istruttori, con lesione del diritto di difesa. L'unico rimedio è rappresentato dalla rimessione in termini, **ai sensi dell'articolo 153 c.p.c.**, qualora la decaduta sia dipesa da causa non imputabile alla parte. Analoghe considerazioni valgono per le eccezioni in senso lato, rilevabili anche d'ufficio nel rispetto del contraddittorio e dei poteri consequenziali delle parti.

Infine, **ai sensi dell'articolo 175 c.p.c.**, il giudice, nell'esercizio del potere di direzione del processo, organizza l'attività istruttoria in modo da assicurare un processo sollecito e conforme ai principi di lealtà e correttezza.

L'ORDINANZA COME FORMA GENERALE

L'articolo 176 c.p.c., collocato tra le disposizioni dedicate all'istruzione della causa, stabilisce che tutti i provvedimenti del giudice istruttore, salvo che la legge disponga altrimenti, devono essere adottati in forma di ordinanza. Nel sistema attuale, caratterizzato dalla regola generale della trattazione e decisione in composizione monocratica, per giudice istruttore deve intendersi anche il giudice designato, ossia il magistrato che segue l'intero iter processuale, dalla fase istruttoria sino alla decisione. Dell'ordinanza si occupa altresì l'articolo 279 c.p.c., che disciplina le forme della pronuncia nella fase decisoria. L'articolo 279 c.p.c., inserito nel capo III del libro II, relativo alla decisione della causa, fa riferimento al collegio in quanto rispecchia l'impostazione originaria del codice del 1942, che distingueva tra fase istruttoria, affidata al giudice monocratico, e fase decisoria, riservata al collegio. Tale assetto è stato successivamente

superato. **L'articolo 48 del regio decreto n. 12/1941** (ordinamento giudiziario) stabilisce infatti che, quale regola generale, il tribunale giudica in composizione monocratica, salvo le ipotesi tassativamente previste dall'articolo 50-bis del medesimo ordinamento, nelle quali permane la competenza collegiale. Pertanto, anche **nell'articolo 279**, ogni riferimento al collegio deve essere oggi inteso, nella generalità dei casi, come riferito al giudice designato che opera in composizione monocratica. L'articolo 279 prevede che il giudice si pronunci con ordinanza quando decide esclusivamente su questioni relative all'istruzione della causa, senza definire il giudizio. Anche in questa prospettiva, l'ordinanza costituisce la forma generale del provvedimento istruttorio. Le due disposizioni si integrano: l'ordinanza rappresenta la forma tipica dei provvedimenti del giudice e, in particolare, dei provvedimenti adottati in sede di istruzione.

La disciplina delle ordinanze

La disciplina delle ordinanze è contenuta principalmente **negli articoli 177 e 178 c.p.c.**, con riferimento ai provvedimenti del giudice istruttore o designato, e nei commi primo e quarto **dell'articolo 279 c.p.c.**, con riferimento alle ordinanze rese in sede decisoria. Non sussiste una contrapposizione strutturale tra ordinanze del giudice istruttore e ordinanze del collegio: nella maggior parte dei casi si tratta comunque di provvedimenti monocratici, atteso che la decisione collegiale opera soltanto nelle ipotesi tassativamente **indicate dall'articolo 50-bis** dell'ordinamento giudiziario. **Sia l'articolo 177 c.p.c.**, sia il quarto comma dell'articolo 279 c.p.c. stabiliscono che le ordinanze, anche se motivate, non possono mai pregiudicare la decisione della causa, salvo che la legge disponga diversamente. Tale principio assume particolare rilievo con riferimento all'ordinanza con la quale il giudice valuta la rilevanza dei mezzi di prova dedotti dalle parti. In tale sede, il giudice è chiamato a verificare se il mezzo istruttorio proposto sia pertinente e rilevante rispetto alla norma generale e astratta che ritiene applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio. Si tratta di un'attività che anticipa, in certa misura, quella che sarà poi compiutamente svolta nella fase decisoria, ossia l'individuazione e l'interpretazione della norma applicabile al caso concreto. Tuttavia, l'ordinanza resa in sede istruttoria non vincola il giudice nella successiva fase decisoria. La valutazione di ammissibilità e rilevanza del mezzo di prova non pregiudica la decisione finale e può essere rivista dal giudice, nel rispetto del principio del contraddittorio, al momento della decisione della causa.

Modificabilità e revocabilità delle ordinanze

Il secondo comma dell'articolo 177 c.p.c. stabilisce che, salvo quanto previsto dal comma successivo, le ordinanze possono essere sempre modificate o revocate dal giudice che le ha pronunciate.

Una previsione analoga è contenuta nel quarto comma dell'articolo 279 c.p.c., secondo cui, salvo diversa disposizione di legge, le ordinanze sono modificabili e revocabili dallo stesso collegio e non sono soggette ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze.

Tale disciplina conferma che le ordinanze non sono idonee a passare in giudicato né ad acquistare l'autorità di cosa giudicata; esse hanno natura provvisoria e non definitiva. Diversamente dalla sentenza, che definisce in modo stabile la questione trattata, l'ordinanza può essere oggetto di riesame da parte dello stesso giudice che l'ha adottata, mediante revoca o modifica.

Eccezioni alla modificabilità delle ordinanze (art. 177, comma 3, c.p.c.)

Il terzo comma dell'articolo 177 individua tre ipotesi tassative in cui le ordinanze non possono essere modificate o revocate:

- 1. Ordinanze pronunciate su accordo delle parti in materia disponibile:** qualora il giudice pronunci ordinanza sulla base dell'accordo delle parti, la revoca o modifica richiede il consenso delle stesse.
- 2. Ordinanze dichiarate espressamente non impugnabili dalla legge.**

3. Ordinanze per le quali la legge prevede uno specifico mezzo di reclamo: è il caso, ad esempio, dell'ordinanza con cui il giudice istruttore dichiara l'estinzione del processo ai sensi dell'articolo 308 c.p.c., avverso la quale è ammesso reclamo al collegio.

L'articolo 178 c.p.c. prevede inoltre che, quando la causa è rimessa al collegio ai sensi dell'articolo 189 c.p.c., le parti possano riproporre le questioni oggetto di ordinanza, senza necessità di una formale impugnazione.

Una significativa eccezione: l'ordinanza sulla competenza

Una rilevante deroga al principio secondo cui l'ordinanza non può definire il processo è stata introdotta dalla legge n. 69 del 2009, che ha modificato l'articolo 279, comma 1, c.p.c. Attualmente, quando il giudice si pronuncia esclusivamente sulla competenza, lo fa con ordinanza, anche se tale pronuncia chiude il processo davanti a sé. In particolare:

- se il giudice afferma la propria competenza, il processo prosegue;
- se, invece, dichiara la propria incompetenza, il processo si chiude davanti a lui.

Si tratta di una previsione che incide sulla coerenza sistematica del codice, poiché attribuisce a un provvedimento formalmente qualificato come ordinanza l'effetto di definire il giudizio.

L'ordinanza che decide sulla competenza è impugnabile mediante regolamento necessario di competenza ai sensi dell'articolo 42 c.p.c. Fino al 2009, nessuna ordinanza era idonea a chiudere un processo di cognizione piena. La scelta legislativa risponde all'esigenza di semplificazione e celerità, ma ha introdotto un elemento di discontinuità sistematica; una soluzione alternativa avrebbe potuto consistere nella previsione di una sentenza in forma semplificata.

INTRODUZIONE ALLA DISCIPLINA DELLE SENTENZE

La sentenza è il provvedimento che, per definizione, definisce il processo mediante pronuncia sulla domanda giudiziale. Con essa il giudice accoglie o rigetta la domanda, riconoscendo o negando il diritto fatto valere dall'attore. È la sentenza, ove ricorrono i presupposti di legge, a poter acquistare autorità di cosa giudicata tra le parti ai sensi dell'articolo 2909 c.c.

L'articolo 279, comma 2, c.p.c. individua cinque ipotesi tassative in cui il giudice si pronuncia con sentenza. Le prime quattro riguardano:

1. la decisione sulla giurisdizione;
2. la decisione su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito;
3. la decisione definitiva sul merito;
4. la decisione su una o più di tali questioni senza definire il giudizio, con contestuale adozione di ulteriori provvedimenti per l'istruzione.

La quinta ipotesi riguarda la decisione su alcune cause riunite, con separazione delle altre.

Nei casi di cui ai numeri 1, 2, 3 e 5 si ha una sentenza definitiva, ossia un provvedimento che chiude quella causa davanti al giudice. I numeri 1, 2 e 3 si riferiscono a ipotesi in cui il giudice definisce il processo nel suo complesso; il numero 5 presuppone la pendenza di più cause riunite, nell'ambito di un processo oggettivamente cumulativo, tra le stesse parti o tra parti diverse. In tale ultima ipotesi, il giudice, con ordinanza, separa le cause e, con sentenza definitiva, definisce una di esse, disponendo per l'altra la prosecuzione dell'istruzione. Il numero 4 disciplina le cosiddette sentenze non definitive. In tali casi, il giudice si pronuncia con sentenza su una questione pregiudiziale di rito, preliminare di merito o su una causa pregiudiziale, spogliandosi della relativa questione, mentre il processo prosegue perché non è ancora possibile decidere sulla domanda principale. Quando la sentenza non definitiva ha ad oggetto una causa pregiudiziale, a differenza dell'ipotesi di cui al numero 5, non si dispone la separazione. La previsione delle sentenze non definitive risponde all'esigenza di assicurare un regime di impugnazione

specifico e, in caso di cause connesse per pregiudizialità-dipendenza, di garantire il coordinamento delle decisioni.

La forma della sentenza

La sentenza è il provvedimento che definisce il processo ed è strettamente correlata al giudicato, ai sensi dell'articolo 2909 c.c., secondo cui la sentenza passata in giudicato fa stato tra le parti, i loro eredi e aventi causa.

Contenuto della sentenza

L'articolo 132 c.p.c. disciplina il contenuto formale della sentenza. La norma stabilisce che:

«La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano e reca l'intestazione “Repubblica Italiana”. Il riferimento al popolo italiano trova fondamento nell'articolo 101 Cost., che attribuisce alla giurisdizione una funzione esercitata in nome del popolo. Il secondo comma dell'articolo 132 elenca i requisiti formali e sostanziali della sentenza, che deve contenere:

1. l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata;
2. l'indicazione delle parti e dei loro difensori;
3. le conclusioni del pubblico ministero, se intervenuto, e quelle delle parti;
4. una concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione;
5. il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice.

Dalla disciplina dell'articolo 279, comma 2, c.p.c. emerge chiaramente che non tutte le sentenze presentano la medesima natura ed efficacia. È possibile distinguere:

- **sentenze definitive**, che chiudono il giudizio davanti al giudice che le ha pronunciate (numeri 1, 2, 3 e 5 dell'art. 279, comma 2);
- **sentenze non definitive**, previste dal numero 4, che contengono una decisione su una questione ma non esauriscono il processo.

A differenza delle ordinanze, ogni sentenza produce un'efficacia preclusiva all'interno del processo. Una volta pronunciata la sentenza, il giudice si spoglia del potere di decidere nuovamente sulla questione definita: si parla, a tal proposito, di **preclusione endoprocessuale**.

Le sentenze possono avere ad oggetto l'intera situazione giuridica controversa oppure singole questioni. Le sentenze non definitive costituiscono un'ipotesi peculiare, in quanto definiscono una questione pregiudiziale o preliminare, ma non chiudono il processo nel suo complesso. In ogni caso, con l'emanazione della sentenza, il giudice perde il potere di intervenire ulteriormente sulla questione decisa.

Diversamente dalle ordinanze, le sentenze non sono revocabili né modificabili dal giudice che le ha pronunciate. Esse possono essere soltanto impugnate, secondo le forme e nei termini previsti dalla legge.

L'emissione della sentenza, pertanto, non esclude la possibilità di un riesame della decisione, ma tale riesame può avvenire esclusivamente ad opera di un giudice di grado superiore e solo se le parti propongono tempestiva impugnazione. Il giudice che ha pronunciato la sentenza non può più modificarla o revocarla. In ciò risiede la sua efficacia preclusiva interna al processo.

Occorre ora esaminare le modalità attraverso cui si perviene all'emanazione della sentenza, distinguendo tra le ipotesi di sentenza definitiva e di sentenza non definitiva, con riferimento agli articoli 187, 188 e 189 c.p.c., che disciplinano la fase decisoria nel processo di cognizione piena.

Articolo 187, primo comma, c.p.c. Il primo comma dell'articolo 187 contempla un'ipotesi particolare: quando il giudice istruttore ritiene che la causa sia matura per la decisione di merito senza necessità di assumere mezzi di prova, rimette le parti al collegio.

L'espressione "rimette le parti davanti al collegio" va oggi interpretata, alla luce della generalizzazione della composizione monocratica, nel senso che la causa viene avviata alla fase decisoria. Davanti al giudice istruttore si è infatti svolta la fase di trattazione e istruzione; con la rimessione si apre la fase della decisione. Tale ipotesi può verificarsi in diverse situazioni:

1. **Causa di puro diritto**: non vi sono fatti controversi da accertare, ma soltanto una questione interpretativa della norma applicabile alla fattispecie dedotta in giudizio.
2. **Causa documentale**: tutte le prove sono costituite da documenti già prodotti dalle parti. Nel rito ordinario, i documenti devono essere allegati e prodotti nelle memorie di cui all'articolo 171-ter c.p.c., contestualmente alla richiesta di acquisizione.
3. **Inammissibilità o irrilevanza delle richieste istruttorie**: le prove dedotte dalle parti sono ritenute inammissibili o irrilevanti e il giudice non ritiene di esercitare poteri istruttori d'ufficio.

In tutte queste ipotesi, il giudice apre direttamente la fase decisoria, senza procedere all'assunzione di mezzi di prova.

Articolo 188 c.p.c.

La regola generale è quella delineata dall'articolo 188 c.p.c. Il giudice istruttore, nel rispetto del calendario del processo, procede all'assunzione dei mezzi di prova ammessi. Una volta esaurita l'istruttoria, rimette le parti alla fase decisoria secondo quanto previsto dall'articolo 189 c.p.c. o dall'articolo 275-bis c.p.c.

In particolare, il giudice:

- assume le prove richieste dalle parti e ritenute ammissibili e rilevanti;
- esercita, se del caso, i poteri istruttori officiosi;
- completata l'istruzione, dispone il passaggio alla fase decisoria.

Articolo 187, commi 2 e 3 – Rimessione anticipata alla fase decisoria

Accanto alla regola generale, l'articolo 187 disciplina alcune ipotesi particolari di rimessione anticipata.

Il secondo comma prevede che il giudice possa rimettere le parti alla fase decisoria per la decisione separata di una questione preliminare di merito, purché la decisione su tale questione sia idonea a definire il giudizio.

Il terzo comma estende tale possibilità alle questioni attinenti alla giurisdizione, alla competenza o ad altre questioni pregiudiziali di rito, salvo la facoltà del giudice di disporne la decisione unitamente al merito.

Si tratta di ipotesi in cui l'istruzione è prevista o già in corso, ma emerge una questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito potenzialmente assorbente, tale da poter definire il processo senza necessità di ulteriore attività istruttoria.

Effetti della rimessione

L'articolo 189 disciplina le modalità della rimessione alla fase decisoria.

Quando la rimessione avviene ai sensi dei primi tre commi dell'articolo 187, il giudice istruttore:

- fissa l'udienza per la rimessione alla fase decisoria;
- assegna alle parti i termini per la precisazione delle conclusioni e per il deposito delle memorie difensive.

Il secondo comma dell'articolo 189 stabilisce che la rimessione investe il giudice dell'intera causa, anche quando sia stata determinata dall'emersione di una questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito. Ne consegue che l'intera controversia passa alla fase decisoria e che le parti devono precisare le conclusioni e svolgere le difese con riferimento a tutto il thema decidendum, non soltanto alla singola questione che ha giustificato la rimessione.

Esiti possibili nella fase decisoria in caso di rimessione anticipata
A seguito della rimessione anticipata possono verificarsi due scenari.

1. Il giudice ritiene che la questione preliminare o pregiudiziale consenta di definire il giudizio.
 - Se si tratta di questione preliminare di merito, pronuncerà sentenza definitiva di merito (ad esempio di rigetto).
 - Se si tratta di questione pregiudiziale di rito, emetterà sentenza definitiva di rito (ad esempio per difetto di giurisdizione o inammissibilità).
2. Il giudice ritiene che la questione non sia idonea a definire l'intero giudizio.
In tal caso potrà decidere la singola questione con sentenza non definitiva e, ai sensi dell'articolo 279, comma 2, n. 4, disporre con separato provvedimento la prosecuzione dell'istruttoria per le ulteriori questioni rimaste controverse.

La sentenza non definitiva

La sentenza non definitiva è il provvedimento con cui il giudice si pronuncia su una singola questione, preliminare di merito o pregiudiziale di rito, spogliandosi definitivamente del potere decisoria su di essa, mentre il processo prosegue per la decisione delle ulteriori questioni.

Essa produce un effetto preclusivo interno per il giudice che l'ha emessa: quest'ultimo non può più tornare sulla questione decisa. La sentenza non definitiva è tuttavia impugnabile; ove non venga impugnata nei termini di legge, passa in giudicato formale, determinando la formazione di un giudicato interno, che impedisce a qualunque giudice, anche nei successivi gradi di giudizio, di riesaminare la questione.

Resta distinta, e sarà oggetto di ulteriore approfondimento, la questione degli eventuali effetti esterni del giudicato formatosi sulla sentenza non definitiva.

Le “questioni” di cui all’articolo 187 c.p.c.

Occorre ora chiarire il significato delle “questioni” cui fa riferimento l’articolo 187.

Il secondo comma parla di questioni preliminari di merito; il terzo comma di questioni pregiudiziali di rito. È necessario evitare confusioni con l’uso del termine “pregiudiziale” nell’articolo 34 c.p.c., che attiene ai limiti oggettivi del giudicato e si riferisce al rapporto pregiudiziale quale fatto-diritto costitutivo del rapporto dedotto in giudizio. Nel contesto dell’articolo 187, invece, il termine “pregiudiziale” è utilizzato in senso logico: indica questioni che precedono logicamente la decisione sul merito e che possono impedire l’esame della domanda.

Le questioni preliminari di merito

Le questioni preliminari di merito sono questioni che riguardano fatti giuridicamente rilevanti, siano essi:

- meri fatti storici;
- fatti-diritto.

Tali fatti devono avere rilievo di elemento costitutivo, modificativo, estintivo o impeditivo della fattispecie da cui deriva il diritto azionato. Nei casi di fatti modificativi, estintivi o impeditivi, si tratta di eccezioni di merito. L’articolo 187, secondo comma, consente la rimessione anticipata alla fase decisoria soltanto quando la decisione sulla questione preliminare di merito sia idonea a definire il giudizio.

Si tratta, in genere, di ipotesi in cui il giudice può pronunciare una sentenza di rigetto fondata su un motivo assorbente o portante. Un esempio tipico è quello della prescrizione: se risulta evidente che il diritto azionato è prescritto, non è necessario procedere all’istruzione sulle ulteriori questioni, potendo il giudice rimettere la causa alla fase decisoria per definire il processo sulla base di tale motivo.

Le questioni pregiudiziali di rito

Il terzo comma dell'articolo 187 c.p.c. riguarda le questioni pregiudiziali di rito, tra le quali rientrano:

- le questioni attinenti alla giurisdizione;
- le questioni attinenti alla competenza;
- le altre questioni pregiudiziali di rito.

Le “altre pregiudiziali di rito” devono essere, al pari delle prime, idonee a fondare una pronuncia di rgetto in rito, e non nel merito. La norma, dunque, circoscrive l’ambito applicativo alle questioni che incidono sulla valida instaurazione o sulla regolare prosecuzione del processo.

Non si tratta di mere irregolarità formali degli atti processuali. Il sistema delle invalidità processuali è infatti ispirato a un principio antiformalistico, che privilegia la conservazione degli atti e prevede meccanismi di sanatoria, quali:

- la convalidazione oggettiva e soggettiva;
- l’ordine di rinnovazione dell’atto nullo ai sensi dell’articolo 162 c.p.c.

Sono rari i casi in cui una nullità impedisce definitivamente la prosecuzione del processo.

Le questioni pregiudiziali di rito di cui all’articolo 187, terzo comma, sono invece requisiti di natura sostanziale o strutturale, che compromettono radicalmente la validità del processo, incidendo sulla sua regolare instaurazione. Rientrano in tale ambito, a titolo esemplificativo:

- il difetto di giurisdizione, quando la controversia appartiene alla giurisdizione di un diverso plesso (ad esempio, giudice amministrativo);
- il difetto di competenza, che comporta la necessità di trasferire la causa al giudice competente;
- il difetto di legittimazione ad agire, qualora la domanda sia proposta da soggetto privo della titolarità del rapporto dedotto in giudizio.

Effetti della rimessione alla fase decisoria

Quando il giudice ritiene, sulla base di una valutazione prognostica, che una questione preliminare di merito o una questione pregiudiziale di rito sia astrattamente idonea a definire il giudizio, può disporre la rimessione dell’intera causa alla fase decisoria. L’articolo 189 c.p.c. stabilisce espressamente che non è rimessa alla decisione la sola questione, ma l’intera causa. Con la fissazione dell’udienza di rimessione, le parti devono esercitare tutti i poteri processuali previsti dall’articolo 189, commi 1, 2 e 3, precisando le conclusioni con riferimento all’intera controversia.

La questione dell’articolo 171-bis e il difetto di coordinamento legislativo

L’articolo 171-bis c.p.c. prevede che il giudice effettui una verifica preliminare e, ove rilevi un vizio, attivi il relativo meccanismo di sanatoria. Il testo aggiornato dal decreto legislativo n. 164/2024 dispone altresì che il giudice verifichi se le parti abbiano ottemperato al suo ordine. Si pone, tuttavia, un problema sistematico: qualora le parti non abbiano ottemperato, il giudice dovrebbe poter definire il processo; tuttavia, il legislatore non ha modificato l’articolo 189, secondo comma, che continua a prevedere che l’intera causa sia rimessa alla fase decisoria. Inoltre, nella fase delle verifiche preliminari, le parti non hanno ancora esercitato pienamente il diritto di difesa, non avendo depositato le memorie integrative. È dunque necessario, in linea di principio, giungere almeno alla prima udienza di cui all’articolo 183 c.p.c.

Si tratta di una questione interpretativa aperta, derivante da un difetto di coordinamento normativo: il legislatore non ha previsto un meccanismo espresso che consenta al giudice di chiudere il processo già nella fase delle verifiche preliminari.

Esiti possibili dopo la rimessione anticipata

Quando il giudice rimette la causa in fase decisoria per una questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito, possono verificarsi diverse ipotesi.

In primo luogo, il giudice può ritenere fondata la questione e definire il giudizio.

Se si tratta di una questione preliminare di merito, pronuncerà una sentenza definitiva di rigetto nel merito. La questione potrà riguardare:

- un fatto costitutivo, di cui venga accertata l'inesistenza, con conseguente mancato perfezionamento della fattispecie e inesistenza del diritto;
- un fatto modificativo, estintivo o impeditivo, ossia un'eccezione di merito, la cui fondatezza comporta il rigetto della domanda.

In tali casi trova applicazione l'articolo 279, comma 2, n. 2, c.p.c., secondo cui il giudice pronuncia sentenza quando definisce il giudizio decidendo questioni preliminari di merito.

Analogo esito può verificarsi in presenza di una questione pregiudiziale di rito.

Se la questione riguarda la competenza, il giudice, ai sensi dell'articolo 279, primo comma, c.p.c., si pronuncia con ordinanza. Qualora dichiari la propria incompetenza, il provvedimento, pur avendo forma di ordinanza, chiude il processo davanti a sé ed è impugnabile mediante regolamento necessario di competenza ai sensi dell'articolo 42 c.p.c. Se la questione concerne la giurisdizione, il giudice pronuncerà sentenza definitiva ai sensi dell'articolo 279, comma 2, n. 1. Se si tratta di altra questione pregiudiziale di rito diversa da giurisdizione e competenza, si applicherà il numero 2 del medesimo comma, con sentenza definitiva di rito. Può tuttavia accadere che, giunto in fase decisoria, il giudice ritenga infondata la questione che aveva determinato la rimessione anticipata. In tal caso, poiché la rimessione investe l'intera causa, il giudice non è vincolato a decidere solo quella questione, ma deve pronunciarsi sull'intero thema decidendum. Per tale ragione, in sede di precisazione delle conclusioni, le parti devono formulare compiutamente tutte le domande, eccezioni e difese, richiamando tutti i fatti e i mezzi di prova rilevanti, anche se non ancora acquisiti. Tutto ciò che non viene riproposto nelle conclusioni si intende rinunciato o abbandonato, con conseguente preclusione nella fase decisoria. Le parti devono dunque prestare particolare attenzione nella fase di rimessione alla decisione, poiché il giudice è investito dell'intera causa e può compiere una valutazione complessiva del thema decidendum.

Anche qualora, giunto in fase decisoria, il giudice ritenga infondata la questione preliminare di merito o la questione pregiudiziale di rito che aveva determinato la rimessione anticipata, egli può comunque pronunciare una sentenza definitiva su una diversa questione idonea a definire il giudizio. Il giudice, tuttavia, può anche ritenere di non disporre di elementi sufficienti per pronunciare una sentenza definitiva, né in rito né nel merito. In tal caso trova applicazione l'articolo 279, comma 2, n. 4, c.p.c., che consente di emettere una sentenza non definitiva sulla questione e di disporre, con separato provvedimento, la prosecuzione dell'istruttoria. Si tratta di una facoltà, non di un obbligo. Il giudice può infatti scegliere di non emettere una sentenza non definitiva e di rimettere integralmente la causa alla fase istruttoria. La sentenza non definitiva, infatti, può determinare una complicazione processuale, poiché è suscettibile di impugnazione immediata, con il rischio di una biforcazione del giudizio: da un lato il processo di primo grado che prosegue, dall'altro il giudizio di impugnazione limitato alla questione oggetto della sentenza non definitiva. La sentenza non definitiva è tale perché il giudice si spoglia del potere decisorio sulla questione oggetto della pronuncia, ma non definisce l'intero processo. Il numero 4 dell'articolo 279, comma 2, prescrive infatti che, unitamente alla sentenza non definitiva, il giudice debba adottare distinti provvedimenti per l'ulteriore istruzione della causa.

Le sentenze non definitive possono riguardare:

- le questioni di giurisdizione (n. 1);
- le altre questioni pregiudiziali attinenti al processo e le questioni preliminari di merito (n. 2);
- nonché, in particolari ipotesi, il caso di cui al n. 3, relativo alla decisione totale del merito.

Quest'ultimo riferimento potrebbe apparire contraddittorio: una sentenza non definitiva che decide totalmente il merito. In realtà, si tratta dell'ipotesi di cumulo oggettivo di domande, in cui nel medesimo processo siano proposte una domanda aente ad oggetto il rapporto pregiudiziale e una domanda aente ad oggetto il rapporto dipendente.

Tale cumulo può derivare, ad esempio:

- dalla proposizione di una domanda di accertamento incidentale ai sensi dell'articolo 34 c.p.c.;
- dalla combinazione tra domanda principale e domanda riconvenzionale;
- dalla proposizione congiunta di domanda di accertamento e domanda di condanna.

Si pensi al caso in cui l'attore chieda l'accertamento della propria qualità di erede (rapporto pregiudiziale) e, contestualmente, la condanna al pagamento di un credito ereditario (rapporto dipendente), oppure l'accertamento della proprietà e il risarcimento del danno conseguente. Quando sono cumulate domanda pregiudiziale e domanda dipendente, può accadere che la prima sia matura per la decisione anticipata rispetto alla seconda. L'inverso non è possibile: finché non è accertato il rapporto pregiudiziale, non può essere decisa la domanda dipendente.

In tali ipotesi, il giudice può:

- rinviare ogni decisione alla conclusione dell'intero processo;
- oppure, per ragioni di opportunità ed economia processuale, pronunciarsi immediatamente sulla causa pregiudiziale mediante sentenza non definitiva.

La soluzione adottata dal legislatore consente di preservare l'armonia e il coordinamento delle decisioni, evitando il rischio di contrasti tra giudicati in materie connesse. Il regime di impugnazione della sentenza non definitiva garantisce infatti tale coordinamento.

La sentenza non definitiva pronunciata ai sensi del numero 4, con riferimento al numero 3 dell'articolo 279, è dunque una sentenza che definisce la causa pregiudiziale nell'ambito di un cumulo oggettivo.

Il legislatore avrebbe potuto adottare soluzioni diverse:

- imporre che la fase decisoria si aprisse solo al termine dell'intera istruzione;
- oppure rendere obbligatoria la rimessione anticipata.

Ha invece scelto una soluzione intermedia, lasciando al giudice istruttore una valutazione discrezionale circa l'opportunità della rimessione anticipata, in funzione di esigenze di economia ed efficienza processuale.

Effetti della sentenza non definitiva

Le sentenze non definitive possono avere ad oggetto:

- questioni pregiudiziali di rito;
- questioni preliminari di merito (fatti storici o fatti-diritto);
- cause pregiudiziali.

La natura dell'oggetto assume rilievo ai fini dell'individuazione degli effetti della sentenza una volta che essa sia passata in giudicato formale per mancata impugnazione.

In ogni caso, la sentenza non definitiva produce immediatamente un effetto preclusivo interno: il giudice che l'ha pronunciata non può più tornare sulla questione decisa. Se non impugnata nei termini, si forma un giudicato interno, vincolante per tutti i giudici dello stesso processo, anche nei successivi gradi.

Può tuttavia accadere che il processo si estingua prima della pronuncia della sentenza definitiva. In tal caso, la sentenza non definitiva, ormai passata in giudicato formale, resta ferma. Occorre allora stabilire se essa produca effetti anche al di fuori del processo. La risposta varia a seconda dell'oggetto. Se la sentenza non definitiva ha ad oggetto una causa pregiudiziale, ossia una domanda autonoma di accertamento che comporta una decisione sul rapporto con autorità di cosa giudicata, una volta passata in giudicato formale essa acquista l'autorità della cosa giudicata ai sensi dell'articolo 2909 c.c. e produce

piena efficacia esterna, sia diretta (negativa), sia riflessa (positiva). Diversa è l'ipotesi in cui la sentenza non definitiva abbia ad oggetto una questione preliminare di merito o una questione pregiudiziale di rito. L'articolo 310, comma 2, c.p.c., dispone che l'estinzione del processo rende inefficaci gli atti compiuti, ma non le sentenze di merito pronunciate nel corso del processo. Si tratta, evidentemente, di sentenze non definitive, poiché una sentenza definitiva avrebbe già esaurito il giudizio. La sentenza non definitiva di merito, pertanto, non viene travolta dall'estinzione. Secondo l'interpretazione preferibile, essa produce un'efficacia esterna limitata, definita "panprocessuale": vincola il giudice eventualmente investito della medesima domanda riproposta tra le stesse parti, ma non si estende oltre tale ambito. Diversamente, le sentenze non definitive aventi ad oggetto questioni di rito non producono, di regola, effetti esterni. L'articolo 310, comma 2, prevede che sopravvivano all'estinzione solo le pronunce che regolano la competenza. Dottrina e giurisprudenza interpretano restrittivamente tale espressione, riferendola alle ordinanze della Corte di cassazione pronunciate in sede di regolamento di competenza. Per analogia, sopravvivono anche le decisioni della Corte di cassazione sulla giurisdizione, rese sia in sede di impugnazione ordinaria sia tramite regolamento di giurisdizione ai sensi dell'articolo 41 c.p.c., istituto distinto dal regolamento di competenza e configurato come istanza autonoma. Ne consegue, a contrario, che le sentenze non definitive aventi ad oggetto questioni pregiudiziali di rito diverse da competenza e giurisdizione non producono effetti al di fuori del processo: esse conservano solo un'efficacia preclusiva interna e, in caso di estinzione, perdono efficacia esterna.

Analisi della base decisoria: errore del giudice nella forma del provvedimento

Occorre ora esaminare l'ipotesi in cui il giudice erri nella scelta della forma del provvedimento. Il problema consiste nello stabilire quali effetti produca l'adozione di un provvedimento con forma diversa da quella prescritta dalla legge e, in particolare, quale sia il regime di impugnazione applicabile.

La giurisprudenza della Corte di cassazione, sin dagli anni Cinquanta, è costante nell'affermare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, secondo la cosiddetta teoria sostanzialista. In base a tale orientamento, è il contenuto del provvedimento a determinarne il regime giuridico e il mezzo di impugnazione esperibile, e non la veste formale attribuitagli dal giudice.

Questo indirizzo interpretativo è stato elaborato con riferimento all'articolo 111 della Costituzione e, in particolare, al settimo comma, il quale stabilisce che contro le sentenze è sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge. Si tratta del cosiddetto ricorso straordinario per cassazione, che trova il suo fondamento direttamente nella norma costituzionale e non nell'articolo 360 c.p.c.

La disposizione ha posto sin da subito un problema interpretativo: che cosa debba intendersi per "sentenza". Ci si è chiesti se il termine dovesse riferirsi esclusivamente al provvedimento formalmente qualificato come sentenza oppure a qualunque provvedimento che, pur rivestendo forma diversa, presenta contenuto decisoria e definitivo. In un periodo in cui la Corte costituzionale non era ancora operativa, la Corte di cassazione esercitava anche una funzione di garanzia costituzionale. In tale contesto, la Corte ha affermato che per "sentenza" deve intendersi ogni provvedimento che, indipendentemente dalla forma, abbia natura decisoria e definitiva: decisoria, in quanto incide su diritti soggettivi; definitiva, in quanto idonea ad acquistare autorità di cosa giudicata.

Tale elaborazione è maturata soprattutto con riferimento ai provvedimenti resi al di fuori del processo di cognizione piena, in particolare nei procedimenti camerali disciplinati dagli articoli 737 e seguenti c.p.c.

Il contesto dei procedimenti camerali

Nei procedimenti camerali, caratterizzati da forme snelle e da un'ampia discrezionalità del giudice nella regolamentazione del procedimento, il provvedimento finale è spesso adottato con ordinanza o decreto, ed è formalmente revocabile o modificabile, oltre che soggetto a reclamo.

Tuttavia, la Corte di cassazione ha ritenuto che, quando tali provvedimenti abbiano contenuto decisorio e definitivo, essi siano suscettibili di ricorso per cassazione ai sensi dell'articolo 111 Cost., anche se formalmente qualificati come ordinanza o decreto.

La logica seguita è dunque sostanzialista: la qualificazione giuridica del provvedimento dipende dal suo contenuto, non dalla forma. Criticità dell'applicazione della teoria sostanzialista nel processo di cognizione piena L'applicazione generalizzata di tale teoria al processo di cognizione piena può tuttavia condurre a risultati problematici. Si pensi al caso in cui il giudice, chiamato a decidere una questione preliminare di merito, emetta un'ordinanza anziché una sentenza non definitiva. Secondo l'impostazione sostanzialista, quell'ordinanza, avendo contenuto decisorio, sarebbe soggetta al regime proprio della sentenza. Ne deriverebbe che, in mancanza di tempestiva impugnazione o di riserva di impugnazione, essa passerebbe in giudicato, determinando una preclusione.

Il rischio è evidente: la parte che si affidi alla forma del provvedimento e non ne valuti il contenuto sostanziale potrebbe perdere la possibilità di contestarlo. Ne deriva un onere particolarmente gravoso per il difensore, chiamato a qualificare autonomamente ogni provvedimento sulla base del suo contenuto effettivo.

La posizione di Proto Pisani: prevalenza del criterio formale

Parte della dottrina, tra cui il professor Proto Pisani, ha criticato l'impostazione sostanzialista, proponendo un criterio fondato sulla forma del provvedimento.

Secondo tale impostazione, il regime di impugnazione dovrebbe dipendere dalla forma attribuita dal giudice al provvedimento, al fine di garantire certezza e tutela dell'affidamento delle parti.

Se il giudice pronuncia un'ordinanza su una questione preliminare di merito o su una questione pregiudiziale di rito, dovrebbe applicarsi il regime proprio dell'ordinanza, con possibilità di revoca o modifica. Viceversa, se il giudice adotta una sentenza non definitiva in luogo di un'ordinanza, dovrebbe applicarsi il regime delle sentenze, con necessità di impugnazione o di riserva nei termini di legge.

Secondo questa impostazione, la teoria sostanzialista dovrebbe trovare applicazione soltanto in un'ipotesi particolare: quando il giudice chiude il processo con un'ordinanza anziché con una sentenza. In tal caso, per garantire effettività alla tutela giurisdizionale, la sostanza dovrebbe prevalere sulla forma, così da consentire il controllo del provvedimento da parte di un giudice superiore.

La fase decisoria del processo civile

È soltanto nel momento in cui la causa passa in fase decisoria che diventa rilevante stabilire se la controversia debba essere decisa da un giudice monocratico, che costituisce la regola generale, oppure da un collegio. Le ipotesi di decisione collegiale sono tassativamente indicate dall'art. 50-bis c.p.c.

Secondo il testo attualmente vigente, il tribunale giudica in composizione collegiale nei casi espressamente previsti dalla legge. In particolare: nelle cause in cui è obbligatorio l'intervento del pubblico ministero, salvo che la legge disponga altrimenti, con rinvio all'art. 70 c.p.c.; nelle cause di opposizione, impugnazione e revocazione e in quelle riguardanti dichiarazioni tardive di crediti ai sensi del R.D. 267/1942 e delle altre leggi speciali in materia di liquidazione coatta amministrativa, con evidenti problemi di coordinamento rispetto al Codice della crisi d'impresa; nelle cause devolute alle sezioni specializzate; nelle cause di omologazione del concordato fallimentare e preventivo; nelle cause previste dalla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati. Le ulteriori ipotesi precedentemente previste sono state abrogate. È inoltre stabilito che il tribunale giudica in composizione collegiale nei procedimenti in camera di consiglio; tuttavia, tali ipotesi non attengono al processo a cognizione piena e non rilevano in questa sede.

Possono verificarsi errori in ordine alla composizione dell'organo giudicante. Le ipotesi sono essenzialmente due: il giudice monocratico ritiene erroneamente che la causa debba essere decisa dal collegio; oppure il giudice monocratico si avvede che la causa avrebbe dovuto essere decisa in

composizione collegiale. Le norme di riferimento sono gli artt. 281-septies e 281-octies c.p.c. Ai sensi dell'art. 281-septies, se il collegio, ricevuta la causa per la decisione, rileva che essa avrebbe dovuto essere decisa dal giudice monocratico, emette ordinanza non impugnabile con cui rimette la causa al giudice istruttore, che deciderà in veste monocratica; la sentenza deve essere depositata entro trenta giorni. Ai sensi dell'art. 281-octies, se è il giudice monocratico a rilevare che la causa doveva essere decisa dal collegio, rimette la causa al collegio con ordinanza comunicata alle parti; entro dieci giorni dalla comunicazione, le parti possono chiedere la fissazione dell'udienza di discussione davanti al collegio, e in tal caso il giudice istruttore procede ai sensi dell'art. 275-bis c.p.c.

Qualora l'errore non venga rilevato, trova applicazione l'art. 50-quater c.p.c., secondo cui le disposizioni degli artt. 50-bis e 50-ter non attengono alla costituzione del giudice, e quindi non rientrano nei vizi insanabili di cui all'art. 158 c.p.c. La nullità derivante dalla loro inosservanza si converte in motivo di impugnazione ai sensi dell'art. 161, comma 1, c.p.c. Ne consegue che il vizio non determina nullità assoluta e insanabile, ma può essere fatto valere esclusivamente mediante impugnazione, nei termini rigorosi previsti dall'art. 342 c.p.c. Il giudice d'appello, ove ritenga fondato il motivo, dispone la rinnovazione del giudizio. La riforma Cartabia ha inciso profondamente sulla disciplina della fase decisoria. In particolare, è stata abrogata l'udienza di precisazione delle conclusioni, ritenuta superflua, ed è stata reintrodotta l'udienza di rimessione della causa in decisione, già prevista prima della riforma del 1990 e poi soppressa. Tale udienza è stata ripristinata anche per esigenze organizzative: a partire da essa decorrono i termini per il deposito della sentenza, che assumono rilievo ai fini disciplinari e della valutazione di professionalità del magistrato. Il termine per il deposito della sentenza, pari a sessanta giorni, decorre dalla data dell'udienza di rimessione in decisione. In tal modo, il giudice tende a fissare tale udienza quando ritiene di poter rispettare il termine per la redazione del provvedimento. La riforma, tuttavia, non ha eliminato le criticità strutturali della fase decisoria, che continua a rappresentare il principale collo di bottiglia del processo civile, in ragione del carico di lavoro gravante sugli uffici giudiziari. La fase decisoria deve essere distinta a seconda che la decisione sia collegiale o monocratica. Le modalità decisorie, tanto nel caso di decisione collegiale quanto in quello di decisione monocratica, sono tre: trattazione scritta, trattazione mista e trattazione orale. La riforma ha mantenuto tale tripartizione, modificandone però alcuni aspetti di dettaglio. Per la decisione collegiale, le norme di riferimento sono gli artt. 189, 275 e 275-bis c.p.c. Ai sensi dell'art. 189 c.p.c., il giudice fissa davanti a sé l'udienza per la rimessione della causa al collegio. Ciò significa che, anche quando la decisione spetta al collegio, l'udienza di rimessione si svolge davanti al giudice monocratico, al fine di non coinvolgere l'organo collegiale prima del momento strettamente necessario.

Alla data dell'udienza di rimessione si agganciano i termini per il deposito degli atti difensivi, che decorrono a ritroso. Sessanta giorni prima dell'udienza devono essere depositate le note di precisazione delle conclusioni, nei limiti delle conclusioni già formulate negli atti introduttivi e nelle memorie ex art. 171-ter c.p.c.; le conclusioni devono essere integralmente riformulate, e tutto ciò che non viene riproposto si considera rinunciato. Trenta giorni prima dell'udienza devono essere depositate le comparse conclusionali. Quindici giorni prima devono essere depositate le memorie di replica. Le precisazioni delle conclusioni non possono contenere elementi nuovi; eventuali nuove domande o eccezioni sono inammissibili.

Ai sensi dell'art. 275 c.p.c., rimessa la causa al collegio, la sentenza deve essere depositata entro sessanta giorni dall'udienza di cui all'art. 189. Da tale momento decorre il termine per il deposito del provvedimento decisorio. Per la decisione monocratica, le norme di riferimento sono gli artt. 281-quinquies e 281-sexies c.p.c., che disciplinano rispettivamente la trattazione scritta e la trattazione orale, ferma restando la possibilità della trattazione mista secondo le modalità previste dalla legge.

Il primo modello

Il primo modello decisorio, in forma scritta, è disciplinato dagli articoli 189 e 275, primo comma, del codice di procedura civile.

Il giudice fissa la data dell'udienza di rimessione della causa al collegio. Non è previsto un termine entro il quale questa udienza debba svolgersi. Occorre aggiungere che, nell'ambito del calendario del processo previsto dall'articolo 81-bis delle disposizioni di attuazione, il giudice dovrebbe già stabilire fin dall'inizio la data dell'udienza di rimessione della causa in decisione.

Il giudice istruttore fissa dunque la data dell'udienza di rimessione della causa al collegio per la decisione. Tale udienza si svolge davanti al giudice istruttore stesso, e non direttamente davanti al collegio, in quanto si tratta di un passaggio meramente formale che serve a far decorrere:

1. i termini per le parti;
2. il termine per il giudice per il deposito della sentenza.

Quando il giudice fissa l'udienza di rimessione della causa al collegio, passa in decisione l'intera causa. Ciò avviene non solo nei casi ordinari, in cui la fase decisoria si apre senza passare attraverso la fase istruttoria oppure al termine della fase istruttoria, ma anche nei casi di rimessione anticipata della causa in fase decisoria previsti dall'articolo 187, commi secondo e terzo.

Il secondo comma dell'articolo 189 stabilisce infatti che la rimessione investe il collegio dell'intera causa, anche quando avviene a norma dell'articolo 187, commi secondo e terzo.

Dalla data dell'udienza decorrono a ritroso tre termini per tutte le parti:

1. Un primo termine, non superiore a sessanta giorni prima dell'udienza, per il deposito di note scritte contenenti la sola precisazione delle conclusioni che le parti intendono sottoporre al collegio, nei limiti di quelle già formulate negli atti introduttivi o nelle memorie integrative di cui all'articolo 171-ter. Le conclusioni devono riguardare l'intera causa, anche nei casi di rimessione anticipata ai sensi dell'articolo 187, commi secondo e terzo.
2. Un secondo termine, non superiore a trenta giorni prima dell'udienza, per il deposito delle comparse conclusionali.
3. Un terzo termine, non superiore a quindici giorni prima dell'udienza, per il deposito delle memorie di replica.

Il primo comma dell'articolo 275 prevede poi che, a seguito dell'udienza, la sentenza debba essere depositata entro sessanta giorni da parte del collegio.

Il secondo modello

Il secondo modello è disciplinato dai commi secondo, terzo e quarto dell'articolo 275 c.p.c. Si tratta del cosiddetto modello misto, nel quale è previsto il deposito delle note scritte contenenti la precisazione delle conclusioni e anche una discussione orale della causa.

Il secondo comma dell'articolo 275 stabilisce che ciascuna delle parti, nella nota contenente la precisazione delle conclusioni, depositata sessanta giorni prima dell'udienza, può chiedere al Presidente del tribunale che la causa sia discussa oralmente dinanzi al collegio.

In tal caso, fermo il rispetto dei termini di cui all'articolo 189 per il deposito delle comparse conclusionali, il Presidente provvede sulla richiesta, revocando l'udienza prevista per la rimessione della causa al collegio ai sensi dell'articolo 189 e fissando, con decreto, la data di discussione orale della causa dinanzi al collegio.

Tale udienza deve tenersi entro sessanta giorni.

Nel corso dell'udienza, il giudice istruttore espone oralmente la relazione della causa; successivamente, il Presidente ammette le parti alla discussione; la sentenza deve essere depositata entro i sessanta giorni successivi.

Questa modalità comporta uno slittamento in avanti della fase decisoria, poiché la richiesta di discussione orale davanti al collegio può essere formulata da ciascuna delle parti nella prima memoria contenente la precisazione delle conclusioni ai sensi dell'articolo 189.

Il calcolo dei termini continua a decorrere a ritroso rispetto alla originaria udienza di rimessione fissata dal giudice istruttore.

Una volta presentata l'istanza di discussione orale, resta fermo il termine per il deposito delle comparse conclusionali; il Presidente revoca l'udienza di rimessione della causa al collegio e fissa, con decreto, l'udienza di comparizione delle parti dinanzi al collegio per la discussione orale.

La nuova data non può coincidere con quella originariamente fissata, dovendo il collegio essere disponibile; l'udienza deve comunque tenersi entro sessanta giorni.

Si avrà dunque la discussione orale dinanzi al collegio e il deposito della sentenza nei successivi sessanta giorni.

Il terzo modello

Il terzo modello decisorio è disciplinato dall'articolo 275-bis del codice di procedura civile, che prevede la decisione a seguito di discussione orale davanti al collegio.

Quando ritiene che la causa possa essere decisa a seguito di discussione orale, il giudice istruttore fissa direttamente l'udienza davanti al collegio e assegna alle parti:

1. un termine non superiore a trenta giorni prima dell'udienza per il deposito delle note contenenti la precisazione delle conclusioni;
2. un ulteriore termine non superiore a quindici giorni per il deposito delle note conclusionali.

Si tratta di una scelta rimessa alla valutazione discrezionale del giudice istruttore.

Anche in questo caso non è previsto un termine entro cui fissare l'udienza.

All'udienza, il giudice istruttore espone oralmente la relazione della causa; il Presidente ammette le parti alla discussione; all'esito della discussione, il collegio pronuncia sentenza.

Secondo la lettera del secondo comma dell'articolo 275-bis, il collegio dovrebbe pronunciare immediatamente la sentenza all'esito dell'udienza, dando lettura non solo del dispositivo, ma anche di una concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Questo era il modello originariamente delineato dalla riforma Cartabia, che intendeva riservare la discussione orale alle controversie non particolarmente complesse, così da consentire al collegio di pronunciare immediatamente una sentenza motivata.

Pubblicazione della sentenza

Il terzo comma si occupa di un profilo formale particolarmente delicato e significativo, ossia della data di pubblicazione della sentenza, alla quale si collegano i termini per proporre impugnazione.

La norma stabilisce che la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione, da parte del Presidente, del verbale che la contiene ed è immediatamente depositata.

Tale previsione assume rilievo fondamentale al fine di evitare incertezze, poiché i termini per impugnare sono spesso perentori. Il loro decorso determina il passaggio in giudicato formale della sentenza, con conseguente formazione della preclusione, sicché è necessario che non vi siano dubbi in ordine alla data di pubblicazione. Ultimo comma: L'ultimo comma, introdotto successivamente, dispone che, qualora il collegio non pronunci immediatamente la sentenza, può provvedere al deposito nei successivi sessanta giorni. Questa modifica attenua la rigidità originaria della disciplina. L'obbligo di pronuncia immediata avrebbe potuto disincentivare il ricorso al modello semplificato, poiché non sempre è agevole redigere e motivare una decisione al termine della discussione orale, che richiede una preparazione particolarmente accurata. La previsione risponde dunque a un criterio di ragionevolezza ed equilibrio tra esigenze di celerità e necessità di adeguata motivazione.

I tre modelli decisori si rinvengono anche nell'ipotesi generale in cui la causa sia decisa da un giudice monocratico e non dal collegio. Essi sono disciplinati dagli articoli 281-quinquies e 281-sexies del codice di procedura civile. Dall'esame delle disposizioni emergono alcune differenze di dettaglio, ma la disciplina è sostanzialmente corrispondente a quella prevista per la decisione collegiale.

Decisione monocratica

Modello scritto

Il primo comma dell'articolo 281-quinquies prevede che, quando la causa è matura per la decisione, il giudice fissi davanti a sé l'udienza di rimessione della causa in decisione, assegnando alle parti i termini di cui all'articolo 189 c.p.c. All'udienza, il giudice trattiene la causa in decisione e la sentenza è depositata nei trenta giorni successivi. Si tratta del cosiddetto modello scritto. La disciplina corrisponde a quella prevista per la decisione collegiale, con una sola differenza rilevante: il termine per il deposito della sentenza è di trenta giorni, anziché sessanta. La ragione di tale differenza risiede nel fatto che il giudice monocratico conosce già integralmente il fascicolo, mentre nel caso della decisione collegiale due dei tre componenti del collegio potrebbero non avere conoscenza diretta della controversia, rendendosi necessario un termine più ampio per l'esame degli atti.

Modello misto

Il secondo comma dell'articolo 281-quinquies disciplina il modello misto. Se una delle parti lo richiede, il giudice dispone lo scambio dei soli scritti difensivi, secondo quanto previsto dall'articolo 189, numeri 1 e 2, e fissa l'udienza di discussione orale, da tenersi non oltre trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito delle comparse conclusionali. Anche in questo caso, la sentenza è depositata entro trenta giorni. La disciplina è sostanzialmente analoga a quella prevista per la decisione collegiale, con la principale differenza rappresentata dalla riduzione dei termini, che risultano dimezzati.

Modello orale

L'articolo 281-sexies disciplina il modello orale. Se non si procede secondo quanto previsto dall'articolo 281-quinquies, il giudice:

- fa esplicitare le conclusioni in udienza;
- può disporre la discussione orale della causa nella stessa udienza oppure, su istanza di parte, in un'udienza successiva;
- pronuncia la sentenza al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto.

In tale modello non è previsto un termine per la precisazione delle conclusioni né per il deposito delle comparse conclusionali, poiché la precisazione avviene direttamente in udienza. La discussione può svolgersi nella medesima udienza, che sarà l'ultima della fase istruttoria, ma più frequentemente, su richiesta delle parti, il giudice rinvierà a un'udienza successiva, al fine di consentire ai difensori un'adeguata preparazione. Anche in questo caso il giudice è tenuto, in via ordinaria, a pronunciare la sentenza al termine della discussione orale, dando lettura sia del dispositivo sia di una motivazione concisa. Il secondo comma dell'articolo precisa che la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione del verbale da parte del giudice ed è immediatamente depositata.

La rigidità di tale meccanismo è tuttavia attenuata dal terzo comma, che prevede la possibilità per il giudice, qualora non pronunci immediatamente la sentenza, di depositarla nei trenta giorni successivi.

Anche questa previsione risponde a un criterio di ragionevolezza, poiché un termine di trenta giorni non incide sulla ragionevole durata del processo, ma consente al giudice di redigere una motivazione adeguata.

Deliberazione della sentenza

L'articolo 276 del codice di procedura civile disciplina le modalità di deliberazione della sentenza. **Comma 1 – Deliberazione in segreto:** Il primo comma stabilisce che la decisione è deliberata in segreto, nella camera di consiglio. Nel caso di giudice monocratico, la decisione è assunta dallo stesso giudice; nel caso di collegio, la deliberazione spetta ai soli magistrati che hanno partecipato alla discussione. Possono dunque prendere parte alla deliberazione esclusivamente i giudici che hanno assistito alla discussione della causa.

Comma 2 – Ordine di esame delle questioni: Il secondo comma contiene una disposizione di particolare rilievo sistematico. Esso prevede che il collegio – e il medesimo principio vale per il giudice monocratico – sotto la direzione del Presidente, debba: *“decidere gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d’ufficio, e quindi il merito della causa”*. La norma sembra indicare un ordine logico di trattazione: prima le questioni pregiudiziali di rito, poi il merito. Per questioni pregiudiziali devono intendersi, in questo contesto, quelle attinenti al rito, ossia relative alla valida instaurazione e regolare prosecuzione del processo, proposte dalle parti o rilevabili d’ufficio. Solo dopo averne verificato la fondatezza, il giudice dovrebbe procedere all’esame del merito. La portata della disposizione è tuttavia oggetto di dibattito in dottrina e giurisprudenza. Secondo un orientamento, l’ordine sarebbe vincolante: il giudice dovrebbe anzitutto accettare la regolare instaurazione del processo e solo successivamente affrontare il merito.

Le sentenze del 2014: un diverso orientamento

Un diverso indirizzo è stato affermato dalla Corte di cassazione con le note sentenze nn. 26242 e 26243 del 2014, in materia di nullità contrattuale e azioni di impugnazione negoziale. Tali pronunce, valorizzando i principi di economia processuale e di effettività della tutela giurisdizionale, hanno affermato che, qualora il giudice rilevi che la domanda è infondata nel merito, egli debba rigettarla nel merito, anche in presenza di questioni di rito che potrebbero condurre a una pronuncia di inammissibilità. Secondo tale impostazione, in caso di rigetto, deve preferirsi una pronuncia di merito rispetto a una pronuncia in rito, poiché la sentenza di rigetto nel merito è idonea a definire definitivamente la controversia ed evitare la proliferazione di ulteriori giudizi. La questione resta tuttavia aperta e priva di un approdo univoco. Va inoltre precisato che il problema si pone esclusivamente in caso di rigetto. Qualora il giudice intenda accogliere la domanda, è imprescindibile la verifica della valida instaurazione e regolare prosecuzione del processo.

Completamento dell’articolo 276

La parte finale dell’articolo disciplina le modalità della votazione collegiale. La decisione è assunta a maggioranza di voti. Vota per primo il relatore, poi l’altro componente del collegio, infine il Presidente.

Qualora emergano più soluzioni e non si formi una maggioranza, il Presidente mette ai voti due delle soluzioni prospettate, al fine di escluderne una. Il procedimento prosegue sino alla riduzione delle opzioni a due, sulle quali si effettua la votazione definitiva. Conclusa la votazione, il Presidente redige e sottoscrive il dispositivo. La motivazione è redatta dal relatore, salvo che il Presidente ritenga di redigerla personalmente o di affidarne la stesura all’altro componente del collegio. Nel nostro ordinamento non è prevista la dissenting opinion. Non è quindi possibile desumere dal testo della sentenza se la decisione sia stata assunta all’unanimità o a maggioranza. Taluni indici sintomatici possono tuttavia suggerire l’esistenza di un dissenso interno, ad esempio il mutamento dell’estensore rispetto al relatore originario oppure la sottoscrizione della sentenza da parte del solo Presidente. Resta comunque fermo il principio del segreto della camera di consiglio: nessun giudice può rivelare l’esistenza di un voto contrario.

Il procedimento semplificato di cognizione

Il procedimento semplificato di cognizione, disciplinato dagli articoli 281-decies e seguenti c.p.c., rappresenta una delle innovazioni più rilevanti introdotte dalla riforma Cartabia. Esso ha sostituito il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis e seguenti c.p.c., collocato nel quarto libro tra i procedimenti speciali e abrogato dalla riforma. Il procedimento sommario aveva suscitato incertezze sulla sua natura giuridica, anche per la formulazione dell'articolo 702-ter, comma 5, secondo cui il giudice, alla prima udienza, “omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti e provvede con ordinanza”. Tale formula, analoga a quella dell'articolo 669-sexies, comma 1, in materia cautelare, aveva alimentato il dubbio che si trattasse di un procedimento a cognizione sommaria e non piena. Queste incertezze non si sono riproposte per il procedimento semplificato, per due ragioni:

1. esso è collocato nel secondo libro del codice, dedicato ai procedimenti a cognizione piena;
2. l'articolo 281-duodecies dispone che il giudice ammette i mezzi di prova rilevanti e procede alla loro assunzione, con implicito rinvio alle regole ordinarie in materia probatoria.

Il procedimento semplificato è dunque un vero processo a cognizione piena, con una forma alternativa rispetto al rito ordinario.

Differenze tra rito ordinario e rito semplificato

La riforma Cartabia ha introdotto una distinzione tra rito ordinario e rito semplificato, riservando quest'ultimo alle controversie semplici, ossia quelle fondate su prova documentale o non richiedenti un'istruttoria complessa. Il rito ordinario si introduce con atto di citazione (art. 163 c.p.c.), mentre il rito semplificato si introduce con ricorso (art. 281-undecies c.p.c.). La scelta iniziale spetta all'attore, ma il giudice, in sede di verifiche preliminari, può disporre il passaggio da un rito all'altro, ai sensi degli articoli 171-bis e 281-duodecies. Tale meccanismo presenta criticità, in quanto la valutazione sulla complessità della causa non è sempre possibile al momento dell'introduzione del giudizio.

Caratteristiche del rito semplificato

Il procedimento semplificato:

- è a cognizione piena;
- è idoneo a ogni forma di tutela;
- è un rito atipico, analogo al rito ordinario sotto il profilo dell'ampiezza del diritto di azione;
- è regolato dalla legge quanto a tempi e forme, non rimessi alla discrezionalità del giudice.

Le principali differenze rispetto al rito ordinario riguardano la fase di trattazione; la fase istruttoria si svolge secondo le medesime regole. Nel rito semplificato la fase decisoria avviene esclusivamente con il modello orale, mediante richiamo all'articolo 281-sexies c.p.c.

Ambito applicativo dell'articolo 281-decies

L'articolo 281-decies prevede che il rito semplificato si applichi quando:

- i fatti non sono controversi;
- la domanda è fondata su prova documentale;
- la causa è di pronta soluzione;
- non è richiesta un'istruttoria complessa.

Il correttivo ha esteso l'applicazione del rito semplificato ai procedimenti di opposizione ex articoli 615, primo comma, 617, primo comma, e 645 c.p.c. Inoltre, l'articolo 316 c.p.c., come modificato dalla riforma, stabilisce che il processo davanti al giudice di pace si svolge secondo le forme del rito semplificato. Infine, ai sensi dell'articolo 15 del decreto legislativo 149/2022, il rito semplificato si applica anche a numerose controversie previste nel capo III del decreto legislativo 150/2011, già trattate con il rito sommario di cognizione, ora abrogato. In tal modo, il procedimento semplificato assume una funzione centrale nel sistema processuale civile riformato.

Ad esempio:

- le opposizioni ai decreti di pagamento delle spese di giustizia;
- le controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari;
- le controversie in materia di allontanamento dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari;
- le controversie in materia di espulsione di cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;
- le controversie in materia di accertamento dello stato di apolidia;
- le controversie in materia di diniego o revoca dei permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario;
- l'opposizione al trattamento sanitario obbligatorio (TSO);
- ulteriori ipotesi espressamente previste dalla legge.

A tali ipotesi si aggiunge una previsione di particolare rilievo per la natura del contenzioso cui si riferisce: le azioni di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria, disciplinate dalla legge n. 24 del 2017 (cd. legge Gelli-Bianco). La riforma Cartabia ha modificato l'articolo 8, comma 3, della legge n. 24 del 2017, stabilendo che tali azioni si svolgano nelle forme del rito semplificato di cognizione.

In tutte queste ipotesi l'applicazione del rito semplificato è obbligatoria: non è previsto il mutamento di rito. Il giudice non può disporre il passaggio dal rito semplificato al rito ordinario.

Si può pertanto affermare che la scelta del legislatore di sostituire il previgente rito sommario con il rito semplificato merita apprezzamento. Il rito semplificato è un processo a cognizione piena: le regole che ne disciplinano lo svolgimento sono stabilite dalla legge e non rimesse alla discrezionalità del giudice. La predeterminazione legale delle forme e dei termini entro cui le parti e il giudice esercitano i propri poteri costituisce una garanzia di controllabilità del processo.

Tale profilo assume particolare rilevanza ove si consideri che le controversie richiamate attengono spesso a situazioni non patrimoniali o comunque di rilievo costituzionale, ovvero a posizioni giuridiche che, pur avendo contenuto patrimoniale, svolgono una funzione non patrimoniale.

Si pensi, ad esempio, alle azioni di risarcimento del danno da responsabilità sanitaria: si tratta di vicende che possono incidere in modo gravissimo sulla salute, sull'integrità psicofisica o sugli affetti familiari. Anche quando il danno è suscettibile di valutazione economica, esso è strettamente connesso a diritti fondamentali della persona, quali la salute e la dignità.

Per tali ragioni, la scelta legislativa appare coerente con un'impostazione garantista.

Ambito applicativo dell'articolo 281-decies c.p.c.

Le indicazioni contenute nell'articolo 281-decies presentano tuttavia profili di incertezza, poiché l'ultima parola in ordine al rito spetta sempre al giudice. La norma prevede che, alla prima udienza, qualora il giudice rilevi che per la domanda principale non ricorrono i presupposti indicati nel primo comma, disponga con ordinanza non impugnabile la prosecuzione del processo nelle forme del rito ordinario, fissando l'udienza di cui all'articolo 183 c.p.c. A partire da tale udienza decorrono i termini previsti dall'articolo 171-ter. Il giudice procede allo stesso modo quando, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, ritenga che la causa debba essere trattata con il rito ordinario.

I criteri applicativi sono dunque due:

1. la complessità della lite;
2. la complessità dell’istruzione probatoria.

Tali criteri coincidono con quelli richiamati dall’articolo 171-bis nel caso inverso, ossia nel passaggio dal rito ordinario al rito semplificato.

Quanto alla complessità dell’istruzione probatoria, il giudice può fare riferimento ai parametri indicati nel primo comma dell’articolo 281-decies, valutando se:

- i fatti di causa non siano controversi;
- la domanda sia fondata su prova documentale;
- la causa sia di pronta soluzione;
- non sia richiesta un’istruttoria complessa.

In tali ipotesi il processo può svolgersi senza una fase istruttoria articolata, o con un’istruzione di modesta entità. Con riferimento alla complessità della lite, pur in assenza di definizioni normative, possono individuarsi alcuni indici sintomatici, quali:

- il numero delle parti coinvolte;
- la presenza di litisconsorzio necessario con pluralità di soggetti;
- il numero e la natura delle questioni sollevate, in particolare se attinenti a questioni pregiudiziali o preliminari di particolare complessità.

Si tratta, tuttavia, di criteri che dovranno essere progressivamente precisati dalla giurisprudenza.

Effetti del mutamento di rito

Qualora il giudice disponga il passaggio dal rito semplificato al rito ordinario, fissa l’udienza ex articolo 183 c.p.c., dalla quale decorrono i termini previsti dall’articolo 171-ter per il deposito delle memorie integrative. Le parti non subiscono alcuna preclusione: esse possono esercitare integralmente i poteri difensivi previsti dal rito ordinario.

L’atto introduttivo nel rito semplificato

Il rito semplificato si introduce con ricorso, ai sensi dell’articolo 281-undecies c.p.c.

La domanda si propone con ricorso sottoscritto a norma dell’articolo 125 c.p.c. e deve contenere le indicazioni previste dai numeri 1, 2, 3, 3-bis, 4, 5 e 6 dell’articolo 163 c.p.c.

Non è richiamato il numero 7 dell’articolo 163, relativo alla data della prima udienza, poiché, trattandosi di ricorso, la data dell’udienza è fissata dal giudice e non può essere indicata dall’attore.

È invece previsto l’avvertimento rivolto al convenuto circa:

- le decadenze connesse alla costituzione oltre i termini di cui al secondo comma;
- l’obbligatorietà della difesa tecnica davanti al tribunale, salvo i casi di cui all’articolo 86 c.p.c. o a leggi speciali;
- la possibilità di richiedere il patrocinio a spese dello Stato, ove ne ricorrono i presupposti.

Tali avvertimenti hanno funzione garantista nei confronti del convenuto.

L’attore è assistito da un difensore sin dalla proposizione della domanda; il convenuto, invece, riceve per la prima volta l’atto introduttivo e potrebbe non essere ancora assistito da un avvocato. Gli avvertimenti sono dunque finalizzati a consentirgli di attivarsi tempestivamente per la tutela dei propri diritti.

Deposito e notificazione del ricorso

Il ricorso è depositato presso l’ufficio giudiziario competente. Il secondo comma dell’articolo 281-undecies c.p.c. dispone che, entro cinque giorni dalla designazione, il giudice istruttore fissi con decreto

l'udienza di comparizione delle parti, assegnando al convenuto un termine per costituirsi non oltre dieci giorni prima dell'udienza stessa.

La norma non disciplina espressamente:

- la costituzione dell'attore;
- le modalità di designazione del giudice istruttore.

Si applicano pertanto, in via integrativa, le disposizioni del rito ordinario. Sarà quindi il Presidente del Tribunale ad assegnare la causa alla sezione competente in base alla materia, e il Presidente di sezione, secondo le tabelle organizzative dell'ufficio, a designare il giudice istruttore.

Una volta designato, il giudice istruttore fissa con decreto l'udienza di comparizione. Non è previsto alcun termine minimo o massimo per la fissazione dell'udienza. La norma, dunque, non impone limiti temporali, rimettendo al giudice la determinazione della data.

Costituzione del convenuto e notificazione

Nel decreto di fissazione dell'udienza il giudice assegna al convenuto un termine per costituirsi, che non può essere superiore a dieci giorni prima dell'udienza.

La differenza rispetto al rito ordinario è evidente: nel rito ordinario il convenuto deve costituirsi almeno settanta giorni prima dell'udienza, poiché sono previste le memorie integrative ex articolo 171-ter, che nel rito semplificato non sono contemplate.

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto a cura dell'attore.

Tra il giorno della notificazione e la data dell'udienza devono intercorrere termini liberi:

- non inferiori a quaranta giorni, se la notificazione avviene in Italia;
- non inferiori a sessanta giorni, se la notificazione avviene all'estero.

Si tratta di termini liberi, sicché non si computano né il dies a quo né il dies ad quem. Poiché il convenuto deve costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza, lo spazio effettivo per l'organizzazione delle difese è di trenta giorni nel caso di notificazione in Italia.

Nel rito ordinario, invece, il termine a difesa è di centoventi giorni, con obbligo di costituzione settanta giorni prima dell'udienza, sicché il convenuto dispone di cinquanta giorni per predisporre la comparsa di risposta. Qualora il giudice disponga il mutamento dal rito semplificato al rito ordinario, il convenuto non recupera il maggiore termine difensivo previsto per il rito ordinario. Il diritto di difesa resta dunque compreso entro termini più ristretti. La norma non prevede un termine entro cui l'attore debba procedere alla notificazione del ricorso e del decreto. A differenza di quanto accade, ad esempio, nel rito del lavoro, non è posto a carico dell'attore un termine perentorio per la notificazione. L'unico vincolo è quello di rispettare il termine minimo di quaranta o sessanta giorni prima dell'udienza.

In assenza di un termine per la notificazione, l'attore potrebbe teoricamente differirla fino a ridosso del termine minimo previsto, senza incorrere in decadenze. Tale assetto è stato oggetto di rilevi critici sotto il profilo della ragionevolezza e della tutela del diritto di difesa del convenuto.

In alcune prassi locali, anche su impulso degli Osservatori sulla giustizia civile, si è ritenuto opportuno che il giudice, nel decreto di fissazione dell'udienza, assegni all'attore un termine per procedere alla notificazione, al fine di garantire un congruo spazio difensivo al convenuto.

Costituzione del convenuto

Ai sensi del terzo comma dell'articolo 281-undecies, il convenuto si costituisce mediante deposito della comparsa di risposta, nella quale deve:

- proporre le proprie difese;
- prendere posizione in modo chiaro e specifico sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda;

- indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione;
- formulare le conclusioni.

La disposizione riproduce, in sostanza, il contenuto dell'articolo 167 c.p.c. Con riferimento alle mere difese, alle richieste istruttorie e alla produzione documentale non è prevista una specifica decadenza, sicché tali attività possono essere svolte anche successivamente. Diversamente, a pena di decadenza, il convenuto deve proporre nella comparsa tempestivamente depositata:

- le domande riconvenzionali;
- le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio.

Si tratta di preclusioni analoghe a quelle previste nel rito ordinario.

Chiamata del terzo

Il terzo comma disciplina anche la chiamata in causa del terzo. Analogamente a quanto avviene nel rito ordinario, il convenuto che intenda chiamare un terzo deve, a pena di decadenza, farne dichiarazione nella comparsa di risposta tempestivamente depositata. Vi è dunque una sostanziale corrispondenza tra la disciplina degli atti introduttivi nel rito ordinario (atto di citazione e comparsa di risposta) e quella del rito semplificato (ricorso e comparsa di risposta). Le preclusioni e le decadenze sono identiche, al fine di evitare disallineamenti in caso di mutamento di rito.

Trascrizione della domanda giudiziale

L'articolo 2658 del codice civile, come modificato dalla riforma Cartabia, prevede che, quando la domanda giudiziale è proposta con ricorso, la parte che richiede la trascrizione presenti copia conforme dell'atto munita dell'attestazione della data del deposito presso l'ufficio giudiziario.

La trascrizione della domanda giudiziale ha efficacia prenotativa: per determinate azioni, consente di far retroagire gli effetti della sentenza di accoglimento alla data della trascrizione. In precedenza non si poneva il problema della trascrizione di una domanda proposta con ricorso, poiché nei riti introdotti con ricorso – come il rito del lavoro – non si trattavano domande soggette a trascrizione. Con l'introduzione del rito semplificato, applicabile anche ad azioni relative a diritti immobiliari, si è reso necessario disciplinare espressamente la trascrizione delle domande proposte con ricorso.

La nuova disciplina consente all'attore di procedere alla trascrizione sulla base del solo ricorso depositato, anche prima della notificazione al convenuto. La scelta legislativa appare funzionale alla tutela del diritto di azione dell'attore. Essa, tuttavia, pone un problema sotto il profilo del diritto di difesa del convenuto, il quale può trovarsi gravato da una trascrizione senza essere ancora a conoscenza dell'instaurazione del processo, non essendo previsto un obbligo di comunicazione da parte dell'ufficio della conservatoria.

La prima udienza

L'articolo 281-duodecies c.p.c., rubricato “Procedimento”, disciplina la prima udienza nel rito semplificato di cognizione. Il primo comma si occupa del mutamento di rito; i commi successivi regolano invece lo svolgimento della prima udienza. La disciplina presenta evidenti analogie con quella della prima udienza nel previgente processo a cognizione piena, abrogato dalla riforma Cartabia. Il rito semplificato, infatti, pur introducendosi con ricorso e pur prevedendo la possibilità di mutamento di rito, ricalca in larga parte la struttura del vecchio modello processuale. Tale continuità sistematica consente di valorizzare, in via interpretativa, gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali già maturati con riferimento alla precedente disciplina.

Verifiche preliminari

La disposizione si apre con il riferimento al mutamento di rito, ma non disciplina espressamente le verifiche preliminari che il giudice deve necessariamente compiere all'atto della prima udienza.

In questa fase vi è stato soltanto lo scambio degli atti introduttivi: l'attore ha depositato il ricorso e il convenuto si è costituito con comparsa di risposta. È in questo momento che il giudice entra

effettivamente in contatto con la controversia. È dunque inevitabile che il giudice effettui le verifiche preliminari analoghe a quelle previste dall'articolo 171-bis c.p.c. nel rito ordinario, pur in assenza di un'espressa previsione normativa. In via interpretativa, deve ritenersi che il giudice verifichi:

- la propria giurisdizione;
- la competenza;
- la regolare instaurazione del contraddittorio;
- la validità della costituzione delle parti.

Qualora rilevi vizi, dovrà attivare i meccanismi di sanatoria. Ad esempio:

- in caso di contumacia del convenuto e di irregolarità della notificazione o di mancato rispetto dei termini a difesa;
- in presenza di vizi relativi alla rappresentanza o alla capacità processuale.

In tali ipotesi il giudice disporrà il rinvio dell'udienza per consentire la regolarizzazione.

Il giudice potrà inoltre esercitare i poteri previsti dagli articoli 102 e 107 c.p.c.:

- in caso di litisconsorzio necessario non correttamente instaurato, assegnerà un termine per l'integrazione del contraddittorio ai sensi dell'articolo 102;
- ove ritenga opportuna la chiamata di un terzo, potrà provvedere ai sensi dell'articolo 107.

Solo dopo l'esito positivo di tali verifiche potrà valutare l'eventuale mutamento di rito.

Mutamento di rito

La valutazione del giudice circa il mutamento di rito non è sindacabile in sede di impugnazione. L'errore di rito non determina nullità, ma può al più comportare il mutamento del rito nel corso del giudizio.

Nel rapporto tra rito ordinario e rito semplificato, la questione non assume rilievo in appello, poiché il giudizio di impugnazione si svolge secondo regole unitarie. Attivazione del contraddittorio e chiarimenti Il secondo comma dell'articolo 281-duodecies disciplina l'attività di replica dell'attore, ma non menziona espressamente un passaggio fondamentale: l'attivazione del contraddittorio mediante richiesta di chiarimenti e indicazione delle questioni rilevabili d'ufficio. Nel previgente articolo 183 c.p.c. era previsto che il giudice chiedesse i chiarimenti necessari e indicasse alle parti le questioni rilevabili d'ufficio. Anche nel rito semplificato, tale attività deve ritenersi implicita e necessaria. La richiesta di chiarimenti non coincide con l'interrogatorio libero delle parti:

- l'interrogatorio implica la comparizione personale e può essere valutato ai fini probatori;
- i chiarimenti sono richiesti ai difensori e servono a delimitare il *thema decidendum* e il *thema probandum*.

Il giudice, alla prima udienza, deve dunque:

- sollecitare chiarimenti;
- indicare le questioni rilevabili d'ufficio, quali questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito (ad esempio nullità contrattuale, clausole vessatorie, questioni di diritto rilevanti ai fini della decisione).

Replica dell'attore

Il secondo e terzo comma disciplinano l'esercizio dei poteri di replica dell'attore.

L'attore, in udienza, può esercitare i poteri consequenziali rispetto alle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta. In particolare, può chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza deriva dalle difese del convenuto. Il terzo comma prevede che, a pena di decadenza, le parti possano proporre domande ed eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni formulate dalle altre parti. Nel processo bilaterale tra attore e convenuto, si tratta essenzialmente dei poteri di replica dell'attore.

L'attore può dunque:

- proporre domande conseguenti (c.d. *reconventio reconventionis*);
- sollevare eccezioni in relazione alla domanda riconvenzionale.

Il decreto correttivo ha chiarito che tali poteri riguardano non solo le eccezioni, ma anche le domande, colmando una lacuna del testo originario.

Appendice scritta e controreplica.

Il quarto comma disciplina la cosiddetta controreplica. Quando l'esigenza deriva dalle difese della controparte, il giudice, se richiesto, concede alle parti un termine perentorio, non superiore a venti giorni, per:

- precisare e modificare domande, eccezioni e conclusioni;
- indicare mezzi di prova;
- produrre documenti.

È previsto un ulteriore termine, non superiore a dieci giorni, per replicare e dedurre prova contraria.

Si tratta della cd. appendice scritta, che riproduce – in forma più contenuta – il doppio termine già previsto nel previgente rito a cognizione piena. La replica dell'attore deve essere svolta in udienza; la controreplica, invece, può essere esercitata in forma scritta nei termini concessi.

L'autorizzazione alla concessione dei termini è oggi formulata in termini più garantisti rispetto alla versione originaria. Il decreto correttivo ha sostituito la clausola del “giustificato motivo” con la previsione secondo cui il giudice, quando l'esigenza sorge dalle difese della controparte, concede i termini se richiesto. In ogni caso, i poteri di modifica e di richiesta istruttoria non possono essere negati:

- o il giudice autorizza l'appendice scritta;
- oppure le parti devono poter esercitare tali poteri in udienza.

La norma presenta lacune, ma la tutela del diritto di azione e di difesa impone questa soluzione interpretativa. Perché è stata introdotta questa modifica? Il passaggio appena esaminato costituisce un nodo centrale del procedimento semplificato: il successo operativo di questo rito dipende in larga misura dall'interpretazione del quarto comma dell'articolo 281-duodecies c.p.c. Per un avvocato, infatti, non possono sussistere incertezze circa la concessione dei termini per l'appendice scritta. Se il giudice non li concede, le attività ivi previste devono essere svolte integralmente in udienza, e si tratta di attività di particolare complessità tecnica. Tra queste rientra, anzitutto, la modifica della domanda. La modifica della domanda è un tema estremamente delicato. Nel rito ordinario la questione è oggi meno problematica, poiché le domande nuove e le modifiche devono essere formulate nella prima memoria ex articolo 171-ter c.p.c.; pertanto, non vi è spazio per improvvisazioni in udienza. Nel rito semplificato, invece, il problema si ripresenta in modo significativo, così come in appello. La necessità di modificare la domanda può emergere proprio in udienza, ad esempio a seguito di una questione sollevata d'ufficio dal giudice o di un diverso inquadramento giuridico della fattispecie. Si pensi all'ipotesi in cui il giudice osservi che la responsabilità dedotta dall'attore non sia contrattuale, bensì extracontrattuale. In tal caso, muta l'intera fattispecie costitutiva del diritto azionato, con conseguenze rilevanti sul piano dell'allegazione e della prova. Pretendere che l'avvocato modifichi immediatamente la domanda in udienza, senza possibilità di ponderazione tecnica, espone a evidenti criticità difensive. Analoghe difficoltà emergono con riferimento alle richieste istruttorie. La richiesta di prova testimoniale, ad esempio, non può essere formulata in modo generico. È necessario capitolare la prova, indicando specificamente i fatti su cui il testimone dovrà essere interrogato. Si tratta di un'attività che richiede precisione tecnica e ponderazione; improvvisarla in udienza è altamente rischioso. A ciò si aggiunga un ulteriore elemento pratico: tutto ciò che avviene in udienza deve essere verbalizzato. Spesso il giudice redige personalmente il verbale, senza l'ausilio del cancelliere, con conseguente aggravio operativo. È per tali ragioni che il tema dell'appendice scritta assume un rilievo decisivo.

La modifica del testo normativo

Nel testo originario della riforma Cartabia, il quarto comma prevedeva che il giudice potesse concedere i termini “se richiesto e sussiste giustificato motivo”. Tale formula aveva generato notevoli incertezze interpretative. La nozione di “giustificato motivo” appariva indeterminata e rischiava di attribuire al giudice un eccessivo margine discrezionale. Il decreto correttivo è intervenuto sostituendo tale espressione con la formula: “*quando l'esigenza sorge dalle difese della controparte, il giudice, se richiesto, concede alle parti...*”. Alcuni hanno ritenuto che la nuova formulazione restringesse l'ambito applicativo dell'appendice scritta. Tuttavia, dalla relazione illustrativa emerge che l'intento del legislatore era opposto: rassicurare gli operatori e rendere più garantita la concessione dei termini. La modifica deve dunque essere letta in senso ampliativo: quando sorge un'esigenza difensiva derivante dalle difese della controparte, il giudice deve concedere l'appendice scritta, consentendo alle parti di svolgere le attività difensive mediante due memorie successive, rispettivamente entro venti e dieci giorni.

Incidenza sulla durata del processo

Va inoltre considerato che tale appendice scritta si colloca nella fase iniziale del processo. L'eventuale differimento di trenta giorni complessivi non incide in modo significativo sulla ragionevole durata del procedimento. Le preoccupazioni circa un eccessivo allungamento dei tempi appaiono, nella pratica, più teoriche che reali.

Preclusioni istruttorie

Un ulteriore profilo centrale riguarda le preclusioni istruttorie.

Il procedimento semplificato non contiene una disciplina espressa delle preclusioni in materia di prove. Tuttavia, in via interpretativa, le preclusioni devono ritenersi collegate proprio all'appendice scritta.

Pertanto:

- se tutto si esaurisce in udienza, le richieste istruttorie devono essere formulate in quella sede;
- se viene concessa l'appendice scritta,
- la prova diretta deve essere richiesta nella prima memoria;
- la prova contraria nella seconda.

Si pone inoltre un problema ulteriore: le richieste istruttorie devono essere formulate senza conoscere la posizione definitiva della controparte, poiché le memorie sono depositate negli stessi termini.

Ciò comporta l'applicazione del cosiddetto principio di eventualità, tipico del processo del lavoro ma non del tradizionale processo a cognizione piena. Nel rito ordinario, infatti, le preclusioni istruttorie operano solo dopo la definizione del thema decidendum e del thema probandum. Nel rito semplificato, invece, vi è una sovrapposizione tra delimitazione del thema e maturazione delle preclusioni.

Va tuttavia ricordato che il rito semplificato è stato concepito per controversie semplici. È possibile che il legislatore non abbia pienamente considerato la complessità delle situazioni che possono concretamente presentarsi.

Fase istruttoria

Una volta esaurita l'eventuale appendice scritta, si apre la fase istruttoria.

Non è però detto che essa sia sempre necessaria. Il giudice può:

- rilevare una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito;
- ritenere la causa matura per la decisione perché di puro diritto o fondata esclusivamente su documenti.

Qualora invece sia necessaria l'istruzione probatoria, trova applicazione l'ultimo comma dell'articolo 281-duodecies: “*Il giudice, se non procede ai sensi del secondo o del quarto comma, e non ritiene la causa matura per la decisione, ammette i mezzi di prova rilevanti e procede alla loro assunzione*”.

Tale disposizione costituisce un rinvio alle norme del secondo libro del codice di procedura civile, nonché alle norme del codice civile in materia di prove. La fase istruttoria del rito semplificato coincide dunque, sotto il profilo delle regole probatorie, con quella del rito ordinario.

Fase decisoria

L'articolo 281-terdecies c.p.c. dispone che, quando la causa è matura per la decisione, il giudice proceda ai sensi dell'articolo 281-sexies c.p.c. Si applica, dunque, il modello decisorio orale, che rappresenta la forma più snella e celere di definizione del giudizio.

Decisione in composizione monocratica

Se la causa è decisa dal giudice monocratico, trova integrale applicazione l'articolo 281-sexies:

- il giudice fa precisare le conclusioni;
- procede alla discussione orale;
- pronuncia la sentenza dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto;
- la sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione del verbale ed è immediatamente depositata;
- se non pronuncia immediatamente, può depositarla nei trenta giorni successivi.

Decisione in composizione collegiale

Qualora la causa sia soggetta a decisione collegiale, il decreto correttivo è intervenuto per chiarire un aspetto rilevante: la discussione si svolge davanti al giudice istruttore, non direttamente davanti al collegio. All'esito della discussione:

- il giudice istruttore riferisce al collegio;
- il collegio delibera;
- la sentenza è depositata entro sessanta giorni.

Se, tuttavia, una delle parti lo richiede, il giudice procede ai sensi dell'articolo 275-bis c.p.c. In tal caso, la discussione si svolge direttamente dinanzi al collegio secondo il modello previsto per la decisione collegiale a seguito di discussione orale.

Regime dell'impugnazione

L'ultimo comma dell'articolo 281-terdecies stabilisce che, se la sentenza è impugnabile nei modi ordinari, l'appello si svolge secondo le regole generali, indipendentemente dal fatto che il primo grado si sia celebrato nelle forme del rito ordinario o del rito semplificato.

Il giudizio di appello:

- si introduce con atto di citazione;
- è disciplinato dagli articoli 339-359 c.p.c.;
- segue le regole proprie del secondo grado di giudizio.

La scelta del rito in primo grado non incide, dunque, sulla struttura del giudizio di impugnazione.

Effetti della sentenza

La sentenza resa all'esito del procedimento semplificato è una sentenza pronunciata in un processo a cognizione piena. Essa produce i medesimi effetti sostanziali e processuali di una sentenza emessa nel rito ordinario. In particolare:

- se si tratta di sentenza di condanna, costituisce titolo esecutivo;
- se non viene impugnata nei termini di legge, passa in giudicato formale;
- se di merito, acquista autorità di cosa giudicata ai sensi dell'articolo 2909 c.c.

Non vi è dunque alcuna differenza, sul piano degli effetti, tra la sentenza pronunciata nel rito ordinario e quella pronunciata nel rito semplificato.

FOCUS SULLA MODIFICA DELLA DOMANDA

Esaurita l'analisi del procedimento semplificato di cognizione, occorre ora soffermarsi sulla modifica della domanda, tema di particolare attualità e oggetto di ampia elaborazione giurisprudenziale.

La modifica della domanda si contrappone alla domanda nuova. Si tratta di un'attività che può essere compiuta nel corso del processo e consiste in una variazione che l'attore apporta alla domanda originariamente proposta. Come già esaminato con riferimento sia al rito ordinario sia al rito semplificato, l'attore — salvo il caso in cui l'esigenza derivi dalle difese del convenuto e si configuri una domanda nuova consequenziale (la cosiddetta *reconvention*) — non è, in linea generale, ammesso a proporre domande nuove nel corso del processo. In appello, il divieto è espresso dall'articolo 345 c.p.c., che dichiara inammissibili le domande nuove, con inammissibilità rilevabile anche d'ufficio, fatta salva l'eccezione relativa alla richiesta di interessi, frutti o danni maturati dopo la sentenza di primo grado.

Diversamente, è ammessa la modifica della domanda. Nel rito ordinario di primo grado, la questione è oggi assorbita dalla previsione dell'articolo 171-ter c.p.c., poiché sia la domanda nuova sia la modifica devono essere formulate nella prima memoria. Nel procedimento semplificato, invece, la problematica si ripropone in termini più delicati. L'articolo 281-duodecies prevede che l'attore eserciti il proprio potere di replica in udienza, proponendo le domande e le eccezioni conseguenti alle difese del convenuto. Tuttavia, la modifica della domanda originaria può essere svolta anche nell'appendice scritta eventualmente autorizzata dal giudice. Si configura dunque una differenza:

- la domanda nuova deve essere proposta in udienza;
- la modifica della domanda può essere proposta anche nell'appendice scritta.

Tale disciplina corrisponde a quella del processo a cognizione piena abrogato, nel quale la replica si svolgeva in udienza, mentre le modifiche potevano essere formulate nelle memorie ex articolo 183, comma 6, c.p.c. La modifica della domanda si pone inoltre in appello. L'articolo 345 c.p.c. vieta espressamente le domande nuove, ma nulla dispone in ordine alla modifica. Da un'interpretazione a contrario si è sempre desunto che la modifica sia ammessa. Tuttavia, la giurisprudenza, specie a partire dalla riforma del 1990, ha fortemente limitato tale possibilità, subordinandola alla circostanza che i fatti posti a fondamento della modifica siano già stati allegati e provati in primo grado, escludendo la possibilità di introdurre nuovi fatti costitutivi.

Nozione di modifica: *mutatio* ed *emendatio libelli*

La questione centrale è distinguere tra:

- *mutatio libelli* (domanda nuova);
- *emendatio libelli* (modifica della domanda).

Secondo l'impostazione dottrinale prevalente, il criterio distintivo è rappresentato dai limiti oggettivi del giudicato. Si ha modifica quando la variazione resta entro i limiti oggettivi della domanda originaria; si ha domanda nuova quando tali limiti vengono superati. Tale criterio deve essere letto alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di limiti oggettivi del giudicato. La Corte di cassazione, in particolare a partire dalle Sezioni Unite del 2007 sul divieto di frazionamento del credito, ha adottato un'interpretazione estensiva dei limiti oggettivi del giudicato. Si pensi:

- all'estensione del giudicato sull'adempimento anche alla validità del titolo contrattuale;
- al divieto di frazionamento del credito, modulato dalle Sezioni Unite distinguendo tra crediti unitari (come quelli risarcitorii) e crediti di valuta;
- alle Sezioni Unite del 2014 sulle azioni di impugnativa negoziale, che hanno affermato che,

proposta un'azione di annullamento, rescissione o risoluzione, entra nel processo l'intero rapporto contrattuale.

In questo quadro, sarebbe coerente ritenere ampia la nozione di modifica della domanda.

Profili di variazione: causa petendi, petitum, norma giuridica

Le possibili variazioni possono riguardare:

1. la causa petendi;
2. il petitum;
3. la qualificazione giuridica della domanda.

1. Causa petendi: Con riferimento ai diritti autodeterminati (come i diritti reali), la giurisprudenza ha riconosciuto ampia possibilità di modifica del fatto costitutivo. Sono stati ricondotti alla categoria dei diritti autodeterminati anche:

- la nullità;
- la protezione internazionale;
- situazioni attinenti alla libertà personale.

In tali ipotesi, l'allegazione di un fatto costitutivo alternativamente concorrente non integra domanda nuova, poiché il diritto è unico e non può sussistere più volte tra le stesse parti nello stesso arco temporale. La Cassazione ha ammesso, anche nel primo grado, l'allegazione di fatti costitutivi alternativi nella memoria ex articolo 183, comma 6, c.p.c. (nel sistema previgente), trattandosi di fatti non individuatori.

2. Petatum: Con riferimento ai crediti risarcitorii, la giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità di chiedere ulteriori voci di danno rispetto a quelle inizialmente indicate. Il credito risarcitorio è una situazione giuridica unitaria ma complessa. Le diverse voci di danno (patrimoniale, non patrimoniale e relative articolazioni) non costituiscono diritti autonomi, bensì segmenti interni di un'unica situazione sostanziale. Tale impostazione è coerente con il divieto di frazionamento del credito: l'intera situazione risarcitoria deve essere fatta valere in un unico processo, salva l'ipotesi dei danni sopravvenuti.

3. Riqualificazione giuridica: Più problematico è il tema della riqualificazione giuridica della domanda. Secondo l'impostazione preferibile, la norma giuridica non svolge funzione individuatrice del diritto azionato. La fattispecie sostanziale è unica; il concorso di norme è spesso solo apparente. Richiamando le elaborazioni dottrinali (come quelle di Menchini), le diverse fattispecie possono porsi in rapporto di specialità o esclusione reciproca. In tali casi, la situazione sostanziale è unica e la qualificazione giuridica può essere modificata senza dar luogo a domanda nuova. Tuttavia, per lungo tempo la giurisprudenza ha adottato un orientamento restrittivo, specie con riferimento ai diritti eterodeterminati, ritenendo che la variazione della causa petendi implicasse un mutamento del diritto azionato e dunque una domanda nuova. Tale impostazione risultava difficilmente conciliabile con l'ampia concezione dei limiti oggettivi del giudicato affermata in altri ambiti. Si registrava, dunque, una tensione interna nella giurisprudenza tra:

- l'estensione dei limiti oggettivi del giudicato;
- la restrittiva nozione di modificabilità della domanda.

La coerenza sistematica imporrebbe un'interpretazione ampia della nozione di emendatio libelli, in linea con l'idea di unitarietà della situazione sostanziale dedotta in giudizio.

Modifica della domanda e orientamenti delle Sezioni Unite

Un primo e significativo intervento in materia di modifica della domanda si è avuto con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 12310 del 2015.

La fattispecie esaminata riguardava un'azione originariamente proposta dall'attore ai sensi dell'articolo 2932 c.c., volta a ottenere l'adempimento in forma specifica dell'obbligo a contrarre. L'attore aveva dedotto l'esistenza di un contratto preliminare e l'inadempimento della controparte, chiedendo l'emanazione di una sentenza costitutiva che tenesse luogo della dichiarazione di volontà non resa.

Successivamente, nella prima memoria ex articolo 183, comma 6, c.p.c., l'attore procedeva a una riqualificazione del contratto, sostenendo che esso dovesse essere qualificato non come preliminare, bensì come definitivo, e chiedendo pertanto l'accertamento dell'esistenza del contratto e degli effetti già prodottisi. La questione era delicata, poiché, secondo l'impostazione tradizionale di stampo formalistico, ogni variazione incidente sugli elementi identificativi della domanda — in particolare su causa petendi e petitum — comporterebbe la proposizione di una domanda nuova (mutatio libelli).

Le Sezioni Unite del 2015 hanno invece adottato un'impostazione sostanzialistica, superando l'automatismo formalistico. Hanno affermato che non si ha domanda nuova quando la domanda riformulata:

- non si aggiunge a quella originaria, ma la sostituisce;
- resta ancorata alla medesima vicenda fattuale;
- meglio rappresenta l'interesse sostanziale dell'attore.

In tali ipotesi, la variazione non integra una mutatio libelli, ma una emendatio libelli, cioè una modifica della domanda. Pur non essendo la motivazione particolarmente analitica sotto il profilo teorico, la sentenza segna un rilevante mutamento di prospettiva: la verifica non deve arrestarsi alla variazione formale di causa petendi o petitum, ma deve concentrarsi sull'effettiva identità della vicenda sostanziale dedotta in giudizio e sull'interesse fatto valere. La Corte ha dunque concluso che, nel caso concreto, la riqualificazione del contratto da preliminare a definitivo non integrava una domanda nuova, ma una modifica consentita, poiché si fondava sulla medesima vicenda negoziale e mirava alla tutela dello stesso interesse sostanziale. Questa decisione ha rappresentato un punto di svolta e ha avuto rilevanti sviluppi negli anni successivi, contribuendo a consolidare un orientamento più coerente con l'evoluzione della giurisprudenza in materia di limiti oggettivi del giudicato e di unitarietà della situazione sostanziale dedotta in giudizio.

Sentenza Sezioni Unite n. 22404/2018

Nel caso deciso con la sentenza n. 22404 del 2018, l'attore aveva inizialmente proposto un'azione di adempimento contrattuale. Successivamente, nella prima memoria ex articolo 183, comma 6, c.p.c., aveva formulato, in via subordinata, una domanda di pagamento dell'indennizzo per ingiustificato arricchimento. Si trattava di una tipica ipotesi di concorso apparente di norme, secondo l'impostazione ricostruttiva proposta in dottrina. Tuttavia, la situazione presentava una notevole complessità, poiché le fattispecie costitutive delle due azioni risultavano strutturalmente differenti:

- l'azione di adempimento presuppone l'esistenza di un contratto valido ed efficace;
- l'azione di arricchimento senza causa presuppone, al contrario, la mancanza di un valido titolo contrattuale e richiede la dimostrazione dell'arricchimento di una parte e dell'impoverimento dell'altra.

Il passaggio dall'una all'altra implica, dunque, un radicale mutamento della causa petendi. Nonostante ciò, le Sezioni Unite hanno escluso che si fosse in presenza di una domanda nuova, qualificando la variazione come modifica della domanda originaria. La Corte ha valorizzato il fatto che l'interesse sostanziale dell'attore restasse invariato e che la nuova domanda, pur fondata su un diverso titolo giuridico, si inserisse nella medesima vicenda fattuale. La modifica è stata ritenuta funzionale a una più adeguata tutela dell'interesse sostanziale fatto valere.

Differenze rispetto alla sentenza del 2015: Occorre però evidenziare una differenza significativa tra la pronuncia del 2015 e quella del 2018.

- Nella sentenza n. 12310/2015, la nuova domanda sostituiva integralmente quella originaria.
- Nella sentenza n. 22404/2018, invece, la nuova domanda era proposta in via subordinata e dunque si affiancava a quella principale.

Nonostante tale differenza strutturale, la Corte ha ritenuto che anche in presenza di una domanda subordinata non si oltrepassassero i limiti della modifica ammissibile.

Sentenza Sezioni Unite n. 11455/2025

Un ulteriore sviluppo si è registrato con la sentenza n. 11455 del 2025. In tale fattispecie, l'attore aveva proposto un'actio negatoria servitutis in relazione a due fondi confinanti. Il convenuto, costituendosi, aveva contestato la proprietà dell'attore su una striscia di terreno interessata dallo scolo delle acque.

Nella prima memoria ex articolo 183, comma 6, c.p.c., l'attore aveva quindi proposto una domanda di accertamento incidentale ai sensi dell'articolo 34 c.p.c., volta a ottenere il riconoscimento della propria proprietà su quel terreno. Anche in questo caso si è posto il problema se si trattasse di domanda nuova o di mera modifica. Le Sezioni Unite hanno ritenuto che si rimanesse nell'ambito della modifica ammissibile, affermando che la domanda di accertamento, pur dotata di autonomia strutturale, si inseriva nella medesima vicenda sostanziale già oggetto del processo. Secondo la Corte:

- non risultava compromesso il diritto di difesa del convenuto, il quale aveva già contestato la proprietà e poteva quindi prevedere una domanda di accertamento;
- l'ammissione della domanda era coerente con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, consentendo una definizione piena della controversia in un unico processo;
- veniva garantita l'economia processuale, evitando la proliferazione di giudizi distinti.

Tuttavia, è evidente che questa pronuncia segna un ulteriore ampliamento della nozione di modifica della domanda. Non si era in presenza di una mera riqualificazione o sostituzione, né di una subordinata: si trattava di una domanda autonoma aggiunta a quella originaria. L'evoluzione giurisprudenziale delle Sezioni Unite mostra un progressivo superamento del formalismo tradizionale, con una crescente valorizzazione della vicenda sostanziale e dell'interesse concreto dell'attore. La nozione di modifica della domanda si è progressivamente ampliata, fino a ricoprendere ipotesi che, sotto un profilo strettamente tecnico, comportano mutamenti incisivi della causa petendi e del petitum. Tale orientamento, tuttavia, impone una valutazione attenta caso per caso, per evitare che l'ampliamento eccessivo della nozione di emendatio libelli comprometta:

- il diritto di difesa del convenuto;
- la certezza delle regole processuali;
- l'equilibrio tra effettività della tutela ed esigenze di stabilità del processo.

L'ultima pronuncia segna inoltre un parziale sganciamento della nozione di modifica dai tradizionali limiti oggettivi del giudicato. La modifica viene utilizzata come strumento per concentrare in un unico processo tutte le situazioni giuridiche scaturenti da una medesima vicenda sostanziale, anche quando esse siano, sul piano tecnico, distinte. Pur avendo la Corte precisato che il principio affermato si riferiva al regime del previgente processo a cognizione piena, l'identità sostanziale delle regole consente di ritenere che tali principi siano destinati a essere richiamati anche nel nuovo procedimento semplificato di cognizione. Si tratta, dunque, di un'evoluzione giurisprudenziale recente e ancora in fase di consolidamento, destinata a incidere profondamente sulla teoria della domanda e sui confini tra mutatio ed emendatio libelli.

Ora, prima di chiudere il discorso sul processo a cognizione piena, occorre soffermarsi su due rilevanti novità introdotte dalla riforma Cartabia, che segnano una deviazione rispetto all'impianto tradizionale del rito ordinario. Si tratta dei provvedimenti disciplinati dagli articoli 183-ter e 183-quater c.p.c., con i quali il legislatore ha previsto la possibilità per il giudice di definire il processo a cognizione piena, instaurato nelle forme del rito ordinario, mediante ordinanza, dunque attraverso uno strumento formalmente diverso

dalla sentenza e, soprattutto, non idoneo ad acquistare autorità di cosa giudicata ai sensi dell'articolo 2909 c.c. Ed è proprio questa caratteristica a spiegare perché:

- l'ordinanza di accoglimento di cui all'articolo 183-ter sarà verosimilmente utilizzata in modo residuale;
- l'ordinanza di rigetto di cui all'articolo 183-quater, nella prassi, è destinata a rimanere sostanzialmente inapplicata.

Ordinanza di accoglimento della domanda

L'articolo 183-ter prevede che, nelle controversie di competenza del tribunale aventi ad oggetto diritti disponibili, il giudice possa pronunciare, su istanza di parte, ordinanza di accoglimento della domanda quando:

- i fatti costitutivi risultano provati;
- le difese del convenuto appaiono manifestamente infondate.

La struttura della disposizione evidenzia un significativo sbilanciamento valutativo:

- da un lato, è richiesta la piena prova dei fatti costitutivi del diritto azionato;
- dall'altro, è sufficiente che le difese siano manifestamente infondate, espressione che, pur implicando un vaglio rigoroso, denota una soglia valutativa diversa.

Il provvedimento è provvisoriamente esecutivo. Ed è proprio questa la sua utilità concreta: consentire all'attore di ottenere immediatamente un titolo esecutivo, evitando i tempi della fase decisoria ordinaria, spesso caratterizzata da rallentamenti. L'ordinanza è reclamabile ai sensi dell'articolo 669-terdecies c.p.c., ossia secondo il modello del reclamo cautelare. Nel caso di tribunale in composizione monocratica, il reclamo si propone al collegio del medesimo tribunale, del quale non può far parte il giudice che ha emesso l'ordinanza. Elemento decisivo è che l'ordinanza non acquista autorità di cosa giudicata, né la sua efficacia può essere invocata in altri processi. Essa costituisce:

- titolo esecutivo;
- titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, una volta divenuta non più reclamabile o in caso di rigetto del reclamo.

Tuttavia, non determina un accertamento stabile dell'esistenza del diritto fatto valere. Ne consegue che la medesima situazione giuridica potrà essere oggetto di nuovo giudizio, in quanto non operano gli effetti preclusivi del giudicato. Se il reclamo è accolto, il processo prosegue davanti a un magistrato diverso, in ossequio al principio di terzietà e imparzialità del giudice. È evidente, pertanto, che l'attore richiederà tale ordinanza solo in presenza di un interesse urgente all'esecuzione, non potendo attendere la definizione ordinaria del giudizio.

Ordinanza di rigetto della domanda

Speculare è la disciplina dell'articolo 183-quater, che consente, sempre su istanza di parte e nelle medesime materie (diritti disponibili di competenza del tribunale), la pronuncia di un'ordinanza di rigetto quando:

1. la domanda è manifestamente infondata;
2. oppure ricorrono gravi vizi dell'atto introduttivo, non sanati, secondo quanto previsto dagli articoli 163 e 164 c.p.c.

Anche tale ordinanza:

- è reclamabile ai sensi dell'articolo 669-terdecies;
- non acquista efficacia di giudicato;
- non è invocabile in altri processi.

Decorso inutilmente il termine per il reclamo, o in caso di rigetto dello stesso, l'ordinanza definisce il giudizio e non è ulteriormente impugnabile. Se il reclamo è accolto, il processo prosegue davanti a un magistrato diverso. La ratio della norma è evidente: evitare la prosecuzione di processi manifestamente infondati o pretestuosi. Tuttavia, la struttura dell'istituto ne compromette l'effettività. L'ordinanza di rigetto deve essere richiesta dal convenuto, ma quest'ultimo non ha alcun interesse concreto a sollecitarla, poiché:

- non produce giudicato;
- non impedisce all'attore di riproporre la medesima domanda in un nuovo giudizio.

Il convenuto, pertanto, preferirà attendere una sentenza di rigetto, idonea ad acquistare autorità di cosa giudicata e a garantire stabilità all'accertamento negativo. Per tale ragione, l'articolo 183-quater è destinato a restare una disposizione di scarsa applicazione pratica.

IL PROCESSO DEL LAVORO: INQUADRAMENTO GENERALE

Passando ora al rito del lavoro, disciplinato a partire dall'articolo 409 c.p.c., occorre ricordare che esso è stato introdotto con la legge n. 533 del 1973, in un contesto storico segnato dalla centralità dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300 del 1970).

Si trattò di una riforma profondamente innovativa, ispirata ai principi di concentrazione, immediatezza e oralità.

Giudice monocratico

Una prima scelta significativa fu l'attribuzione della competenza al giudice monocratico (originariamente il pretore, oggi il tribunale in funzione di giudice del lavoro). Le controversie di lavoro sono caratterizzate da:

- forte asimmetria tra le parti;
- rilevanza sociale ed economica;
- frequente incidenza su diritti semidisponibili (si pensi all'articolo 2113 c.c.).

L'esperienza applicativa dimostrò l'efficacia di tale opzione, anche grazie al ruolo attivo dei giudici del lavoro nel sollevare questioni di legittimità costituzionale di grande rilievo.

Sistema di preclusioni rigide e anticipate

La seconda grande innovazione fu l'introduzione di un sistema di preclusioni rigide e anticipate, in un'epoca in cui il rito ordinario non conosceva ancora un analogo sistema. All'epoca, nel processo ordinario le parti potevano modificare domande ed eccezioni lungo l'intero corso del giudizio, anche in appello. Il rito del lavoro introdusse invece un modello accelerato e fortemente strutturato, che oggi appare familiare, ma che nel 1973 rappresentava una svolta radicale.

Ambito applicativo del rito del lavoro (art. 409 c.p.c.) L'articolo 409 c.p.c. individua le controversie soggette al rito del lavoro.

1. Rapporti di lavoro subordinato privato: Rientrano tutte le controversie relative a rapporti di lavoro subordinato privato, ai sensi dell'articolo 2094 c.c., indipendentemente:
 - dalla qualifica del lavoratore;
 - dalla fonte del diritto azionato;
 - dalla fase del rapporto (inizio, svolgimento o cessazione).

La nozione è da interpretare in senso ampio.

2. Rapporti agrari: Sono inclusi i rapporti di mezzadria, colonia parziaria, compartecipazione agraria e affitto a coltivatore diretto, salvo la competenza delle sezioni specializzate agrarie.

3. Rapporti di collaborazione coordinata e continuativa: Particolarmente rilevante è il numero 3, che include i rapporti di collaborazione continuativa, coordinata e prevalentemente personale, anche non subordinati. I requisiti sono:

- continuità;
- coordinamento;
- prevalente personalità della prestazione.

La giurisprudenza ha interpretato estensivamente tale disposizione, includendo numerose figure di lavoro parasubordinato.

4. e 5) Pubblico impiego privatizzato

Rientrano anche le controversie relative al pubblico impiego privatizzato, salvo eccezioni specifiche.

Ulteriori ambiti di applicazione

Rientrano nel rito del lavoro anche:

- le controversie sindacali ex articolo 28 della legge n. 300 del 1970;
- le controversie previdenziali e assistenziali ex articolo 442 c.p.c.;
- i procedimenti di accertamento tecnico preventivo obbligatorio ex articolo 445-bis c.p.c.

Questioni di rito e mutamento del rito

Il processo del lavoro si apre con ricorso e presenta una disciplina autonoma, con preclusioni anticipate e modalità difensive specifiche.

Il legislatore ha disciplinato espressamente l'errore di rito agli articoli 426, 427 e 439 c.p.c.:

- articolo 426: passaggio dal rito ordinario al rito lavoro;
- articolo 427: passaggio dal rito lavoro al rito ordinario;
- articolo 439: errore rilevato in appello.

In tutti i casi, il giudice dispone con ordinanza il mutamento del rito. L'errore di rito non determina nullità del processo, ma comporta esclusivamente l'adeguamento del procedimento alla disciplina corretta, in coerenza con il principio di strumentalità delle forme e con l'esigenza di garantire la tutela effettiva dei diritti senza sacrificare la stabilità del processo.

Articolo 426 c.p.c. Il giudice, quando rileva che una causa promossa nelle forme ordinarie riguarda uno dei rapporti previsti dall'articolo 409 c.p.c., fissa con ordinanza l'udienza prevista dall'articolo 420 c.p.c., stabilendo un termine perentorio entro il quale le parti devono provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante memorie e documenti. All'udienza così fissata, il giudice procede secondo le norme del rito del lavoro.

Articolo 427 c.p.c.

Il giudice, quando rileva che una causa promossa nelle forme del rito lavoro riguarda un rapporto diverso da quelli previsti dall'articolo 409 c.p.c., se la causa rientra nella sua competenza, dispone che gli atti siano messi in regola con le norme tributarie. Se invece non è competente, rimette la causa con ordinanza al giudice competente, fissando un termine perentorio non superiore a trenta giorni per la riassunzione con il rito ordinario. In tal caso, le prove già acquisite nel rito speciale conservano l'efficacia consentita dalle norme ordinarie.

Articolo 439 c.p.c.

La Corte d'Appello, qualora ritenga che il procedimento di primo grado non si sia svolto secondo il rito prescritto, procede secondo le disposizioni di cui agli articoli 426 e 427 c.p.c.

Osservazioni

1. L'errore di rito non invalida la domanda giudiziale.

Il rito non costituisce requisito di validità della domanda. Quando il giudice rileva l'errore, non

dichiara la nullità del processo, ma dispone il mutamento del rito con ordinanza. Il processo, quindi, può proseguire anche se introdotto secondo un rito errato.

2. Gli atti processuali già compiuti restano validi.

Il mutamento del rito non comporta l'annullamento degli atti già compiuti. Il giudice può richiedere eventuali integrazioni, ma gli atti già formati nel rispetto del rito erroneamente seguito conservano efficacia.

3. Il passaggio di rito non è indolore.

I due riti non sono perfettamente sovrapponibili. Le preclusioni del rito del lavoro sono anticipate rispetto a quelle del rito ordinario; vi sono differenze anche sotto il profilo fiscale. Pertanto, possono rendersi necessarie attività integrative per adeguare il processo al rito corretto.

4. Il mutamento di rito avviene con ordinanza.

L'ordinanza rientra nel regime di cui all'articolo 177, comma 1, e all'articolo 279, comma 4, c.p.c.:

- non può pregiudicare il merito della causa;
- è revocabile e modificabile dal giudice.

La valutazione del rito corretto

La qualificazione della controversia avviene sulla base della prospettazione dell'attore, cioè in relazione all'oggetto della domanda. Tuttavia, il giudice non è vincolato alla qualificazione proposta dalla parte.

Ad esempio, l'attore può allegare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato. Il giudice, anche all'esito dell'interrogatorio libero delle parti previsto nel rito del lavoro, può invece ritenere che si tratti di una collaborazione autonoma non riconducibile all'articolo 409 c.p.c. In tal caso, dispone il mutamento del rito. Occorre però precisare che l'ordinanza di mutamento di rito non pregiudica il merito. Non si esclude, pertanto, che il giudice possa modificare la propria valutazione anche in una fase successiva del processo, eventualmente all'esito dell'istruttoria.

Problemi applicativi

Poiché i due riti non sono perfettamente allineati, un eventuale mutamento reiterato renderebbe il processo difficilmente gestibile. La dottrina ritiene opportuno che il giudice provveda già alla prima udienza; tuttavia, non si può escludere che la decisione intervenga in una fase più avanzata, quando il quadro fattuale sia più chiaro. In ogni caso, il potere di disporre il mutamento è esercitato d'ufficio: le parti non possono vincolare il giudice.

Cumulo di domande soggette a riti diversi

Nel caso in cui siano cumulate domande soggette a riti differenti, l'articolo 40 c.p.c. consente, in presenza di un legame particolarmente intenso (ad esempio per pregiudizialità-dipendenza), di applicare il rito del lavoro a tutte le domande, anche a quelle che, isolatamente considerate, sarebbero soggette al rito ordinario. È tuttavia necessario che la connessione tra le domande sia particolarmente forte.

Disciplina del processo del lavoro

Il processo del lavoro è regolato dagli articoli 414 e seguenti c.p.c. Esso si apre con ricorso, scelta coerente con i principi di concentrazione e immediatezza che lo caratterizzano. La prima udienza rappresenta il fulcro dell'intero procedimento.

La forma introduttiva: il ricorso

L'attore deve, nel ricorso:

- determinare l'oggetto della domanda;

- esporre i fatti;
- indicare gli elementi di diritto;
- formulare le conclusioni;
- indicare i mezzi di prova e produrre i documenti.

Dalla lettura coordinata degli articoli 414 e 420 c.p.c. emerge che all'atto introduttivo sono collegate preclusioni istruttorie. L'articolo 420, comma quinto, prevede infatti che il giudice possa ammettere solo i mezzi di prova già proposti dalle parti o quelli che le parti non abbiano potuto proporre prima, qualora li ritenga rilevanti. Ne deriva che l'indicazione dei mezzi istruttori nel ricorso non costituisce mera facoltà, ma onere soggetto a preclusione. Il ricorso, ai sensi dell'articolo 415 c.p.c., è depositato presso il giudice, che con decreto fissa l'udienza di discussione.

La costituzione del convenuto

Il convenuto deve costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza mediante deposito di memoria difensiva, nella quale deve proporre:

- eventuali domande riconvenzionali;
- eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio;
- chiamata di terzi;
- richieste istruttorie.

Anche per il convenuto si tratta di preclusioni e non di semplici facoltà. Le parti devono dunque formulare le richieste istruttorie prima di conoscere con precisione il contenuto delle contestazioni avversarie. Questa impostazione si fonda sul principio di eventualità, ritenuto compatibile con la tipicità delle controversie di lavoro.

La prima udienza

La prima udienza è incentrata sull'interrogatorio libero delle parti, che è obbligatorio. Attraverso tale attività si definiscono:

- il *thema decidendum*;
- il *thema probandum*.

Le preclusioni sono temperate dalla possibilità, previa autorizzazione del giudice, di modificare domande e conclusioni e di richiedere nuovi mezzi di prova. Ulteriore temperamento è rappresentato dall'articolo 421 c.p.c., che attribuisce al giudice del lavoro ampi poteri istruttori d'ufficio, anche oltre i limiti previsti nel processo ordinario e, in parte, anche rispetto alle regole codistiche sostanziali. Tali poteri sono giustificati dalla natura semi-disponibile delle situazioni giuridiche coinvolte e dall'esigenza di avvicinare l'accertamento giudiziale alla verità materiale.

La fase decisoria

L'articolo 429 c.p.c. prevede che il giudice pronunci sentenza in udienza, dando lettura del dispositivo e delle motivazioni in diritto. Il rito del lavoro conosce, dunque, un unico modello decisorio: quello orale.

La sentenza di condanna pronunciata a favore del lavoratore è provvisoriamente esecutiva. Tale regola era già prevista prima dell'introduzione, con la riforma del 1990, del principio generale di esecutività della sentenza di primo grado di cui all'articolo 282 c.p.c. Si tratta di una scelta coerente con la finalità di assicurare tutela effettiva e tempestiva a posizioni giuridiche caratterizzate da particolare rilevanza sociale.

La forma della domanda giudiziale

La forma della domanda giudiziale nel processo del lavoro è disciplinata dall'articolo 414 c.p.c. Il procedimento si apre con ricorso.

Il processo si instaura, dunque, mediante un ricorso che deve essere dapprima depositato presso il giudice e successivamente portato nella sfera di conoscibilità del convenuto, quale destinatario dell'atto.

Tale impostazione si giustifica alla luce della struttura del rito del lavoro, che anticipa agli atti introduttivi una serie di oneri e preclusioni particolarmente incisive. La prima udienza assume un ruolo centrale e deve essere effettiva, cioè idonea a consentire lo svolgimento delle numerose attività previste, tra cui l'interrogatorio libero obbligatorio delle parti. Ne deriva la scelta di affidare al giudice la fissazione della data dell'udienza, in modo che essa sia compatibile con le esigenze di concentrazione e immediatezza proprie del rito.

Contenuto del ricorso

Il ricorso deve contenere gli elementi della *edictio actionis*, cioè dell'esercizio del diritto di azione. Quanto alla *vocatio in ius*, essa si limita all'identificazione del convenuto, dovendosi attendere il decreto del giudice per la fissazione dell'udienza.

Il ricorso deve indicare:

1. L'indicazione del giudice adito.
2. L'indicazione delle parti. Il decreto correttivo ha aggiornato tale previsione in relazione al processo telematico.
3. La determinazione dell'oggetto della domanda (*petitum*), ossia il bene della vita richiesto.
4. L'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si fonda la domanda, con le relative conclusioni. Si tratta della causa *petendi*, cioè dei fatti costitutivi posti a fondamento della pretesa.

Sebbene la norma non lo espliciti, l'indicazione dei fatti costitutivi deve ritenersi soggetta a decadenza. Ciò si desume dal coordinamento con l'articolo 420, primo comma, c.p.c., che consente la modifica di domande, eccezioni e conclusioni solo per gravi motivi e previa autorizzazione del giudice.

La modifica può riguardare:

- allegazione di fatti costitutivi alternativi o concorrenti;
- riqualificazione giuridica della fattispecie.

Tuttavia, tali attività sono ammesse in udienza solo in presenza di gravi motivi e con autorizzazione giudiziale. Ne deriva che l'articolo 414, n. 4, deve essere interpretato in modo rigoroso: le allegazioni ivi previste sono soggette a preclusione.

5. L'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi, in particolare dei documenti offerti in comunicazione.

Le richieste istruttorie comprendono:

- prove precostituite (documenti);
- prove costituende (ad esempio, prova testimoniale).

Per i documenti, la produzione deve avvenire contestualmente alla richiesta di acquisizione. Anche questa indicazione deve ritenersi soggetta a decadenza. L'articolo 420, quinto comma, c.p.c. stabilisce infatti che il giudice ammette i mezzi di prova già proposti dalle parti e quelli che non abbiano potuto proporre prima, se ritenuti rilevanti. La possibilità di nuove richieste istruttorie in udienza è quindi subordinata:

1. all'impossibilità di proporle anteriormente;
2. all'autorizzazione del giudice.

Parità tra attore e convenuto

Questa disciplina è coerente con il principio di parità delle parti. L'articolo 416, terzo comma, c.p.c. impone infatti al convenuto di indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova e i documenti, da produrre contestualmente. Entrambe le parti sono dunque tenute a formulare le richieste istruttorie prima di conoscere compiutamente la posizione della controparte. Si applica il principio di eventualità: le richieste devono essere formulate immediatamente, a pena di decadenza, anche prima che sia definito il quadro delle contestazioni. Questa anticipazione è ritenuta compatibile con il diritto di

azione e di difesa, poiché le controversie di lavoro presentano una tipicità che consente alle parti di prevedere le questioni rilevanti.

Deposito e fissazione dell'udienza (art. 415 c.p.c.)

Il ricorso è depositato presso il giudice, unitamente ai documenti indicati. Entro cinque giorni dal deposito, il giudice, con decreto:

- fissa la data dell'udienza di discussione;
- dispone la comparizione personale delle parti.

Tra il deposito del ricorso e l'udienza non devono trascorrere più di sessanta giorni. Il ricorso e il decreto devono essere notificati al convenuto, a cura dell'attore, entro dieci giorni dall'emanazione del decreto.

Tra la notificazione e l'udienza deve intercorrere:

- un termine minimo di trenta giorni;
- quaranta giorni se la notificazione avviene all'estero.

Costituzione del convenuto (art. 416 c.p.c.)

Il convenuto deve costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza mediante deposito di memoria difensiva. In tale memoria devono essere proposte, a pena di decadenza:

- le domande riconvenzionali;
- le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio;
- le richieste istruttorie;
- l'eventuale chiamata di terzi.

Domanda riconvenzionale (art. 418 c.p.c.)

La disciplina della domanda riconvenzionale nel rito del lavoro è peculiare. Il convenuto che proponga domanda riconvenzionale deve, a pena di decadenza, chiedere al giudice la modifica del decreto di fissazione dell'udienza, affinché sia stabilita una nuova data. Il giudice, entro cinque giorni, emette un nuovo decreto. Tra la proposizione della domanda riconvenzionale e l'udienza non devono intercorrere più di cinquanta giorni. Il nuovo decreto e la memoria contenente la riconvenzionale devono essere notificati all'attore a cura dell'ufficio entro dieci giorni dalla pronuncia del decreto. Tra la notificazione e l'udienza deve intercorrere un termine non inferiore a venticinque giorni. Sebbene la norma non lo preveda espressamente, secondo prassi consolidata l'attore deve esercitare, a pena di decadenza, i propri poteri difensivi rispetto alla riconvenzionale mediante memoria da depositare almeno dieci giorni prima della nuova udienza. Tali poteri comprendono:

- eccezioni di rito e di merito non rilevabili d'ufficio;
- richieste istruttorie.

La disciplina della memoria difensiva del convenuto contenente riconvenzionale risulta dunque sostanzialmente analoga a quella del ricorso introduttivo dell'attore, con termini più brevi (venticinque giorni invece di trenta).

Passiamo ora all'articolo 416, terzo comma, c.p.c., il quale prevede che il convenuto debba prendere posizione in maniera precisa e non limitata a una generica contestazione sui fatti allegati dall'attore a fondamento della domanda. Egli deve inoltre proporre tutte le proprie difese in fatto e in diritto, indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova di cui intende avvalersi e depositare contestualmente i documenti. Anche la contestazione specifica dei fatti allegati dall'attore deve considerarsi un'attività soggetta a decadenza, pur in assenza di un'espressa previsione in tal senso. Se infatti il convenuto effettuasse la contestazione tardivamente, ad esempio direttamente in udienza, si troverebbe in un momento in cui le preclusioni istruttorie sono già maturate. Ne conseguirebbe

l'impossibilità di articolare prove contrarie, con la conseguenza che la contestazione, pur formalmente proposta, risulterebbe priva di utilità concreta. Il potere di contestazione esercitato tardivamente si svuota, dunque, di effettività. Questa struttura dimostra chiaramente come, nel processo del lavoro, le principali attività processuali, tanto dell'attore quanto del convenuto, debbano concentrarsi negli atti introduttivi, ossia nel ricorso e nella memoria difensiva. L'architettura del rito è costruita su un sistema di preclusioni rigide e anticipate, funzionale alla concentrazione e alla rapidità del giudizio.

L'articolo 420 c.p.c. prevede alcune limitate aperture, ma si tratta di eccezioni circoscritte. Le domande, le eccezioni e le conclusioni già formulate possono essere modificate in udienza soltanto in presenza di gravi motivi e previa autorizzazione del giudice. Parimenti, nuovi mezzi di prova e nuovi documenti possono essere ammessi solo se la parte dimostra di non aver potuto produrli prima. Il principio che si ricava è chiaro: tutte le attività difensive e istruttorie devono essere espletate tempestivamente negli atti introduttivi; l'udienza non è un luogo di integrazione ordinaria, ma uno spazio residuale e controllato.

Tuttavia, il processo del lavoro ha ad oggetto situazioni giuridiche semidisponibili, e ciò impone alcuni temperamenti al rigore delle preclusioni, al fine di orientare il giudizio verso l'accertamento della verità sostanziale e non soltanto formale. Il primo temperamento è rappresentato dall'interrogatorio libero delle parti, obbligatorio nella prima udienza ai sensi dell'articolo 420 c.p.c. In tale sede il giudice interroga liberamente le parti presenti, tenta la conciliazione della lite e può formulare una proposta transattiva o conciliativa. La presenza personale delle parti è obbligatoria; l'eventuale mancata comparizione ingiustificata o il rifiuto immotivato della proposta conciliativa possono costituire argomenti di prova ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c. Si tratta di fatti secondari, che non integrano direttamente il fatto costitutivo o impeditivo, ma che possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice. In caso di conciliazione, il relativo verbale costituisce titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 474, n. 1, c.p.c. L'interrogatorio libero assolve, dunque, a una duplice funzione: da un lato, favorire la composizione bonaria della controversia; dall'altro, mettere a fuoco il *thema decidendum* e il *thema probandum*. È in questa fase che si applica pienamente il principio di non contestazione, poiché il giudice sollecita le parti a prendere posizione in modo chiaro sui fatti allegati dalla controparte. Spesso gli atti introduttivi risultano generici o eccessivamente prolissi; il giudice, in udienza, è chiamato a eliminare il superfluo e a individuare le effettive questioni controverse, secondo una logica di concentrazione e chiarezza del processo. Un ulteriore e decisivo temperamento è costituito dagli ampi poteri istruttori attribuiti al giudice del lavoro. A differenza del rito ordinario, nel quale domina il principio dispositivo in materia di prova (art. 115 c.p.c.), nel rito del lavoro l'articolo 421, secondo comma, c.p.c. consente al giudice di disporre d'ufficio l'ammissione di qualsiasi mezzo di prova, in qualunque momento, anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile. Ciò significa, ad esempio, che il giudice non è vincolato ai limiti oggettivi alla prova testimoniale previsti dagli articoli 2721 e seguenti del codice civile.

Anche nel giudizio di appello, l'articolo 437, secondo comma, c.p.c. consente l'ammissione di nuove prove qualora il collegio le ritenga indispensabili ai fini della decisione, anche d'ufficio. Per mezzo di prova indispensabile deve intendersi quello che consente al giudice di evitare l'applicazione della regola formale di giudizio di cui all'articolo 2697 c.c., secondo la quale, in caso di dubbio, il fatto si considera non provato. Questa impostazione si contrappone alla disciplina dell'articolo 345 c.p.c. nel rito ordinario, che prevede un divieto molto più rigoroso di nuove prove in appello.

Quanto ai poteri che residuano in udienza nonostante le preclusioni, occorre precisare che l'attore può esercitare in quella sede i poteri consequenziali rispetto alle difese contenute nella memoria del convenuto. Le modifiche di domande, eccezioni e conclusioni restano possibili solo con autorizzazione del giudice e in presenza di gravi motivi. Inoltre, le parti possono esercitare poteri istruttori consequenziali rispetto a quelli attivati dal giudice d'ufficio, in ossequio al principio del contraddittorio. Le eccezioni rilevabili d'ufficio possono essere sollevate dalle parti fino all'interrogatorio libero e dal giudice anche successivamente; rispetto a tali eccezioni, le parti conservano la possibilità di esercitare i poteri difensivi consequenziali. Ne risulta un sistema nel quale la rigidità delle preclusioni è bilanciata da

strumenti che consentono al giudice di non arrestarsi dinanzi a meri ostacoli formali, garantendo una tutela effettiva e sostanziale dei diritti coinvolti, in coerenza con la natura e la funzione del rito del lavoro. L'articolo 420 del codice di procedura civile prevede alcune aperture limitate che consentono l'esercizio di determinati poteri direttamente in udienza, ma solo in presenza di gravi motivi e previa autorizzazione del giudice. In particolare, le domande, le eccezioni e le conclusioni che siano già state formulate negli atti introduttivi possono essere modificate nel corso dell'udienza soltanto se sussistono gravi motivi e con il consenso del giudice, mentre nuovi mezzi di prova e nuovi documenti possono essere ammessi esclusivamente quando la parte dimostri di non aver potuto produrli prima per causa a sé non imputabile. Ne deriva un principio piuttosto netto: tutte le attività difensive e istruttorie dovrebbero essere svolte già nel ricorso e nella memoria difensiva, perché il sistema è costruito per concentrare in quella fase l'intero apparato allegatorio e probatorio.

Tuttavia l'ordinamento ha introdotto alcuni temperamenti a questa rigidità, tenendo conto del fatto che il processo del lavoro ha ad oggetto situazioni giuridiche semidisponibili. Proprio per questa ragione esso tende all'accertamento della verità sostanziale e non soltanto formale, evitando che la decisione si fondi esclusivamente sul meccanismo delle preclusioni processuali. Il primo temperamento è rappresentato dall'interrogatorio libero delle parti, che deve svolgersi obbligatoriamente nella prima udienza ai sensi dell'articolo 420 c.p.c. In tale sede il giudice interroga liberamente le parti presenti, tenta la conciliazione della lite e formula una proposta conciliativa o transattiva. La presenza personale delle parti è obbligatoria e l'eventuale mancata comparizione ingiustificata o il rifiuto immotivato della proposta del giudice possono costituire argomenti di prova ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c., trattandosi di fatti secondari che non incidono direttamente sull'oggetto della causa ma che possono concorrere alla formazione del convincimento del giudice. Se la conciliazione riesce, il verbale ha efficacia di titolo esecutivo ai sensi dell'articolo 474, numero 1, c.p.c. La funzione dell'interrogatorio libero è quella di creare un primo contatto diretto tra giudice e parti e soprattutto di mettere a fuoco il *thema decidendum*, cioè l'oggetto della domanda, e il *thema probandum*, ossia i fatti che devono essere provati. In questa fase trova piena applicazione il principio di non contestazione, poiché il giudice sollecita ciascuna parte a prendere posizione in modo chiaro sui fatti allegati dall'altra. Spesso gli atti introduttivi, in particolare la memoria difensiva del convenuto, sono redatti in maniera generica o eccessivamente ampia e includono fatti che in realtà non sono controversi; il giudice, quindi, è chiamato a eliminare il superfluo e l'inutile, per usare l'espressione di Piero Calamandrei nella relazione al codice del 1942, individuando con precisione le questioni realmente controverse. Un ulteriore temperamento riguarda i poteri istruttori del giudice del lavoro. A differenza del rito ordinario, nel quale opera il principio della disponibilità delle prove sancito dall'articolo 115 c.p.c., nel rito del lavoro il giudice può disporre d'ufficio l'ammissione di qualsiasi mezzo di prova in qualunque momento e anche al di fuori dei limiti stabiliti dal codice civile, ai sensi dell'articolo 421, secondo comma, c.p.c. Ciò comporta, ad esempio, che egli non sia vincolato ai limiti oggettivi alla prova testimoniale previsti dagli articoli 2721 e seguenti del codice civile. Anche nel giudizio di appello, l'articolo 437, secondo comma, c.p.c. consente l'ammissione di nuove prove, anche d'ufficio, purché il collegio le ritenga indispensabili ai fini della decisione. Per mezzo di prova indispensabile si intende quello che consente al giudice di evitare l'applicazione della regola formale dell'articolo 2697 c.c., secondo cui, in caso di dubbio, il fatto deve considerarsi non provato e quindi inesistente. Questa impostazione si contrappone alla disciplina del rito ordinario, nella quale l'articolo 345 c.p.c. prevede un divieto molto più rigoroso di introdurre nuove prove e nuovi documenti in appello. Restano tuttavia delimitati i poteri che possono essere esercitati oltre le preclusioni. In udienza l'attore può esercitare solo i poteri che siano consequenziali rispetto alla memoria difensiva del convenuto; le modifiche di domande, eccezioni e conclusioni sono ammesse soltanto con autorizzazione del giudice e in presenza di gravi motivi; le parti possono inoltre esercitare poteri istruttori consequenziali rispetto a quelli esercitati d'ufficio dal giudice, in ossequio al principio del contraddittorio. Quanto alle eccezioni rilevabili d'ufficio, esse possono essere sollevate dalle parti fino all'interrogatorio libero, mentre il giudice può rilevarle anche successivamente, e rispetto a tali eccezioni le parti mantengono la possibilità di reagire esercitando i poteri consequenziali previsti dal sistema. La fase decisoria del rito del lavoro, disciplinata dall'articolo 429 del codice di procedura civile, si caratterizza per una struttura rigidamente orale. Il giudice può decidere la causa già alla prima udienza, qualora la ritenga matura, oppure dopo aver assunto

le prove, che possono essere raccolte anche nel corso della stessa udienza. Quando la causa è pronta per la decisione, il giudice invita le parti a precisare le conclusioni e può pronunciare immediatamente la sentenza, dando lettura sia del dispositivo sia delle motivazioni, cioè delle ragioni di fatto e di diritto che sorreggono la decisione. Solo nei casi di particolare complessità egli può limitarsi a indicare nel dispositivo un termine per il deposito della sentenza, che non può superare i sessanta giorni, e in tal caso il cancelliere ne dà comunicazione alle parti ai sensi dell'articolo 430 c.p.c. L'articolo 431 c.p.c. prevede che le sentenze favorevoli al lavoratore per crediti rientranti nell'ambito dell'articolo 409 siano provvisoriamente esecutive ex lege, senza bisogno di una specifica istanza e indipendentemente dalla qualifica o dalla condizione economica del lavoratore. Nel sistema originario, il giudice leggeva in udienza il solo dispositivo e il lavoratore poteva iniziare l'esecuzione sulla base di quella lettura, senza attendere il deposito della motivazione completa. Oggi questa previsione ha una portata più limitata, perché la regola generale è che il giudice pronunci sentenza in udienza leggendo dispositivo e motivazione. Essa conserva rilievo soltanto nei casi, ormai rari, in cui il giudice legga in udienza il dispositivo e una sintetica esposizione delle ragioni, riservandosi di depositare la sentenza nei sessanta giorni successivi; in tale ipotesi il lavoratore può comunque avviare il processo esecutivo sulla base del verbale contenente il dispositivo e gli elementi essenziali della decisione.

Questa disciplina si coordina oggi con l'articolo 282 c.p.c., che stabilisce la provvisoria esecutività di tutte le sentenze di condanna di primo grado. Ne consegue che anche la sentenza favorevole al datore di lavoro è provvisoriamente esecutiva, ma ciò non comporta l'applicazione del secondo comma dell'articolo 431, che resta specificamente riferito alla tutela del lavoratore.

Particolarmente significativa è la previsione contenuta nel terzo comma dell'articolo 429, secondo cui il giudice, quando pronuncia condanna al pagamento di somme di denaro per crediti di lavoro, deve liquidare non solo gli interessi nella misura legale, ma anche il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore a causa della diminuzione di valore del credito, con decorrenza dal giorno di maturazione del diritto. Questa disposizione presenta una duplice natura, sostanziale e processuale. Sotto il profilo sostanziale, afferma che il lavoratore ha diritto, oltre al capitale e agli interessi legali, anche al maggior danno da svalutazione monetaria. Sotto il profilo processuale, impone al giudice l'obbligo di includere tali accessori nella condanna. Si tratta di crediti che, sul piano teorico, sono qualificati come crediti di valuta, composti da capitale, interessi e maggior danno, elementi che in linea di principio costituiscono situazioni giuridiche distinte e non un credito unitario come accade, ad esempio, nel credito risarcitorio. Secondo una parte della dottrina questi crediti vengono trasformati in crediti di valore, mentre secondo altra impostazione restano crediti di valuta ai quali tuttavia si applicano le regole proprie del credito di valore. In ogni caso, la norma amplia sensibilmente i poteri del giudice del lavoro rispetto al giudice ordinario.

L'obbligo di condannare al pagamento del maggior danno da svalutazione monetaria è particolarmente incisivo, perché il giudice può provvedere anche d'ufficio, senza che il lavoratore lo abbia espressamente richiesto, e senza che sia necessaria la prova concreta della svalutazione. La svalutazione monetaria è infatti considerata un fatto notorio ai sensi dell'articolo 115 c.p.c., ossia un fatto che appartiene alla comune esperienza della collettività e che può essere posto a fondamento della decisione senza bisogno di prova, in deroga al divieto di utilizzare la scienza privata del giudice. Il lavoratore è quindi esonerato dall'onere di allegare e dimostrare il danno da svalutazione, così come al datore di lavoro non è consentito provare che tale danno non sussista. Si configura, dunque, una presunzione iuris et de iure, una presunzione assoluta che non ammette prova contraria e che impone al giudice di liquidare il maggior danno senza alcuna indagine ulteriore. Anche questa previsione contribuisce a delineare la fisionomia del processo del lavoro e l'ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice in funzione di una tutela effettiva del credito del lavoratore. Infine, l'articolo 432 stabilisce che, quando il giudice accerta l'esistenza del diritto ma non riesce a determinarne con precisione l'ammontare, può procedere a liquidazione equitativa. Si richiama così un criterio già previsto dall'articolo 1226 del codice civile in materia di responsabilità contrattuale e dall'articolo 2056 in materia di responsabilità extracontrattuale, consentendo al giudice di determinare l'importo secondo equità quando la quantificazione rigorosa non sia possibile.

Il rito del lavoro, in sostanza, non si limita a decidere, ma si preoccupa di rendere la decisione effettiva e concretamente utile. Una specie di processo che non si accontenta di avere ragione in teoria. E, nel nostro ordinamento, non è esattamente la regola.

Il contenuto delle sentenze: la tutela di mero accertamento

Entriamo nel merito del contenuto delle sentenze nel processo a cognizione piena, perché non basta andare in giudizio, bisogna anche capire che tipo di tutela si sta chiedendo. Le forme di tutela che il giudice può rilasciare sono tre: la tutela di mero accertamento, la tutela di condanna e la tutela costitutiva. È l'attore che, nell'atto introduttivo, sia esso citazione o ricorso, deve indicare quale tutela richiede, cioè il cosiddetto *petitum processuale* o *petitum immediato*. Non si va dal giudice dicendo "vediamo cosa succede", si deve dire esattamente che tipo di provvedimento si vuole ottenere. La tutela di mero accertamento, o tutela dichiarativa, è la forma più "sobria" tra le tre. Con essa l'attore chiede al giudice di accertare l'esistenza, l'inesistenza o le modalità di una determinata situazione giuridica di cui afferma di essere titolare. È una tutela che non impone un facere, non ordina una trasformazione della realtà giuridica, ma elimina un'incertezza. In realtà, il mero accertamento costituisce il nucleo essenziale di ogni sentenza, perché qualunque decisione del giudice contiene comunque un momento di accertamento. Anche quando il giudice emette una sentenza di condanna o una sentenza costitutiva, prima di tutto accerta che il diritto esiste. E persino la sentenza di rigetto è, in fondo, una sentenza di mero accertamento negativo, perché accerta che il diritto fatto valere non sussiste.

La funzione tipica della tutela di mero accertamento è dunque quella di risolvere una situazione di incertezza giuridica, che nasce dalla contestazione tra le parti sull'esistenza o sulla qualificazione di una situazione giuridicamente rilevante. Il presupposto naturale è proprio questa incertezza: qualcuno afferma l'esistenza di un diritto, qualcun altro lo nega, e si chiede al giudice di stabilire chi ha ragione. Più avanti si potrà discutere se questa tutela possa operare anche in presenza di una vera e propria violazione della norma sostanziale e non soltanto di una contestazione, ma il suo terreno tipico resta quello dell'incertezza.

L'ordinamento conosce diverse norme che prevedono espressamente sentenze di mero accertamento. Un esempio classico è l'articolo 949 del codice civile, che disciplina l'azione negatoria nell'ambito della difesa della proprietà. Si tratta della cosiddetta *actio negatoria servitutis*. La norma prevede che il proprietario possa agire per far dichiarare l'inesistenza di diritti affermati da altri sulla cosa, quando abbia motivo di temerne pregiudizio. L'ipotesi tipica è quella della servitù: il proprietario di un fondo contiguo sostiene di essere titolare di una servitù sul fondo altrui, e il proprietario del fondo che subirebbe la servitù può rivolgersi al giudice per ottenere una sentenza che accerti la non esistenza di quel diritto. Si tratta di un'azione di mero accertamento negativo, che mira esclusivamente a far dichiarare che il diritto vantato dall'altro non esiste. La stessa disposizione, però, al secondo comma contempla una situazione diversa, in cui non ci si trova più soltanto di fronte a parole, ma a comportamenti concreti. Se il soggetto che afferma di avere la servitù inizia effettivamente a esercitarla, compiendo atti di molestia o turbativa, allora non è più sufficiente l'accertamento: diventa necessaria una tutela di condanna. In questo caso il proprietario può chiedere la cessazione delle turbative e il risarcimento del danno. Si passa così da una tutela meramente dichiarativa a una tutela più incisiva, che incide sul comportamento della controparte.

Speculare rispetto all'articolo 949 è l'articolo 1079 del codice civile, che disciplina l'azione confessoria, cioè l'*actio confessoria servitutis*. Qui la prospettiva è rovesciata: è il titolare del fondo dominante che chiede al giudice di accertare l'esistenza della servitù contro chi ne contesta l'esercizio. Anche in questo caso il nucleo è un accertamento, ma la norma consente altresì di chiedere la cessazione degli impedimenti, il ripristino dello stato dei luoghi e il risarcimento del danno, quando vi sia stata una violazione concreta. Ancora una volta, l'accertamento può convivere con una tutela di condanna quando la lesione non è solo teorica ma reale. Un'ulteriore previsione si trova nell'articolo 1012 del codice civile, in materia di usufrutto. La norma riconosce all'usufruttuario la legittimazione ad agire per far riconoscere l'esistenza di servitù a favore del fondo oppure l'inesistenza di servitù che si pretende di esercitare sul fondo stesso. In tali casi l'usufruttuario deve chiamare in giudizio il proprietario e viene considerato un

legittimato straordinario ai sensi dell'articolo 81 del codice di procedura civile, perché agisce anche nell'interesse del titolare del diritto di proprietà. Un ambito particolarmente significativo in cui la tutela di mero accertamento è espressamente prevista è quello della trascrizione delle domande giudiziali. Gli articoli 2652 e 2653 del codice civile stabiliscono che le domande aventi ad oggetto diritti reali su beni immobili o mobili registrati possano essere trascritte. La trascrizione serve a rendere opponibili ai terzi gli effetti della domanda e produce un effetto prenotativo, nel senso che la sentenza di accoglimento retroagisce alla data della trascrizione della domanda giudiziale. In questo modo, eventuali atti dispositivi compiuti successivamente non sono opponibili all'attore vittorioso. L'articolo 2653, numero 1, consente espressamente la trascrizione non solo delle domande dirette a rivendicare la proprietà o altri diritti reali di godimento su beni immobili, ma anche delle domande dirette all'accertamento di tali diritti. È un riconoscimento esplicito della rilevanza autonoma delle domande di mero accertamento, non limitate alle servitù ma estese a proprietà e altri diritti reali. Una previsione analoga è contenuta nell'articolo 2691 del codice civile con riferimento ai beni mobili registrati. La tutela di mero accertamento, quindi, non è una figura marginale o teorica, ma rappresenta il fondamento stesso della funzione giurisdizionale: prima di comandare, trasformare o sanzionare, il giudice deve dire cosa è. E a volte, nel diritto, stabilire cosa è basta già a rimettere ordine. Non sempre serve un martello, a volte basta togliere la nebbia.

Domanda di accertamento incidentale

L'articolo 34 del codice di procedura civile disciplina la domanda di accertamento incidentale del rapporto pregiudiziale rispetto al rapporto oggetto della domanda principale. Si tratta di una domanda di mero accertamento che può avere ad oggetto qualsiasi rapporto giuridico che si ponga in rapporto di pregiudizialità rispetto a quello dedotto in giudizio. Il fatto che il legislatore ne preveda espressamente la proponibilità in via incidentale porta a ritenere, senza particolari discussioni, che essa possa essere proposta anche in via principale. Se posso chiedere l'accertamento di un rapporto in via incidentale dentro un processo già pendente, a maggior ragione posso chiederlo direttamente come oggetto autonomo della domanda. **L'articolo 34** conferma così il carattere atipico della tutela di mero accertamento. Non siamo di fronte a una tutela tipizzata e rigidamente delimitata dal legislatore, ma a una forma di tutela che può essere richiesta con riferimento a qualunque situazione giuridicamente rilevante. La tradizione italiana non ha mai messo in dubbio questa atipicità: le norme che prevedono espressamente azioni di accertamento non sono considerate tassative, ma semplicemente esemplificative. Il fatto che molte di esse si trovino nel libro del codice civile dedicato alla proprietà e ai diritti reali è una conseguenza storica. Il nostro ordinamento affonda le proprie radici nel diritto romano, in cui la proprietà rappresentava la situazione giuridica per eccellenza, centralità che si è mantenuta fino allo Statuto Albertino. Solo con la Costituzione repubblicana il baricentro si è spostato verso i diritti fondamentali della persona e le libertà individuali. È naturale, quindi, che nel settore dei diritti reali, oggetto di una lunga stratificazione normativa, si sia sviluppato un ventaglio articolato di forme di tutela, mentre le situazioni "nuove", pur costituzionalmente protette, non dispongono sempre di strumenti altrettanto definiti e spesso richiedono un'opera integrativa della giurisprudenza per garantire l'effettività della tutela.

Se l'atipicità della tutela di mero accertamento non è mai stata seriamente contestata, il vero problema riguarda i limiti di ammissibilità della domanda. Non si tratta di limiti legati al contenuto oggettivo, perché in astratto qualsiasi situazione giuridica può essere oggetto di accertamento, ma di limiti connessi alle condizioni per proporre la domanda. Il primo e più rilevante è l'interesse ad agire, disciplinato dall'articolo 100 del codice di procedura civile. Si tratta di una norma in bianco, che si limita a richiedere l'interesse senza definirlo. È un principio di origine storica, derivato dall'esperienza francese, riassunto nella formula secondo cui senza interesse non c'è azione. L'interesse ad agire è un requisito extrafromale relativo alle parti, che il giudice deve verificare anche d'ufficio e che costituisce una questione pregiudiziale di rito rilevabile in ogni stato e grado del processo. Non assume rilievo in ogni tipo di azione, ma diventa particolarmente centrale proprio nelle domande di mero accertamento, perché questa forma di tutela si presta a un uso potenzialmente vessatorio. È possibile immaginare una domanda

perfettamente fondata nel merito ma priva di una reale utilità pratica, perché manca una crisi di cooperazione. Se nessuno contesta la titolarità di un diritto, chiedere al giudice di accertarlo significherebbe attivare il processo senza una reale esigenza di tutela. Secondo la definizione tradizionale elaborata da Giuseppe Piovenda, l'interesse ad agire sussiste quando la sentenza di accoglimento consente all'attore di evitare un pregiudizio. Questa formula, tuttavia, è stata ritenuta troppo generica da parte della dottrina, in particolare da Proto Pisani, che ha osservato come i concetti di interesse e pregiudizio siano eccessivamente vaghi. Non basta un generico disaccordo o una contestazione superficiale. Occorre una contestazione specifica, ossia l'affermazione, da parte del convenuto, di essere titolare di un diritto che comprime o è incompatibile con quello dell'attore. Solo in presenza di una simile contrapposizione concreta si può parlare di interesse ad agire. Se il convenuto si afferma titolare di un diritto di servitù che incide sul fondo dell'attore, oppure se entrambi rivendicano la proprietà del medesimo bene, esiste una contestazione specifica che giustifica l'intervento del giudice. In assenza di tale compressione o incompatibilità, la domanda di mero accertamento rischia di essere un'azione priva di interesse e quindi inammissibile. Un secondo limite riguarda l'oggetto della domanda. La domanda giudiziale deve avere ad oggetto una situazione giuridica, non un mero fatto storico né una norma giuridica in astratto. Il giudice, quando esamina una domanda, deve individuare la norma applicabile e ricostruire la fattispecie concreta. Se l'oggetto della domanda fosse un fatto isolato o una norma generale, il convenuto non sarebbe in grado di calibrare adeguatamente la propria difesa, perché non sarebbe chiaro quale bene della vita sia effettivamente in gioco. Il diritto di difesa risulterebbe compromesso. Questa distinzione, chiara in teoria, si complica nella pratica quando ci si trova di fronte a fattispecie a formazione progressiva, in cui la situazione giuridica si perfeziona attraverso una serie di elementi che maturano nel tempo. In tali ipotesi si pone il problema della proponibilità della domanda prima che la fattispecie sia completata. Se un imprenditore chiede al giudice di accertare l'assoggettabilità a una nuova norma tributaria prima che l'amministrazione abbia avanzato una pretesa concreta, si deve stabilire se la domanda abbia ad oggetto una situazione giuridica attuale o soltanto un'astratta norma. Analogamente, quando una società sportiva chiede l'accertamento del diritto al risarcimento in pendenza del processo penale necessario per integrare la fattispecie costitutiva, oppure quando si chiede l'accertamento degli effetti di un contratto subordinato a condizione sospensiva non ancora verificatasi, o ancora l'accertamento del TFR in costanza di rapporto di lavoro, ci si muove in una zona grigia. La situazione giuridica non è ancora perfezionata e la domanda rischia di avere ad oggetto un mero fatto costitutivo o un effetto futuro. Un ulteriore problema si pone quando la crisi di cooperazione è già sfociata in una violazione della norma sostanziale e sarebbero maturi i presupposti per una tutela più incisiva, come la condanna, ma l'attore sceglie di proporre soltanto una domanda di mero accertamento. Qui si crea una tensione tra il principio di effettività della tutela e quello di economia processuale. Una sentenza di mero accertamento, in presenza di una violazione, non risolve integralmente la crisi e può rendere necessario un secondo processo per ottenere la condanna, con evidente duplicazione dell'attività giudiziaria. Secondo una concezione privatistica del processo, fondata sul principio dispositivo, l'attore sarebbe libero di chiedere una tutela più limitata. Secondo una concezione pubblicistica, invece, il processo, una volta instaurato, deve tendere alla soluzione completa della controversia in funzione dei valori di effettività ed economia, e dunque l'attore non dovrebbe potersi limitare a una tutela insufficiente rispetto alla crisi sostanziale. Infine, particolare delicatezza presentano le azioni di accertamento negativo. Quando si chiede di accertare la non esistenza di un diritto, l'accoglimento comporta l'accertamento con efficacia di giudicato dell'inesistenza di quel diritto, mentre il rigetto implica l'accertamento della sua esistenza. Il problema diventa ancora più complesso in presenza di diritti autodeterminati, come la proprietà, caratterizzati da una pluralità di possibili fatti costitutivi alternativi. In questi casi l'azione di accertamento negativo può essere utilizzata in modo vessatorio per costringere il convenuto a provare il proprio diritto, anche quando l'attore fonda la domanda su un fatto costitutivo che sa inesistente. Per evitare tale abuso, si torna ancora una volta al filtro dell'interesse ad agire: la domanda di accertamento negativo deve essere fondata sul fatto costitutivo effettivamente posto a base della pretesa del convenuto. Solo così si impedisce che l'azione venga utilizzata come strumento di pressione privo di una reale crisi di cooperazione.

Forme di tutela del giudice

Proseguiamo con le forme di tutela che il giudice civile può concedere e arriviamo a quella che, realisticamente, è la più “muscolare”: la tutela di condanna. Se la tutela di mero accertamento serviva a dirci chi ha ragione quando c’è una contestazione qualificata, quindi una crisi di cooperazione che si ferma all’incertezza, la tutela di condanna entra in scena quando la crisi è più seria, quando non si discute soltanto, ma si viola la norma sostanziale. Qui non basta chiarire, bisogna reagire.

La tutela di condanna è infatti la risposta tipica alla violazione di una regola di condotta imposta dall’ordinamento. Se qualcuno non paga, non consegna, non fa ciò che deve fare, non siamo più nel terreno dell’incertezza ma in quello dell’inadempimento. In queste ipotesi la tutela di condanna rappresenta la forma primaria di tutela prevista dal sistema processuale, perché consente di trasformare l’accertamento del diritto in un comando rivolto al convenuto. Anche la sentenza di condanna, come ogni provvedimento giurisdizionale, contiene necessariamente un accertamento. Il giudice, prima di ordinare alcunché, deve accertare che il diritto esiste. L’accertamento è il nucleo essenziale di ogni sentenza, ma nella condanna non si esaurisce tutto lì. Una volta accertata l’esistenza del diritto fatto valere in giudizio, il giudice compie un passo ulteriore: impedisce un ordine al convenuto. È questo l’elemento che distingue strutturalmente la condanna dal mero accertamento. Affinché il giudice possa emettere una sentenza di condanna, è necessario che l’attore la richieda espressamente. L’articolo 163, numero 3, del codice di procedura civile impone infatti all’attore di indicare nell’atto di citazione il petitum, cioè il provvedimento richiesto al giudice. Se si vuole una condanna, lo si deve dire in modo chiaro. Il giudice non può andare oltre la domanda e non può sostituire d’ufficio una tutela diversa rispetto a quella richiesta, salvo i casi particolari previsti dall’ordinamento.

La struttura della sentenza di condanna si articola dunque in due momenti: prima l’accertamento del diritto, poi l’ordine. Questo ordine ha ad oggetto un obbligo correlato alla situazione giuridica dedotta in giudizio e riconosciuta esistente. Può trattarsi dell’obbligo di pagare una somma di denaro, di consegnare un bene, di fare qualcosa o di non fare qualcosa. In ogni caso, il comando giudiziale si innesta su una violazione già verificatasi o comunque su una mancata cooperazione che ha superato il livello della semplice contestazione. **La vera forza della sentenza di condanna**, però, non sta solo nell’ordine in sé, ma nel fatto che essa costituisce titolo esecutivo. Se il convenuto non si adegua spontaneamente al comando del giudice, l’attore può attivare il processo esecutivo per ottenere coattivamente ciò che gli spetta. Qui il processo civile mostra la sua funzione più concreta: non si limita a dichiarare chi ha ragione, ma mette a disposizione strumenti per realizzare coattivamente il diritto accertato. Si comprende allora perché la tutela di condanna sia considerata la forma centrale e primaria di tutela. L’accertamento elimina l’incertezza, ma la condanna consente di superare l’inadempimento. In un sistema che vuole garantire l’effettività della tutela giurisdizionale, non basta sapere di avere ragione: occorre poter trasformare quella ragione in un risultato concreto. Ed è esattamente questo che la sentenza di condanna rende possibile.

Le utilità della sentenza di condanna

Vediamo ora quali sono le utilità concrete della sentenza di condanna, cioè cosa dà in più rispetto a una semplice sentenza di mero accertamento. Perché accertare è importante, certo, ma quando qualcuno ti deve dei soldi o deve fare qualcosa e non lo fa, quello che ti interessa non è solo sentirti dire che hai ragione. Vuoi che succeda qualcosa nel mondo reale. La prima e fondamentale utilità della sentenza di condanna è che essa costituisce titolo esecutivo. Questo è il suo tratto storico e strutturale distintivo. L’articolo 474 del codice di procedura civile, che apre il terzo libro dedicato al processo esecutivo, inserisce la sentenza tra i titoli esecutivi. È vero che il numero 1 del secondo comma parla genericamente di “sentenza”, ma è pacifico che si tratti della sentenza di condanna, perché solo una decisione che contiene un comando può essere eseguita coattivamente. Grazie alla sentenza di condanna, l’attore non deve iniziare un nuovo processo per ottenere ciò che gli è stato riconosciuto. Se il convenuto non adempie

spontaneamente, può attivare il processo esecutivo e chiedere l'intervento forzato dell'ordinamento, con pignoramenti, espropriazioni o altre forme di esecuzione previste dalla legge. È qui che la tutela diventa effettiva in senso pieno.

Un passaggio decisivo in questa prospettiva è stato **introdotto con la riforma del 1990**. Prima di allora, la sentenza di primo grado non era automaticamente esecutiva. Per poter procedere all'esecuzione occorreva una dichiarazione di provvisoria esecutività da parte del giudice, su istanza di parte e in presenza di specifici presupposti. Il legislatore del 1990, nel tentativo **di rafforzare il ruolo del primo grado e di dare concretezza al principio della ragionevole durata del processo**, ha modificato l'assetto stabilendo **all'articolo 282 c.p.c. che la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti**. Questo significa che, se la sentenza è di condanna, è automaticamente esecutiva. Non occorre una richiesta dell'attore, né un'espressa dichiarazione del giudice. L'efficacia esecutiva è un effetto legale che deriva direttamente dalla pronuncia. L'articolo 337 c.p.c. completa il quadro stabilendo che l'esecuzione della sentenza non è sospesa per effetto dell'impugnazione. In altre parole, proporre appello non blocca automaticamente l'efficacia esecutiva della sentenza di primo grado. Il processo di impugnazione e quello esecutivo possono procedere parallelamente. Il creditore può iniziare o proseguire l'esecuzione anche mentre la sentenza è oggetto di gravame. Naturalmente, l'ordinamento non ignora il rischio che una sentenza poi riformata in appello venga nel frattempo eseguita. Per questo è previsto un meccanismo di raccordo tra giudizio di impugnazione e processo esecutivo. La parte che impugna può chiedere al giudice dell'impugnazione un provvedimento inibitorio, cioè la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza o dell'esecuzione già iniziata. Ma questa sospensione non è automatica: richiede un'istanza di parte e una valutazione discrezionale del giudice dell'impugnazione, che deve verificare la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge. La sentenza di condanna, dunque, non si limita a dichiarare un diritto: lo rende immediatamente spendibile sul piano esecutivo. È questa la sua utilità principale. Senza titolo esecutivo, la tutela resterebbe una promessa. Con il titolo esecutivo, diventa uno strumento operativo. In un processo civile che aspira a essere effettivo, questa non è una differenza secondaria. È la differenza tra avere ragione e poterla far valere davvero.

Le misure coercitive (art. 614-bis c.p.c.)

Accanto all'efficacia esecutiva, occorre considerare le **misure coercitive** previste dall'articolo 614-bis c.p.c. Secondo questa norma, nel provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi **diversi dal pagamento di somme di denaro**, il giudice — salvo che non si tratti di un caso manifestamente inopportuno — può fissare una somma di denaro che il convenuto dovrà versare all'attore per ogni violazione o per ogni ritardo nell'adempimento del comando del giudice. Dunque, **l'esecuzione forzata** (che si fonda sull'efficacia esecutiva del provvedimento di condanna) e le **misure coercitive** rappresentano due strumenti attuativi della sentenza di condanna. Esistono provvedimenti di condanna attuabili solo mediante esecuzione forzata, altri solo tramite misure coercitive, e un nucleo centrale di casi in cui entrambi gli strumenti possono essere utilizzati. L'efficacia esecutiva ex lege (art. 282 c.p.c.) e la possibilità di disporre misure coercitive (art. 614-bis c.p.c.), su istanza di parte e senza automatismi, sono dunque caratteristiche proprie della **sentenza di condanna**, mentre risultano totalmente estranee alla sentenza di mero accertamento.

Iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 2818 c.c.)

Un'altra utilità rilevantissima della sentenza di **condanna** è la **possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale** ai sensi dell'**articolo 2818 del codice civile**. Qui la tutela non si limita a dire "puoi eseguire", ma ti permette di blindare il credito con un diritto reale di garanzia. *Non male, per un foglio di carta firmato da un giudice. L'ipoteca è un diritto reale di garanzia che si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari e si collega a un bene determinato del debitore. La sua forza sta nel fatto che non impedisce*

la circolazione del bene, ma lo segue. Se il debitore vende l'immobile, l'ipoteca rimane e il creditore può agire esecutivamente anche nei confronti del terzo acquirente. È l'eleganza spietata del diritto reale: il bene cambia mano, il peso resta. Il sistema si inserisce nel quadro del principio della *par condicio creditorum* sancito dall'articolo 2741 c.c., secondo cui tutti i creditori hanno diritto a essere soddisfatti sul patrimonio del debitore. Tuttavia, chi è munito di una causa legittima di prelazione, come l'ipoteca, ha diritto di essere soddisfatto con preferenza. In concreto significa che il creditore ipotecario viene pagato prima e, nei limiti del valore del bene, integralmente. Non è solo un vantaggio tecnico, è una posizione di forza. L'articolo 2818 c.c. stabilisce che ogni sentenza che comporta condanna al pagamento di una somma, all'adempimento di altra obbligazione o al risarcimento dei danni da liquidarsi successivamente costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca sui beni del debitore. La formulazione è ampia. La dottrina tradizionale tendeva a circoscriverla alle obbligazioni di pagamento di somme di denaro, consegna, rilascio, fare o disfare. Un'interpretazione più moderna e convincente, però, valorizza il dato letterale e ritiene che l'ipoteca possa essere iscritta anche in presenza di obblighi di astensione collegati a diritti assoluti, come i diritti reali o i diritti della personalità, perché la norma non distingue tra le diverse tipologie di obbligazioni. Se il legislatore non distingue, l'interprete non dovrebbe improvvisarsi più restrittivo del necessario. Quanto alla procedura, l'iscrizione deve essere effettuata dal creditore presso la conservatoria dei registri immobiliari. L'articolo 2838 c.c. impone che sia indicata la somma per la quale l'ipoteca viene iscritta. Se la sentenza ha condannato al pagamento di una somma di denaro, il problema è semplice: si indica l'importo dovuto. Se invece la condanna riguarda un obbligo di consegna, di fare, di non fare o di astensione, il creditore deve determinare lui stesso la somma per cui iscrivere l'ipoteca. È evidente che il creditore sarà tentato di indicare una cifra generosa. Tuttavia, non può trasformare la garanzia in un'arma sproporzionata, **perché l'articolo 2872 c.c. consente al debitore di chiedere la riduzione dell'ipoteca quando l'importo sia eccessivo.** In queste ipotesi l'ipoteca svolge una doppia funzione. Da un lato è garanzia, perché rafforza il credito. Dall'altro ha un effetto chiaramente coercitivo: il debitore, vedendosi gravato l'immobile, è spesso incentivato ad adempire spontaneamente per liberarsi dal vincolo. Non è violenza, è pressione legale ben calibrata. Un aspetto particolarmente interessante è che l'articolo 2818 non richiede che la sentenza sia passata in giudicato né che sia esecutiva per consentire l'iscrizione dell'ipoteca. L'interpretazione preferibile è quindi che qualsiasi sentenza di condanna, anche non definitiva, sia idonea a fondare l'iscrizione. Del resto, già prima della riforma del 1990, quando la sentenza di primo grado non era provvisoriamente esecutiva *ex lege*, si riteneva comunque possibile iscrivere ipoteca sulla base di essa. L'ipoteca giudiziale non è subordinata al giudicato, perché la sua funzione è di garanzia, non di esecuzione immediata. L'ultima utilità della sentenza di condanna si collega alla disciplina della prescrizione, in particolare all'articolo 2953 del codice civile. Quando la sentenza di condanna passa in giudicato, i diritti per i quali la legge prevede un termine di prescrizione più breve di dieci anni si prescrivono comunque nel termine ordinario decennale. Si verifica una trasformazione della prescrizione breve in prescrizione decennale. Qui il legislatore è chiarissimo: il riferimento espresso è al passaggio in giudicato. La sentenza definitiva consolida il diritto e gli attribuisce una nuova forza temporale, allungando il periodo entro il quale può essere fatto valere. In sostanza, la sentenza di condanna non è solo un ordine. È un titolo per eseguire, una leva per iscrivere ipoteca e uno strumento che rafforza il diritto anche sul piano della prescrizione. Non si limita a dire che hai ragione. Ti mette in mano mezzi concreti per far valere quella ragione nel tempo e contro il patrimonio del debitore. Il processo civile, quando funziona così, non è solo teoria elegante. È strategia giuridica pura.

Sentenza di condanna

Adesso entriamo nel cuore della sentenza di condanna, che non è affatto un blocco monolitico. È una figura più complessa di quanto sembri, sia sul piano strutturale sia su quello funzionale. Perché la condanna non serve solo a reagire a qualcosa che è già successo. Può anche servire a impedire che succeda. Tradizionalmente, la sentenza di condanna svolge una funzione repressiva. Interviene dopo la

crisi di cooperazione, quando la norma sostanziale è già stata violata. È la situazione classica: qualcuno non paga il prezzo di una compravendita, non versa il canone di locazione, non paga una rata di mutuo. Qui siamo di fronte a obbligazioni originarie, cioè obblighi primari che derivano direttamente da un contratto o da un negozio giuridico. In alternativa, la condanna può riguardare obbligazioni di tipo derivativo, come il risarcimento del danno, che presuppone un inadempimento contrattuale o un fatto illecito ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile. In questi casi l'obbligo nasce proprio dalla violazione. La sentenza di condanna può avere ad oggetto anche obblighi di consegna di beni mobili o di rilascio di beni immobili, oppure obblighi di fare e di non fare, come costruire un'opera o demolirla. Anche qui possiamo avere obblighi originari o obblighi derivati da una precedente violazione. Sul piano dell'attuazione, però, non tutte le condanne funzionano allo stesso modo. Se la condanna riguarda il pagamento di una somma di denaro, l'unica strada è l'espropriazione forzata. Si tratta di una tecnica esecutiva surrogatoria: lo Stato si sostituisce al debitore inadempiente e realizza coattivamente il credito attraverso il pignoramento e la vendita dei beni. Per gli obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, il sistema offre due strumenti. Da un lato c'è l'esecuzione forzata in forma specifica, che consente di ottenere la consegna o il rilascio di un bene, oppure l'attuazione coattiva di un obbligo di fare o di non fare. Dall'altro lato esistono le misure coercitive, che non sostituiscono il debitore ma lo mettono sotto pressione, prevedendo una sanzione pecuniaria per ogni violazione o ritardo. È il terreno dell'articolo 614 bis del codice di procedura civile, che introduce una pena pecuniaria di natura privatistica destinata a spingere il debitore ad adempiere spontaneamente. Ci sono poi obbligazioni complesse che non si prestano a essere eseguite in via surrogatoria perché presentano profili di infungibilità. L'esempio classico è la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato. Non si tratta semplicemente di far entrare il lavoratore nei locali aziendali. Si tratta di reinserirlo effettivamente nell'organizzazione produttiva. Lo Stato può forzare una porta, ma non può obbligare un datore di lavoro a collaborare lealmente. In questi casi l'unico strumento efficace è la misura coercitiva, non l'esecuzione in forma specifica. Fin qui la funzione repressiva. Ma la sentenza di condanna può svolgere anche una funzione preventiva. Può essere diretta a impedire una violazione imminente o a far cessare una violazione in corso prima che si consolida definitivamente. Qui non siamo ancora davanti a un danno compiuto, ma a una minaccia concreta. La condanna assume allora un contenuto inibitorio: ordina di non fare qualcosa o di cessare un comportamento. Per molto tempo la dottrina si è interrogata se queste condanne a contenuto inibitorio fossero tipiche, cioè ammesse solo nei casi espressamente previsti dalla legge, oppure atipiche, cioè ammissibili in via generale. L'idea tradizionale era che la sentenza di condanna fosse tale in quanto costituiva titolo esecutivo, quindi fosse intrinsecamente collegata al processo esecutivo. Se non era eseguibile in via forzata, non sarebbe stata una vera condanna. Alcuni studiosi hanno però messo in discussione questo assioma, osservando che l'ordinamento conosce numerosi provvedimenti inibitori in ambiti molto diversi del diritto privato e che nessuna norma stabilisce una necessaria coincidenza tra condanna e processo esecutivo. Il fatto che l'articolo 474 c.p.c. elenchi tra i titoli esecutivi la sentenza di condanna non significa che tutte le sentenze di condanna debbano necessariamente sfociare in un processo esecutivo. L'articolo 474 guarda al processo esecutivo, non definisce ontologicamente la condanna. L'idea della coincidenza necessaria era più un'abitudine mentale che una conclusione imposta dal sistema. Oggi questa impostazione trova conferma esplicita nell'articolo 614 bis c.p.c., che consente l'applicazione di misure coercitive non solo per le condanne a contenuto inibitorio, quindi preventive, ma anche per le condanne repressive diverse da quelle aventi ad oggetto somme di denaro. Il legislatore ha quindi riconosciuto che la condanna può vivere anche al di fuori della logica puramente esecutiva e può essere attuata mediante strumenti diversi dalla surrogazione forzata. Si può dunque affermare che la tutela di condanna con funzione preventiva è una forma generale e atipica di tutela. Non è confinata alle ipotesi espressamente nominate dal codice, ma può essere richiesta ogni volta che vi sia una minaccia concreta e attuale di lesione di un diritto, anche se la violazione non si è ancora perfezionata. È una tutela che non aspetta il danno compiuto per intervenire. E, francamente, in un sistema che si prende sul serio, questa non è un'esagerazione. È semplice buon senso giuridico. Partiamo dagli articoli 7, 9 e 10 del codice civile, perché lì la funzione inibitoria della sentenza di condanna si vede in modo quasi didattico.

L'articolo 7 disciplina la tutela del diritto al nome e stabilisce che la persona cui venga contestato il diritto all'uso del proprio nome, oppure che possa subire pregiudizio dall'uso indebito che altri ne faccia, può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo, salvo il risarcimento dei danni. Il secondo comma aggiunge che il giudice può ordinare la pubblicazione della sentenza su uno o più giornali. Il diritto al nome è un diritto della personalità, quindi un diritto assoluto. C'è un rapporto diretto tra il titolare e il bene giuridico protetto, e su tutti gli altri consociati grava un dovere generale di astensione. L'articolo 7 prende in considerazione proprio la violazione di questo dovere. Il "fatto lesivo" altro non è che la condotta che infrange l'obbligo generale di non ingerirsi nella sfera altrui. Quando il titolare chiede la cessazione del fatto lesivo, il provvedimento di condanna non si limita a reagire a un danno già prodotto. Impartisce un ordine per il futuro: smetti di usare indebitamente il mio nome. È qui che si parla di condanna a contenuto inibitorio. Inibire significa impedire, vietare, bloccare la prosecuzione o la reiterazione della condotta. È un ordine di non fare rivolto in avanti. I diritti assoluti, per loro struttura, si prestano a violazioni reiterate nel tempo. Non si esauriscono in un adempimento unico come un'obbligazione contrattuale. Il rispetto del diritto al nome, o all'immagine, o alla proprietà, richiede un comportamento continuativo di astensione. Proprio per questo, la tutela preventiva è essenziale. Se ti limiti al risarcimento del danno, trasformi il diritto in una specie di tariffa per l'abuso: pago e continuo. E per diritti della personalità, che hanno contenuto e funzione non patrimoniale, il denaro è quasi sempre inadeguato a compensare il pregiudizio. Nell'articolo 7 convivono quindi due funzioni della condanna. Da un lato la funzione repressiva, rappresentata dal risarcimento del danno, che mira a eliminare le conseguenze negative delle violazioni già avvenute. Dall'altro la funzione preventiva, incarnata nell'ordine di cessazione del fatto lesivo. Senza quest'ultima, la tutela sarebbe monca. Il problema, per molto tempo, è stato l'attuazione concreta di questi ordini inibitorii. La tecnica esecutiva tradizionale è surrogatoria: lo Stato si sostituisce al debitore e compie al suo posto la prestazione. Ma come si sostituisce lo Stato a qualcuno nell'obbligo di non usare un nome o di non pubblicare un'immagine? Non può farlo. Fino all'introduzione dell'articolo 614 bis c.p.c., mancava uno strumento effettivo per rendere cogente l'ordine di cessazione. Il rischio era che il diritto al nome si riducesse, di fatto, a un diritto al risarcimento, cosa inaccettabile per un diritto inviolabile riconducibile all'articolo 2 della Costituzione. Le stesse considerazioni valgono per l'articolo 9 sullo pseudonimo, che richiama espressamente le forme di tutela dell'articolo 7, e per l'articolo 10 sull'abuso dell'immagine altrui. Quest'ultimo prevede che, quando l'immagine di una persona venga esposta o pubblicata fuori dai casi consentiti o in modo lesivo del decoro o della reputazione, l'autorità giudiziaria possa disporre la cessazione dell'abuso, oltre al risarcimento dei danni. Anche qui troviamo un diritto della personalità, uno schema di diritto assoluto, una possibile reiterazione della violazione e la necessità di un provvedimento inibitorio. E anche qui, prima del 2015, l'ordine rischiava di restare lettera morta senza uno strumento coercitivo adeguato. Con l'introduzione dell'articolo 614 bis, che consente al giudice di prevedere una somma di denaro dovuta per ogni violazione o ritardo nell'adempimento, il sistema ha finalmente colmato quel vuoto. L'ordine di cessazione oggi può essere rafforzato da una misura coercitiva che rende economicamente sconveniente continuare la condotta illecita. Spostandoci nel terzo libro del codice civile, dedicato ai diritti reali, troviamo altri esempi significativi negli articoli 949 e 1079. L'articolo 949 disciplina l'azione negatoria. Se il vicino afferma di essere titolare di una servitù e inizia a esercitarla, compiendo turbative o molestie, il proprietario può chiedere non solo l'accertamento della non esistenza del diritto, ma anche la cessazione delle condotte e il risarcimento del danno. Ancora una volta, la condanna ha un duplice volto: repressivo, per eliminare le conseguenze già prodotte, e preventivo, per impedire la reiterazione delle molestie. L'articolo 1079, speculare, riguarda l'actio confessoria servitutis. Qui è il titolare della servitù che chiede il riconoscimento del proprio diritto contro chi ne contesta l'esercizio o pone impedimenti. Può domandare il ripristino della situazione precedente, il risarcimento dei danni e la cessazione delle turbative. Anche in questo caso l'ordine di cessazione ha natura inibitoria, proiettata verso il futuro. La differenza rispetto ai diritti della personalità è che qui siamo nel campo di diritti patrimoniali. La Costituzione stessa ammette l'espropriazione della proprietà, quindi la tutela non ha lo stesso statuto assoluto dei diritti inviolabili della persona. Tuttavia, anche per i diritti reali vale il principio di effettività.

Se il proprietario o il titolare della servitù non potesse ottenere un ordine che impedisca la reiterazione della violazione, il suo diritto si ridurrebbe a un diritto al risarcimento. Tecnicamente possibile, ma sistematicamente povero. Anche per gli articoli 949 e 1079, prima dell'articolo 614 bis, mancava uno strumento realmente efficace per dare attuazione agli ordini di non fare. Oggi le misure coercitive consentono di trasformare l'inibitoria da enunciazione solenne a comando dotato di forza concreta. Morale giuridica della storia: la condanna non serve solo a punire ciò che è già successo. Serve anche a evitare che continui a succedere. E senza un meccanismo di attuazione adeguato, l'ordine del giudice rischia di essere solo un consiglio autorevole. Il diritto, però, non vive di consigli. Vive di strumenti.

Proseguiamo la carrellata e andiamo sull'articolo 2599 del codice civile, nel quinto libro, quindi in tutt'altro scenario: la concorrenza sleale. Qui il legislatore non è affatto timido. Dice chiaramente che la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e adotta gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti.

Procediamo dunque nell'analisi sistematica delle ipotesi normative che consentono di mettere a fuoco contenuto e funzioni della sentenza di condanna, soffermandoci ora sull'articolo 2599 del codice civile, collocato nel quinto libro e dedicato alla disciplina della concorrenza sleale.

La disposizione stabilisce che la sentenza che accerta atti di concorrenza sleale ne inibisce la continuazione e adotta gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti. L'articolo successivo, il 2600, prevede inoltre che, qualora gli atti di concorrenza sleale siano compiuti con dolo o colpa, l'autore sia tenuto al risarcimento dei danni. Anche in questa materia emerge con chiarezza la duplice funzione della tutela di condanna. Da un lato, la funzione repressiva, che si realizza attraverso l'adozione di provvedimenti idonei a eliminare gli effetti della violazione già posta in essere e mediante la condanna al risarcimento del danno; dall'altro, la funzione preventiva, che si esprime nell'inibitoria della continuazione degli atti di concorrenza sleale. L'inibitoria costituisce un ordine di non fare, proiettato verso il futuro, volto a impedire la reiterazione o la prosecuzione della condotta illecita. Un assetto analogo si rinviene nella legislazione speciale, in particolare nella legge sul diritto d'autore (legge n. 633 del 1941). L'articolo 156 dispone che chi abbia ragione di temere la violazione di un diritto di utilizzazione economica, oppure intenda impedire la continuazione o la ripetizione di una violazione già avvenuta, può agire in giudizio per ottenere l'accertamento del diritto e il divieto di proseguire la violazione. La norma contempla dunque sia l'ipotesi della minaccia di violazione, sia quella della violazione già in atto. In entrambe le situazioni il provvedimento richiesto ha contenuto inibitorio, in quanto consiste in un ordine di cessazione o di divieto di prosecuzione della condotta lesiva. Si tratta, pertanto, di una condanna con funzione preventiva, la quale opera anticipando la soglia di tutela, senza attendere la consumazione definitiva dell'illecito. La disposizione si caratterizza altresì per la previsione di uno strumento diretto ad assicurare l'effettività dell'inibitoria. Il giudice, pronunciando il divieto, può fissare una somma dovuta per ogni violazione o inosservanza successivamente constatata o per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Si tratta di una misura coercitiva di natura privatistica, in quanto la somma è destinata alla parte lesa. Questo modello anticipa la disciplina generale introdotta nell'articolo 614-bis del codice di procedura civile. Analoga struttura si rinviene nel Codice della proprietà industriale, in particolare negli articoli 124 e 131, che prevedono la possibilità di disporre l'inibitoria della fabbricazione, del commercio e dell'uso dei beni constituenti violazione del diritto, nonché l'ordine di ritiro definitivo dal commercio. Anche in questo contesto la condanna presenta una duplice funzione: repressiva, nella misura in cui mira a eliminare gli effetti già prodotti dall'illecito; preventiva, in quanto vieta la prosecuzione delle attività lesive. È altresì prevista la fissazione di una somma dovuta per ogni violazione successiva o per ogni ritardo nell'esecuzione, secondo il medesimo schema della pena pecuniaria di tipo privatistico.

Un ulteriore esempio è offerto dall'articolo 28 della legge n. 300 del 1970 (Statuto dei lavoratori), in materia di condotta antisindacale. Qualora il giudice accerti l'illegittimità del comportamento del datore di lavoro, ordina la cessazione del comportamento e la rimozione dei suoi effetti. Anche qui si riscontra la duplice funzione della condanna: repressiva, con riferimento alla rimozione degli effetti già prodotti;

preventiva, con riguardo all'ordine di cessazione del comportamento. La particolarità di questa disciplina risiede nella misura coercitiva prevista dal quarto comma, che richiama l'articolo 650 del codice penale in caso di inosservanza dell'ordine giudiziale. In tal modo, l'inadempimento assume rilevanza penale, secondo un modello differente rispetto a quello della pena pecuniaria privatistica, e più vicino al paradigma del *contempt of court* di matrice anglosassone. Alla luce di questo complesso quadro normativo, risulta evidente che la condanna a contenuto inibitorio non costituisce un'ipotesi eccezionale o tipica, ma rappresenta una figura ampiamente diffusa nell'ordinamento, applicabile in ambiti eterogenei del diritto privato. L'introduzione dell'articolo 614-bis c.p.c., rubricato "Misure di coercizione indiretta", ha generalizzato il modello della pena pecuniaria privatistica, ispirandosi alle astreintes di matrice francese. La disposizione prevede che, con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, il giudice, su richiesta di parte e salvo che ciò sia manifestamente iniquo, possa fissare una somma dovuta per ogni violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione. La misura non può essere disposta d'ufficio, ma richiede un'istanza di parte. A seguito delle modifiche introdotte dalla riforma Cartabia, la richiesta può essere formulata anche dinanzi al giudice dell'esecuzione. Il giudice deve determinare l'importo tenendo conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del vantaggio derivante dall'inadempimento, del danno prevedibile e di ogni altra circostanza rilevante. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute in caso di violazione o ritardo. Si configura, pertanto, una particolare forma di condanna pro futuro: il titolo esecutivo viene formato anticipatamente, ma la sua azionabilità è subordinata al verificarsi dell'inadempimento dell'ordine giudiziale. Permane una significativa limitazione nell'ultimo comma della disposizione, che esclude l'applicabilità delle misure coercitive alle controversie di lavoro subordinato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409 c.p.c., scelta che ha sollevato perplessità in dottrina in ragione della peculiare asimmetria che caratterizza tali rapporti. Quindi dall'analisi delle fonti codistiche e della legislazione speciale emerge con chiarezza la complessità della sentenza di condanna. Essa può assumere funzione repressiva, quando interviene a fronte di obblighi già violati, e funzione preventiva, quando mira a impedire la futura lesione del diritto. Sul piano dell'attuazione, la tecnica esecutiva e le misure coercitive costituiscono strumenti distinti ma complementari, applicabili secondo la natura dell'obbligo dedotto in giudizio.

LA TUTELA DI CONDANNA: TIPOLOGIE SPECIFICHE

Passiamo ora all'esame di alcune figure particolari della tutela di condanna: la condanna in futuro, la condanna generica e la condanna provvisionale. Si tratta di declinazioni specifiche della condanna, che presentano peculiarità strutturali e funzionali rilevanti. **La prima figura è la condanna in futuro.** Un esempio significativo è rappresentato dall'**articolo 614-bis del codice di procedura civile**, che disciplina le misure di coercizione indiretta. In questo contesto il giudice, su istanza di parte, può fissare una somma di denaro dovuta per ogni violazione o ritardo nell'esecuzione dell'ordine giudiziale. La misura ha natura di pena pecuniaria privatistica e il relativo provvedimento costituisce titolo esecutivo. Ci troviamo di fronte a una tipica ipotesi di condanna in futuro, poiché il titolo esecutivo viene formato in anticipo rispetto al verificarsi dell'inadempimento. Il creditore non può procedere immediatamente all'esecuzione, ma potrà farlo solo quando si verifichi la violazione o il ritardo cui la misura è collegata. La condanna è già pronunciata, ma la sua concreta attuazione resta subordinata a un evento futuro e incerto. È necessario distinguere con precisione la condanna in futuro dalla tutela inibitoria. Entrambe hanno una proiezione preventiva, ma in senso diverso. La tutela inibitoria mira a impedire la realizzazione o la prosecuzione di una condotta lesiva, mediante un ordine di non fare o di cessazione. Il suo contenuto è un obbligo di astensione e, proprio per questo, non è suscettibile di esecuzione forzata in senso stretto, ma richiede strumenti coercitivi. La condanna in futuro, invece, non si limita a ordinare un comportamento per il futuro, ma attribuisce anticipatamente al creditore un titolo esecutivo relativo a prestazioni che diventeranno esigibili successivamente. Si tratta di una condanna a una prestazione suscettibile di esecuzione forzata, ma il cui adempimento non è ancora attuale al momento della pronuncia. Nel nostro

ordinamento la condanna in futuro non è configurata come figura generale e atipica, bensì come istituto ammesso in specifiche ipotesi. Si pone, tuttavia, il problema se essa possa estendersi a tutte le obbligazioni di carattere periodico o continuativo. La giurisprudenza tende a riconoscerne l'ammissibilità in presenza di obbligazioni periodiche, ritenendo che, ove il titolo e il rapporto siano accertati, non vi sia ragione di imporre al creditore di promuovere un nuovo giudizio per ogni scadenza successiva. Oltre all'articolo 614-bis, ulteriori esempi si rinvengono in procedimenti speciali. Un primo ambito è quello della convalida di sfratto, disciplinato dagli articoli 657 e seguenti del codice di procedura civile. L'articolo 657 consente al locatore di intimare la licenza per finita locazione prima della scadenza del contratto, con contestuale citazione per la convalida. In tal caso il provvedimento che ordina il rilascio dell'immobile è pronunciato prima che il diritto alla restituzione sia attualmente esigibile. Solo al momento della scadenza del termine contrattuale il locatore potrà procedere all'esecuzione. Si tratta dunque di una condanna in futuro, poiché il titolo esecutivo viene formato anticipatamente rispetto alla maturazione dell'obbligo. Un'ulteriore ipotesi è prevista dall'articolo 664 c.p.c., in caso di morosità del conduttore. Il locatore può ottenere un decreto ingiuntivo per i canoni scaduti e per quelli a scadere fino all'esecuzione dello sfratto. La parte relativa ai canoni non ancora scaduti integra una tipica condanna in futuro, in quanto riguarda prestazioni periodiche non ancora esigibili al momento della pronuncia. Un altro esempio si rinviene nell'articolo 316-bis del codice civile, in materia di mantenimento dei figli. Il giudice può disporre che una quota delle somme dovute a titolo di mantenimento sia versata direttamente da un terzo debitore dell'obbligato, ad esempio il datore di lavoro. Anche in questo caso si tratta di un'obbligazione periodica e il provvedimento giudiziale attribuisce al creditore un titolo idoneo a operare per prestazioni future, non ancora scadute al momento della decisione. In tutte queste ipotesi il tratto comune consiste nella formazione anticipata del titolo esecutivo, in relazione a prestazioni che matureranno successivamente. La ratio è evidente: evitare la proliferazione di giudizi per singole scadenze e garantire effettività e concentrazione della tutela giurisdizionale. La condanna in futuro, pertanto, si colloca a metà strada tra l'accertamento e l'esecuzione: presuppone un accertamento pieno del rapporto obbligatorio, ma proietta gli effetti della pronuncia su prestazioni non ancora esigibili, rendendo immediatamente azionabile il titolo al verificarsi della scadenza o dell'inadempimento.

Considerazioni sulla Generalizzazione della Condanna in Futuro

Il tema centrale è se la condanna in futuro, al di fuori delle ipotesi espressamente previste, possa essere configurata come figura generale, in particolare con riferimento alle obbligazioni periodiche o continuative. Un primo dato da considerare è la struttura del processo esecutivo. Nel nostro ordinamento l'avvio dell'esecuzione non è preceduto da un controllo giudiziale sull'attualità del diritto fatto valere. Il creditore munito di titolo esecutivo può iniziare il processo esecutivo senza un vaglio preventivo del giudice in ordine alla sussistenza attuale dell'inadempimento. Questo elemento è significativo, perché dimostra che, sul piano sistematico, non esiste un ostacolo strutturale alla generalizzazione della condanna in futuro. Non vi è una disposizione che richieda, al momento dell'instaurazione dell'esecuzione, una verifica preliminare dell'attualità della pretesa. Sotto il profilo funzionale, gli argomenti a favore della generalizzazione sono noti. In primo luogo, l'economia processuale. Se il rapporto obbligatorio è già stato accertato in modo pieno e definitivo, costringere il creditore a instaurare un nuovo giudizio per ogni singola scadenza di un'obbligazione periodica appare irragionevole. La possibilità di ottenere anticipatamente un titolo esecutivo per le prestazioni future riduce il contenzioso seriale e alleggerisce il carico degli uffici giudiziari. In secondo luogo, l'effettività della tutela. L'anticipazione del titolo consente al creditore, al momento in cui la prestazione diviene esigibile e risulta inadempita, di attivare immediatamente l'esecuzione forzata. In assenza di una condanna in futuro, il creditore dovrebbe promuovere un nuovo giudizio di cognizione, con un inevitabile intervallo temporale che può protrarsi per anni, compromettendo in modo significativo l'utilità concreta della tutela. Tuttavia, la generalizzazione della condanna in futuro non è priva di criticità. Il rischio principale è l'utilizzo

strumentale dello strumento a fini vessatori. Se si ammettesse in via indiscriminata la condanna in futuro, il creditore potrebbe promuovere un giudizio volto a ottenere un titolo esecutivo anticipato anche in assenza di elementi che facciano ragionevolmente presumere un futuro inadempimento. In tal modo il processo verrebbe utilizzato non per reagire a una crisi di cooperazione attuale o imminente, ma come forma di pressione preventiva sul debitore. Un uso indiscriminato della condanna in futuro potrebbe dunque produrre un effetto opposto rispetto a quello perseguito, aumentando il contenzioso invece di ridurlo. La soluzione sistematicamente più coerente sembra allora individuarsi nel ruolo dell'interesse ad agire, ai sensi dell'articolo 100 del codice di procedura civile. L'interesse ad agire, quale requisito extrafromale rilevabile anche d'ufficio, può operare come filtro di ammissibilità della domanda di condanna in futuro. Il giudice, in questa prospettiva, dovrebbe valutare se sussista una concreta e attuale esigenza di tutela anticipata, tenendo conto in particolare del comportamento del debitore. Solo in presenza di elementi oggettivi che facciano ragionevolmente presumere un futuro inadempimento — ad esempio una condotta pregressa inadempiente o dichiarazioni incompatibili con l'adempimento — la domanda potrebbe ritenersi sorretta da un interesse attuale. In mancanza di tali elementi, la domanda rischierebbe di essere qualificata come priva di interesse ad agire, in quanto diretta a ottenere un titolo esecutivo in assenza di una crisi di cooperazione, attuale o imminente. Un ulteriore correttivo potrebbe essere individuato nella disciplina delle spese processuali. Sulla scia degli orientamenti della Corte di Cassazione in tema di divieto di frazionamento del credito — in particolare la pronuncia delle Sezioni Unite del 2025 — si potrebbe ritenere che, qualora il creditore proponga una domanda di condanna in futuro in assenza di elementi idonei a far presumere un inadempimento, egli, pur risultando vittorioso nel merito, debba sopportare integralmente le spese processuali. In tal modo si disincentiverebbe l'uso strumentale dell'azione, senza negare in astratto la configurabilità dell'istituto. In conclusione, la condanna in futuro presenta indubbi vantaggi in termini di effettività della tutela ed economia processuale, soprattutto con riferimento alle obbligazioni periodiche. Tuttavia, la sua generalizzazione non può prescindere da un rigoroso controllo sull'interesse ad agire e da un uso calibrato degli strumenti di regolazione delle spese processuali, al fine di evitare derive abusive e garantire un equilibrio tra efficienza del sistema e tutela delle parti.

La condanna generica

Il primo comma dell'articolo 278 disciplina la cosiddetta condanna generica. La norma prevede che, quando sia già accertata la sussistenza del diritto ma sia ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il collegio, su istanza di parte, possa limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il processo prosegua per la liquidazione. La peculiarità di questo provvedimento consiste nel fatto che esso non ha ad oggetto l'intera situazione giuridica nel suo assetto completo, bensì soltanto un segmento della fattispecie costitutiva. In particolare, il giudice accerta l'**an debeatur**, ossia l'esistenza del diritto, ma non procede alla quantificazione del **quantum debeatur**. È evidente che si tratta, nella prassi, soprattutto di domande di condanna al pagamento di somme di denaro, come accade tipicamente nelle azioni di risarcimento del danno. Dal punto di vista degli effetti, la condanna generica non può costituire titolo esecutivo. L'articolo 474 c.p.c. richiede infatti che il titolo abbia ad oggetto un diritto certo, liquido ed esigibile. Il requisito della liquidità implica la determinazione dell'ammontare del credito, che nella condanna generica è, per definizione, assente. Diversamente, ai sensi dell'articolo 2818 c.c., la sentenza di condanna generica è titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. In assenza di una quantificazione giudiziale, sarà il creditore a indicare l'importo per il quale procedere all'iscrizione, con la possibilità per il debitore di chiedere la riduzione ai sensi dell'articolo 2872 c.c. Quanto alla prescrizione, l'articolo 2953 c.c. prevede che i diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni si prescrivono in dieci anni quando vi sia una sentenza di condanna passata in giudicato. La giurisprudenza della Corte di Cassazione ha da tempo chiarito che tale disposizione si applica anche alla sentenza di condanna generica, trattandosi pur sempre di una sentenza di condanna e non di mero accertamento. La distinzione è rilevante: la sentenza di mero accertamento non è titolo per ipoteca giudiziale e non determina la trasformazione della prescrizione breve in prescrizione

ordinaria, mentre la condanna generica produce entrambe queste utilità. Sotto il profilo strutturale, la condanna generica si fonda sull'accertamento degli elementi costitutivi del diritto che attengono all'an. In una tipica azione di risarcimento del danno, il giudice accerta la condotta illecita, l'elemento soggettivo, il nesso di causalità materiale e l'evento di danno, ma rinvia alla fase successiva l'accertamento del nesso di causalità giuridica e la quantificazione delle conseguenze dannose. Nel prosieguo del giudizio, il giudice può anche giungere alla conclusione che il danno sia pari a zero. La giurisprudenza è costante nel ritenere che l'accertamento dell'an non vincoli il giudice a riconoscere necessariamente un danno risarcibile in concreto. Se il danno viene quantificato in zero, la condanna generica perde ogni effetto sostanziale, poiché un diritto avente ad oggetto una prestazione nulla è, in sostanza, inesistente. Si è posto il problema se la condanna generica possa essere richiesta fin dall'atto introduttivo. La lettera dell'articolo 278 sembrerebbe riferirsi a una fase intermedia del giudizio, presupponendo che sia già stato accertato il diritto. Tuttavia, la giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione ammette pacificamente la proponibilità ab origine di una domanda di condanna generica. Un'incertezza si era manifestata nel 2022 con una pronuncia della Terza Sezione, ma le Sezioni Unite sono intervenute riaffermando l'orientamento tradizionale favorevole all'ammissibilità della domanda fin dall'inizio. Questa soluzione, tuttavia, solleva un problema di tutela del diritto di difesa del convenuto. L'accoglimento di una domanda di condanna generica comporta infatti la possibilità per l'attore di iscrivere ipoteca giudiziale per un importo da lui stesso indicato. Per bilanciare tale effetto, la giurisprudenza ha elaborato due correttivi:

- se l'attore propone sin dall'inizio una domanda di condanna generica, il convenuto deve poter chiedere che nello stesso processo si proceda anche alla liquidazione del quantum;
- se invece l'attore ha inizialmente proposto una domanda di condanna piena e, nel corso del giudizio, chiede la pronuncia di condanna generica, il convenuto può opporsi espressamente; in caso di opposizione, il giudice non può emettere la condanna generica.

La condanna provvisionale

Il secondo comma dell'articolo 278 disciplina la condanna provvisionale. La norma prevede che, quando sia accertato il diritto ma la liquidazione richieda ulteriori indagini, il giudice possa, su istanza di parte, condannare il debitore al pagamento di una somma a titolo di provvisionale, nei limiti della somma per la quale ritiene già raggiunta la prova. A differenza della condanna generica, la condanna provvisionale ha ad oggetto una somma determinata e, quindi, costituisce titolo esecutivo per l'importo liquidato. Essa presuppone un accertamento pieno dell'an e una prova sufficiente almeno parziale del quantum. Il processo prosegue per la liquidazione integrale, ma nel frattempo il creditore può procedere in via esecutiva per la somma riconosciuta a titolo di provvisionale. La funzione dell'istituto è evidente: evitare che il creditore debba attendere la conclusione dell'intero giudizio per ottenere quanto già accertato come sicuramente dovuto. Si tratta di uno strumento che rafforza l'effettività della tutela, anticipando parzialmente gli effetti esecutivi della decisione. In conclusione, mentre la condanna generica si limita all'accertamento dell'an e produce effetti indiretti (ipoteca giudiziale, trasformazione della prescrizione), la condanna provvisionale comporta una vera e propria condanna esecutiva, seppur limitata a una parte del credito. Entrambe le figure confermano la complessità strutturale della tutela di condanna e la sua capacità di modulare gli effetti della decisione in funzione delle esigenze concrete del caso. Proprio perché si tratta di una sentenza di condanna in senso pieno, la condanna provvisionale attribuisce al creditore tutte le utilità tipiche della condanna:

- costituisce **titolo esecutivo** ai sensi dell'articolo 474, n. 1, c.p.c.;
- è **titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale**, ai sensi dell'articolo 2818 c.c., per l'importo effettivamente liquidato;
- consente la **trasformazione della prescrizione breve in prescrizione ordinaria decennale**, ai sensi dell'articolo 2953 c.c., ove intervenga il passaggio in giudicato. Anche la condanna provvisionale richiede un'istanza di parte: il giudice non può pronunciarla d'ufficio. È importante sottolineare che

tanto la condanna generica quanto la condanna provvisionale sono pronunciate **con sentenza**. Ciò comporta l'applicazione del regime proprio delle sentenze di merito: il giudice che le ha emesse non può revocarle o modificarle, salvo l'impugnazione nei modi e nei termini di legge. L'espressione "provvisionale" non deve trarre in inganno. Non si tratta di un provvedimento provvisorio in senso tecnico, né di una misura cautelare suscettibile di revoca o modifica. È una decisione di merito, ancorché parziale, destinata a stabilizzarsi se non impugnata. Quanto al regime delle impugnazioni, gli articoli 340 c.p.c. (per l'appello) e 361 c.p.c. (per il ricorso per cassazione) richiamano espressamente i provvedimenti di cui all'articolo 278. Si tratta dunque di **sentenze non definitive**, immediatamente impugnabili oppure suscettibili di riserva di impugnazione. In quest'ultimo caso, il termine per impugnare decorrerà dalla sentenza che definisce il giudizio di primo grado. In quanto sentenze di merito, esse rientrano nella previsione dell'articolo 310 c.p.c.: in caso di estinzione del processo, sopravvivono. Se, dopo l'estinzione, il termine per impugnare decorre inutilmente, la sentenza passa in giudicato, sia formale sia sostanziale.

La condanna provvisionale rappresenta, quindi, uno strumento di anticipazione della tutela esecutiva in presenza di un accertamento già consolidato almeno parziale, e conferma ancora una volta la capacità della tutela di condanna di modulare i propri effetti in funzione dello stato di maturazione dell'accertamento.

La tutela costitutiva

Accanto alla tutela di mero accertamento e alla tutela di condanna, l'ordinamento conosce una terza forma di tutela nel processo a cognizione piena: la **tutela costitutiva**. La disposizione generale di riferimento è l'articolo 2908 c.c., rubricato *"Effetti costitutivi delle sentenze"*, il quale stabilisce che, nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa. La norma recepisce sul piano positivo l'elaborazione teorica di Giuseppe Chiovenda, maturata anche alla luce della dottrina tedesca. Il tratto qualificante della tutela costitutiva è la **tipicità**: essa può essere esercitata soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge. Si distingue così dalla tutela di accertamento e da quella di condanna, che sono forme atipiche, azionabili con riferimento a qualsiasi situazione giuridicamente rilevante. La delimitazione dell'ambito applicativo dell'articolo 2908 c.c. non è questione meramente teorica, ma assume rilevanza pratica decisiva, poiché dalla qualificazione della domanda come costitutiva discendono conseguenze specifiche, soprattutto in tema di effetti e regime processuale.

Natura ed effetti della sentenza costitutiva

La sentenza costitutiva non si limita ad accertare una situazione preesistente, né a ordinare l'adempimento di un obbligo già sorto. Essa è **fonte immediata di effetti giuridici**: il provvedimento giurisdizionale si inserisce nella fattispecie legale come elemento costitutivo dell'effetto. La funzione della sentenza non è strumentale, ma sostanziale. Non si limita a dichiarare o a comandare: crea, modifica o estingue un rapporto giuridico. Lo schema di produzione dell'effetto può essere così sintetizzato:

- norma;
- fatto;
- diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale;
- provvedimento giurisdizionale (sentenza costitutiva);
- effetto.

Si tratta di un modello distinto dagli altri schemi classici di produzione degli effetti sostanziali.

I modelli generali di produzione degli effetti

Per comprendere la specificità della tutela costitutiva è opportuno richiamare gli altri modelli già esaminati.

1. **Schema norma–potere–effetto:** In questo modello la norma attribuisce al soggetto un potere di determinare la disciplina del rapporto. La legge non stabilisce direttamente gli effetti, ma attribuisce al titolare del potere la facoltà di produrli, nei limiti e secondo le modalità previste.

Le crisi di cooperazione possono riguardare:

- l'esistenza del potere;
- le modalità del suo esercizio.

In tali ipotesi il giudice non si sostituisce al titolare del potere, ma si limita ad accettare la validità o meno dell'atto esercitato.

2. **Schema norma–fatto–effetto:** Qui la norma collega direttamente al verificarsi di un fatto la produzione dell'effetto giuridico. **Esempio tipico è la nullità del contratto: al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge, il contratto è inefficace ab origine. L'azione di nullità è azione di mero accertamento; la nullità è rilevabile d'ufficio e può essere fatta valere anche in via di eccezione.**

Le Sezioni Unite del 2014 hanno chiarito la simmetria tra domanda di nullità ed eccezione di nullità, ribadendo che l'effetto deriva direttamente dalla legge. Analogamente operano di diritto i modi di acquisto della proprietà e altri fatti costitutivi che il giudice può rilevare d'ufficio.

Il diritto potestativo semplice

Un ulteriore schema è quello del diritto potestativo sostanziale semplice, che si articola in:

- norma;
- fatto;
- potere;
- effetto.

In queste ipotesi l'effetto si produce direttamente sul piano sostanziale mediante l'esercizio del potere, senza necessità di intervento giudiziale. Esempi tipici:

- diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.);
- clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.);
- patto di riscatto (art. 1500 c.c.).

In tutti questi casi l'effetto (ad esempio la risoluzione del contratto o il riacquisto della proprietà) si produce per effetto della dichiarazione della parte titolare del potere. Se sorge una controversia, il processo non ha ad oggetto il diritto potestativo in sé, che si è già consumato con il suo esercizio, ma gli effetti prodotti. La parte che ha esercitato il potere chiederà l'accertamento degli effetti; la controparte ne contesterà la validità o l'esistenza. A questo schema si collega una caratteristica strutturale essenziale del diritto potestativo semplice: la posizione della controparte è di soggezione, non di obbligo. Non è richiesta una cooperazione attiva del destinatario perché l'effetto si produca; è sufficiente la dichiarazione unilaterale del titolare del potere, purché ricorrono i presupposti previsti dalla norma. La sequenza norma fatto potere effetto è dunque autosufficiente sul piano sostanziale e il giudice interviene solo in funzione dichiarativa o, eventualmente, restitutoria. Il processo assume la forma tipica dell'azione di accertamento, perché ciò che si chiede al giudice è di verificare se il potere sia stato validamente esercitato e se l'effetto si sia effettivamente prodotto. Questo distingue nettamente il diritto potestativo sostanziale semplice dal diritto potestativo processuale o da quelle situazioni in cui l'effetto giuridico richiede necessariamente una pronuncia costitutiva del giudice. Qui, invece, l'effetto è già entrato nell'ordinamento prima e indipendentemente dal processo. La sentenza non crea la risoluzione, non crea il trasferimento, non crea

la modificazione del rapporto: si limita ad accertare che, in presenza dei presupposti normativi e fattuali, l'effetto si è verificato. Dal punto di vista probatorio, il centro della controversia si sposta quindi sull'esistenza dei presupposti del potere e sulla regolarità della sua manifestazione. Nella diffida ad adempiere, ad esempio, si discuterà dell'inadempimento, della gravità, della congruità del termine assegnato e della corretta ricezione della dichiarazione. Nella clausola risolutiva espressa si verificherà se l'inadempimento rientri tra quelli espressamente contemplati e se la dichiarazione di volersi avvalere della clausola sia stata portata a conoscenza dell'altra parte. Nel patto di riscatto si controllerà il rispetto dei termini e delle modalità stabilite dalla legge e dal contratto. Ne deriva anche una conseguenza sul piano della domanda giudiziale: non si propone una domanda costitutiva ma una domanda di accertamento, eventualmente accompagnata da domande consequenziali come la restituzione delle prestazioni già eseguite o il risarcimento del danno. Il diritto potestativo, una volta esercitato, si consuma; ciò che resta è la stabilizzazione o la contestazione dell'effetto. In questo senso, il processo non è il luogo di produzione dell'effetto ma il luogo della sua verifica.

Le eccezioni in senso stretto

In alcune ipotesi il legislatore utilizza un linguaggio processuale, parlando di eccezioni in senso stretto. Secondo le Sezioni Unite del 1998, sono tali soltanto:

- le eccezioni espressamente previste dalla legge;
- le eccezioni fondate su fatti che, se fatti valere in via di azione, darebbero luogo a un'azione di impugnativa negoziale.

Tra le eccezioni in senso stretto rientrano:

- eccezione di prescrizione;
- eccezione di decadenza;
- eccezione di inadempimento;
- eccezione di annullabilità;
- eccezione di rescissione;
- in alcune ipotesi, eccezione di risoluzione.

Non tutte, tuttavia, presuppongono un diritto potestativo. Prescrizione e decadenza si fondano sul decorso del tempo; la compensazione implica l'allegazione di un controcredito. Diverso è il caso delle eccezioni di annullamento o rescissione, che costituiscono la veste processuale dell'esercizio di un diritto potestativo sostanziale. La prescrizione, disciplinata dagli articoli 2934 e seguenti del codice civile, estingue il diritto per effetto dell'inerzia del titolare protrattasi per il tempo previsto dalla legge. La decadenza, invece, comporta la perdita di un potere per il mancato esercizio entro un termine perentorio stabilito dalla legge o dal contratto. In entrambi i casi l'effetto non opera automaticamente nel processo: occorre che la parte lo faccia valere. Anche l'eccezione di inadempimento, prevista dall'articolo 1460 del codice civile, è qualificata come eccezione in senso stretto. Qui non siamo davanti a un fatto estintivo, ma a un fatto impeditivo o sospensivo: il convenuto paralizza la domanda dell'attore allegando il mancato adempimento della controprestazione. È una tipica difesa fondata sulla struttura sinallagmatica del contratto, ma deve essere espressamente dedotta. Le eccezioni di annullabilità e di rescissione costituiscono invece la manifestazione processuale di diritti potestativi sostanziali. L'annullamento del contratto, disciplinato dagli articoli 1425 e seguenti del codice civile, e la rescissione, prevista dagli articoli 1447 e seguenti, presuppongono l'esercizio di un potere che incide sulla validità o sull'equilibrio del rapporto negoziale. Se tali fatti fossero fatti valere in via autonoma, darebbero luogo a un'azione costitutiva; quando vengono opposti in via di eccezione, assumono la forma di eccezioni in senso stretto. Il giudice non può rilevarli d'ufficio perché implicano una scelta della parte titolare del potere. In alcune ipotesi anche l'eccezione di risoluzione rientra nella categoria, soprattutto quando si fonda su un diritto potestativo già esercitato o esercitabile dalla parte. Tuttavia, la disciplina varia a seconda che la risoluzione sia già intervenuta per effetto di una dichiarazione unilaterale, come nel caso della clausola

risolutiva espressa, oppure debba essere pronunciata dal giudice. Non tutte le eccezioni in senso stretto presuppongono, però, un diritto potestativo. Prescrizione e decadenza si fondano sul decorso del tempo e operano come fatti estintivi o preclusivi; la compensazione, disciplinata dagli articoli 1241 e seguenti del codice civile, implica l'allegazione di un controcredito e produce un effetto estintivo reciproco fino alla concorrenza delle somme. In questi casi non c'è esercizio di un potere modificativo del rapporto in senso stretto, ma l'attivazione di un meccanismo estintivo previsto dall'ordinamento. La distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato è centrale nel processo civile perché incide sul principio dispositivo. Le eccezioni in senso stretto devono essere proposte dalla parte interessata, a pena di decadenza, nei termini stabiliti dall'articolo 167 c.p.c.; il giudice non può supplire alla loro omissione. Le eccezioni in senso lato, invece, consistono nella mera contestazione dei fatti costitutivi del diritto altrui o nell'allegazione di fatti impeditivi o estintivi rilevabili anche d'ufficio. Il confine non è sempre intuitivo e ha generato un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Ma la regola di fondo resta questa: quando la legge affida alla parte la scelta di far valere un fatto che incide sull'esistenza o sull'efficacia del diritto, siamo di fronte a un'eccezione in senso stretto. E nel processo civile moderno, se non la sollevi nei tempi giusti, quel potere si consuma.

SPECIFICITÀ DELLA TUTELA COSTITUTIVA

La tutela costitutiva si distingue dal diritto potestativo semplice perché qui l'effetto non si produce direttamente con l'atto della parte, ma richiede necessariamente il provvedimento del giudice. Lo schema è dunque:

- norma;
- fatto;
- diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale;
- sentenza costitutiva;
- effetto.

La sentenza è elemento costitutivo della fattispecie. Senza di essa l'effetto non si produce. È in questo punto che si colloca la peculiarità della tutela costitutiva: il provvedimento giurisdizionale non si limita a dichiarare o a comandare, ma integra la fattispecie legale, producendo direttamente la costituzione, modificazione o estinzione del rapporto giuridico. Ed è proprio questa funzione sostanziale della sentenza che giustifica la tipicità dell'istituto: solo la legge può stabilire quando il giudice sia legittimato a intervenire come fonte di effetti costitutivi. Un esempio classico è l'annullamento del contratto pronunciato con sentenza, ai sensi dell'articolo 1441 e seguenti del codice civile. Finché non interviene la decisione, il contratto resta efficace. Solo la sentenza determina la sua caducazione con effetti retroattivi, secondo la disciplina sostanziale. Analogamente, la risoluzione giudiziale per inadempimento ex articolo 1453 c.c. richiede una pronuncia costitutiva: l'inadempimento non scioglie automaticamente il vincolo, ma attribuisce alla parte il diritto di chiedere al giudice la risoluzione. È la sentenza che produce l'effetto risolutorio. La stessa logica si ritrova nella separazione personale dei coniugi o nel divorzio, nella riduzione delle disposizioni testamentarie lesive della legittima, nella rettificazione degli atti dello stato civile. In tutte queste ipotesi il legislatore affida al giudice un potere creativo, che opera sul piano sostanziale e non solo processuale. Questa funzione costitutiva della sentenza spiega la tipicità dell'istituto. Non esiste una tutela costitutiva generale e atipica. Non basta che una parte chieda al giudice di modificare un rapporto perché il giudice possa farlo. Occorre una previsione normativa che attribuisca espressamente al provvedimento giurisdizionale la capacità di produrre quell'effetto. Solo la legge può stabilire quando la giurisdizione è legittimata a intervenire come fonte diretta di effetti costitutivi. Dal punto di vista sistematico, la tutela costitutiva rappresenta una deroga al principio per cui il giudice applica il diritto ma non lo crea. In queste ipotesi, il giudice non si limita a constatare o a comandare: diventa elemento necessario della fattispecie. La sua decisione non fotografa una realtà già esistente, ma

la trasforma. Ed è proprio questa incidenza sul piano sostanziale che rende la tutela costitutiva uno degli strumenti più delicati e rigorosamente regolati del processo civile.

Le azioni costitutive nel processo civile

Passiamo ora all'esame sistematico delle **azioni costitutive**, che rappresentano la proiezione processuale della tutela costitutiva di cui all'articolo 2908 c.c. Ripartiamo dallo schema strutturale che le caratterizza: norma → fatto → potere → azione giudiziale → sentenza → effetto. Qui il potere è un **diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale**: l'effetto costitutivo, modificativo o estintivo non si produce con una semplice dichiarazione di parte, ma richiede necessariamente una pronuncia del giudice. È essenziale distinguere questo diritto potestativo dal diritto di azione.

Diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale e diritto di azione

Il **diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale** è una situazione sostanziale che si consuma con il suo esercizio. Il suo scopo è ottenere, tramite la sentenza, un effetto giuridico costitutivo, modificativo o estintivo già tipizzato dalla legge. Il **diritto di azione**, invece, è il potere processuale di ottenere una decisione di merito sulla domanda proposta. Esso non si identifica con il diritto sostanziale fatto valere, ma consiste nella pretesa a una pronuncia che accolga o rigetti la domanda. In sintesi:

- il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale è una posizione sostanziale finalizzata alla produzione di un effetto tipico tramite sentenza;
- il diritto di azione è la situazione processuale che consente di chiedere al giudice una decisione di merito.

Oggetto del processo nelle azioni costitutive

Nelle azioni costitutive l'oggetto del processo non è il diritto potestativo in sé, che si consuma con l'esercizio, ma la **situazione giuridica sostanziale** che si intende costituire, modificare o estinguere. Questo chiarimento è fondamentale per garantire simmetria tra azione ed eccezione. Se un fatto costitutivo può essere fatto valere come azione (ad esempio, annullamento del contratto), deve poter essere dedotto anche in via di eccezione, nei limiti consentiti dall'ordinamento, senza creare disparità di trattamento. Quando si propone, ad esempio, una domanda di annullamento del contratto, non si chiede al giudice di accertare l'esistenza del diritto potestativo in astratto, ma di pronunciare una sentenza che produca l'effetto tipico previsto dalla legge, ossia la caducazione del vincolo contrattuale. Il diritto potestativo è il presupposto sostanziale dell'azione; **l'oggetto del processo è la trasformazione del rapporto**. Questa impostazione consente di mantenere la necessaria simmetria tra azione ed eccezione. Se un determinato fatto costitutivo può essere fatto valere in via di azione per ottenere una pronuncia costitutiva, deve poter essere dedotto anche in via di eccezione, nei limiti consentiti dall'ordinamento, senza che si produca una disparità di trattamento tra chi agisce e chi si difende. Diversamente si creerebbe un'irragionevole asimmetria: la parte potrebbe ottenere l'effetto solo assumendo l'iniziativa del processo, ma non potrebbe opporlo in funzione difensiva.

Le **Sezioni Unite del 2014** hanno ribadito, in tema di impugnativa negoziale, che la situazione giuridica si estingue con l'esercizio del diritto potestativo; il processo verte dunque sugli effetti prodotti o da produrre. Questa affermazione è decisiva perché **sposta l'attenzione dall'atto di esercizio al risultato giuridico**. La sentenza costitutiva integra la **fattispecie normativa e produce l'effetto estintivo o modificativo**; ciò che viene in rilievo nel processo è la verifica della sussistenza dei presupposti legali per quella trasformazione. Ne consegue che l'oggetto del giudizio nelle azioni costitutive è sempre il rapporto giuridico nella sua dimensione dinamica, cioè nella sua possibile evoluzione secondo lo schema previsto dalla legge. Il diritto potestativo è lo strumento; la situazione sostanziale è il bersaglio. Il processo non si concentra sul potere in sé, ma sull'effetto che l'ordinamento ricollega al suo esercizio attraverso la pronuncia del giudice.

Classificazione tradizionale delle azioni costitutive

Tradizionalmente si distinguono tre gruppi.

1. Azioni dirette a ottenere una dichiarazione di volontà: Il prototipo è l'azione ex articolo 2932 c.c. (esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto). La norma prevede che, in presenza di un contratto preliminare e dell'inadempimento di una delle parti, l'altra possa ottenere una sentenza che produce gli effetti del contratto non concluso. La sentenza ex articolo 2932:

- accerta l'esistenza del diritto a ottenere la dichiarazione di volontà;
- sostituisce la dichiarazione mancata, producendo direttamente l'effetto traslativo.

Si tratta di una sentenza dal contenuto duplice:

- **cognitivo**, in quanto accerta il diritto dell'attore;
- **attuativo**, in quanto realizza concretamente l'effetto sostitutivo.

Non a caso, l'articolo 2932 è collocato tra le disposizioni relative all'esecuzione forzata in forma specifica (artt. 2930–2933 c.c.), il che conferma la sua funzione di attuazione del diritto. La stessa logica si ritrova:

- nell'articolo 1032 c.c., in materia di servitù coattive;
- negli articoli 1706 e 1707 c.c., nel mandato senza rappresentanza.

In queste ipotesi, l'intervento del giudice si rende necessario solo in presenza di una crisi di cooperazione. Se la dichiarazione di volontà viene resa spontaneamente, la tutela costitutiva non è necessaria. Per questa ragione tali azioni sono spesso definite **azioni costitutive non necessarie**.

2. **Azioni di impugnazione negoziale**: appartengono a questo gruppo:

- l'annullamento;
- la rescissione;
- la risoluzione giudiziale ex articolo 1455 c.c.;
- il disconoscimento di paternità (art. 244 c.c.);
- l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.).

Non vi rientra la nullità, che si colloca nello schema norma–fatto–effetto ed è oggetto di azione dichiarativa. Nelle azioni di impugnativa, la sentenza produce l'effetto estintivo o modificativo del rapporto negoziale. Anche in questo caso l'effetto non si produce automaticamente, ma solo mediante pronuncia giudiziale. Tradizionalmente queste azioni sono ricondotte alla categoria delle **azioni costitutive necessarie**, poiché l'effetto tipico (ad esempio l'annullamento del contratto) non può prodursi senza l'intervento del giudice.

3. **Azioni costitutive strettamente necessarie**: Il prototipo è l'azione di nullità del matrimonio (art. 117 c.c.). In questo caso, anche se vi è accordo tra le parti, l'effetto non può prodursi senza pronuncia giudiziale. L'intervento del giudice è condizione indispensabile perché l'effetto costitutivo si produca.

Rientrano in questa categoria anche:

- il disconoscimento della paternità;
- l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità.

In passato vi rientrava anche il divorzio, ma l'introduzione di forme consensuali ha attenuato l'assoluta necessità del giudizio.

Azioni costitutive necessarie e non necessarie

Secondo una distinzione dottrinale, in particolare valorizzata da Proto Pisani, si possono distinguere:

- **azioni costitutive necessarie**, in cui l'intervento del giudice è sempre indispensabile per la produzione dell'effetto;

- **azioni costitutive non necessarie**, in cui l'intervento giudiziale è richiesto solo in presenza di una crisi di cooperazione.

L'azione ex articolo 2932 è il modello di azione costitutiva non necessaria: il giudice interviene solo quando la parte obbligata non presta spontaneamente la dichiarazione di volontà. In tali ipotesi la sentenza non si limita ad accertare il diritto, ma lo realizza concretamente, con una funzione che si avvicina a quella dell'esecuzione forzata. Le azioni costitutive rappresentano una categoria tipica, fondata su diritti potestativi a necessario esercizio giudiziale. Esse si distinguono nettamente dalle azioni di mero accertamento e di condanna, poiché la sentenza non si limita a dichiarare o a ordinare, ma integra la fattispecie legale, producendo direttamente l'effetto sostanziale. La distinzione tra azioni costitutive necessarie e non necessarie consente di coglierne la funzione: in alcuni casi il giudice è l'unico soggetto legittimato a produrre l'effetto; in altri, interviene solo per superare una crisi di cooperazione tra le parti.

Nell'approfondimento successivo occorre soffermarsi in modo più analitico sulle azioni di impugnativa negoziale, che costituiscono il nucleo teoricamente più complesso della tutela costitutiva.

Le azioni costitutive di impugnativa negoziale

Le **azioni costitutive di impugnativa negoziale** si collocano nell'ambito della tutela costitutiva disciplinata in via generale dall'articolo 2908 del codice civile, secondo cui, nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici con effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa. All'interno di questa categoria rientra il secondo grande gruppo di azioni costitutive: quelle dirette a incidere su un negozio giuridico già esistente, valido ed efficace, per eliminarlo o modificarlo in presenza di specifici presupposti previsti dalla legge. Si tratta delle cosiddette azioni di impugnativa negoziale. La loro struttura si inserisce nello schema:

norma → fatto → diritto potestativo → domanda giudiziale → sentenza → effetto.

La norma individua determinati fatti (vizi della volontà, lesione, inadempimento grave, ecc.) e, al loro verificarsi, attribuisce alla parte legittimata un diritto potestativo. Tuttavia, diversamente dai diritti potestativi semplici, qui l'effetto non si produce sul piano sostanziale con una mera dichiarazione unilaterale: è necessario l'intervento del giudice. Solo la sentenza produce l'effetto estintivo o modificativo del rapporto.

Le ipotesi classiche sono:

- L'annullamento del contratto (artt. 1425 ss. c.c.), nei casi di incapacità, errore, dolo o violenza;
- La rescissione (artt. 1447 ss. c.c.), nelle ipotesi di stato di pericolo o lesione;
- La risoluzione giudiziale per inadempimento (art. 1453 c.c.).

In tutte queste fattispecie il contratto è, fino alla pronuncia giudiziale, pienamente efficace. Il vizio o l'inadempimento non producono automaticamente lo scioglimento del vincolo. Essi attribuiscono alla parte interessata un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale: la parte può chiedere al giudice di incidere sul rapporto, ma senza sentenza il rapporto resta in vita. La sentenza, dunque, non si limita ad accertare una situazione giuridica preesistente, come accade nella tutela dichiarativa, né si limita a imporre un obbligo, come nella tutela di condanna. Essa incide direttamente sulla realtà giuridica, producendo un effetto costitutivo: estingue, modifica o caduca il negozio. Questa caratteristica distingue le azioni di impugnativa dalle ipotesi di diritto potestativo semplice, come la diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.) o la clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.), nelle quali l'effetto risolutorio si produce sul piano sostanziale a seguito della dichiarazione della parte. In tali casi, l'eventuale processo ha ad oggetto l'accertamento dell'avvenuta produzione dell'effetto; nelle azioni costitutive, invece, il processo è elemento necessario della fattispecie produttiva dell'effetto. Occorre poi considerare che le azioni di impugnativa non riguardano soltanto i contratti. L'ordinamento prevede analoghe azioni costitutive anche in relazione ad altri negozi giuridici: si pensi alla revocazione delle donazioni per sopravvenienza di figli, all'azione di riduzione delle disposizioni testamentarie, alla risoluzione delle donazioni o delle disposizioni testamentarie per inadempimento dell'onere, nonché all'azione revocatoria ordinaria ex art.

2901 c.c., che pure comporta un intervento costitutivo del giudice. Secondo l'impostazione di Proto Pisani, l'intervento del giudice, anche in queste ipotesi, si rende necessario solo in presenza di una crisi di cooperazione tra le parti. In astratto, gli effetti che la sentenza produce potrebbero essere realizzati anche attraverso strumenti di autonomia privata: ad esempio, le parti potrebbero consensualmente sciogliere il contratto. Quando, però, manca l'accordo, l'ordinamento affida al giudice il potere di incidere autoritativamente sul rapporto.

Il dibattito dottrinale

Il tema della natura delle sentenze che accolgono le azioni di impugnativa negoziale è oggetto di un ampio dibattito dottrinale, che si concentra soprattutto sulla qualificazione di tali pronunce come sentenze costitutive. L'impostazione tradizionale, seguita in modo costante dalla giurisprudenza e ribadita dalle Sezioni Unite del 2014 (nn. 26242 e 26243), ritiene che le sentenze di annullamento, rescissione e risoluzione giudiziale siano sentenze costitutive. Esse, infatti, non si limiterebbero ad accettare una situazione preesistente, ma produrrebbero l'effetto dello scioglimento del contratto, incidendo direttamente sul rapporto giuridico. In questa prospettiva, il contratto annullabile o risolubile resta valido ed efficace fino alla pronuncia del giudice; solo la sentenza determina l'eliminazione del vincolo. Su questo punto si è però sviluppata una riflessione critica, in particolare nell'ambito della cosiddetta scuola fiorentina, con autori come **Proto Pisani e Pagni**. Secondo questa impostazione, **la qualificazione come sentenze costitutive non sarebbe così pacifica**, soprattutto con riferimento all'annullamento. Il nodo centrale del dibattito emerge dal **confronto tra nullità e annullamento**. La distinzione tra queste due figure è tipica del nostro ordinamento ed è frutto di una stratificazione storica che combina influenze francesi e tedesche, recepite nel codice del 1942. In via schematica, si afferma che la nullità opera di diritto, mentre l'annullamento presuppone l'esercizio di un'azione da parte del soggetto legittimato. L'azione di nullità è unanimemente qualificata come azione dichiarativa: l'attore chiede al giudice di accettare che il contratto non ha mai prodotto effetti giuridici. **Le Sezioni Unite del 2014 hanno chiarito che la sentenza che accoglie la domanda di nullità produce gli stessi effetti della sentenza che rigetta la domanda di adempimento accogliendo l'eccezione di nullità**: in entrambi i casi si accetta la non esistenza del rapporto contrattuale. La pronuncia non crea un effetto nuovo, ma prende atto di un'inefficacia originaria. Diverso sarebbe, secondo l'impostazione tradizionale, il caso dell'annullamento. Qui il contratto è valido ed efficace fino alla pronuncia; il vizio della volontà attribuisce alla parte un diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, e solo la sentenza elimina il contratto. Da ciò deriverebbe la natura costitutiva della decisione. La dottrina critica, tuttavia, **mette in discussione la rigidità di questa distinzione**. Si osserva che anche nel caso dell'annullamento il fatto viziante incide originariamente sulla struttura del rapporto, determinandone una condizione di instabilità. La sentenza, allora, non "creerebbe" l'effetto eliminativo, ma accerterebbe la sussistenza del vizio e darebbe attuazione a un effetto già previsto dall'ordinamento. In questa prospettiva, la differenza rispetto alla nullità sarebbe meno ontologica di quanto si affermi, e la funzione della sentenza assumerebbe connotati più dichiarativi che costitutivi. Il problema teorico, in definitiva, consiste nello stabilire se l'effetto eliminativo del contratto deriva dal fatto viziante o dalla sentenza. Se si ritiene che sia la sentenza a produrre l'effetto, la qualificazione costitutiva è coerente. Se invece si considera decisivo il fatto viziante, e si attribuisce alla sentenza una funzione di accertamento e attuazione di un effetto già previsto dalla legge, la ricostruzione cambia. La giurisprudenza resta ferma nella qualificazione costitutiva delle sentenze che accolgono le azioni di annullamento, rescissione e risoluzione. Tuttavia, il dibattito dottrinale mostra come la distinzione tra nullità e annullamento, e la conseguente natura della sentenza, non siano questioni meramente terminologiche, ma incidano sulla comprensione complessiva della tutela costitutiva e sul rapporto tra fatto, diritto potestativo e provvedimento giurisdizionale.

Annnullamento del contratto

L'annullamento del contratto rappresenta il terreno più delicato nel dibattito sulla natura delle azioni costitutive di impugnativa negoziale. **L'articolo 1442 c.c.** stabilisce, da un lato, che **l'azione di annullamento si prescrive in cinque anni**; dall'altro, che l'annullabilità può essere opposta dal convenuto anche se l'azione è prescritta. Ne deriva una distinzione fondamentale: **l'azione di annullamento è soggetta a prescrizione quinquennale**, mentre l'**eccezione di annullabilità è imprescrittibile**. Le Sezioni Unite del 2014 hanno chiarito un punto decisivo: quando viene proposta l'azione di annullamento, l'oggetto del processo non è il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, bensì il rapporto contrattuale complesso. L'esercizio del diritto potestativo non costituisce l'oggetto del giudizio, ma ne rappresenta il presupposto. Esso "accende la luce" sul rapporto, che diventa il vero oggetto dell'accertamento giudiziale. Di conseguenza, la sentenza che accoglie l'azione di annullamento produce effetti analoghi a quelli della sentenza che rigetta la domanda di adempimento a seguito dell'accoglimento dell'eccezione di annullabilità. In entrambi i casi, il giudice accerta che il contratto non può produrre effetti. La differenza rispetto alla nullità resta strutturale. La nullità opera di diritto: il contratto nullo è inefficace ab origine e la sentenza ha natura dichiarativa. L'annullamento, invece, presuppone un diritto potestativo attribuito alla parte lesa, che può essere esercitato mediante azione o mediante eccezione. L'effetto eliminativo non si produce automaticamente per il solo fatto del vizio, ma richiede l'attivazione del soggetto legittimato. La disciplina della prescrizione conferma questa impostazione. La prescrizione quinquennale dell'azione di annullamento serve a evitare che la situazione di instabilità del contratto si protragga indefinitamente; tuttavia, la possibilità di opporre l'annullabilità in via di eccezione anche dopo il decorso del termine evita che la parte lesa sia costretta ad agire immediatamente. Se il contratto non ha avuto esecuzione, essa può attendere e far valere il vizio solo quando venga convenuta in giudizio. In realtà, il profilo della prescrizione riguarda soprattutto l'eventuale azione restitutoria che accompagna l'annullamento. Un confronto con la nullità mostra che le differenze, sul piano degli effetti pratici, tendono ad attenuarsi. L'articolo 1422 c.c. stabilisce che l'azione di nullità è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione. Anche qui, dunque, pur operando la nullità di diritto, gli effetti restitutori sono soggetti a prescrizione. In entrambi i casi:

- La sentenza che accoglie l'azione corrisponde, quanto agli effetti, a quella che accoglie la relativa eccezione;
- Esiste un'azione restitutoria soggetta a prescrizione (decennale nella nullità, quinquennale nell'annullamento);
- L'eccezione è imprescrittibile.

Rimane, tuttavia, la differenza strutturale: la **nullità si inserisce nello schema norma–fatto–effetto; l'annullamento nello schema norma–fatto–diritto potestativo–sentenza–effetto**. Per quanto riguarda la risoluzione del contratto, la disciplina è più articolata. Il legislatore prevede ipotesi in cui la risoluzione si produce sul piano sostanziale mediante l'esercizio di un diritto potestativo semplice, come nella diffida ad adempire o nella clausola risolutiva espressa. In tali casi, l'effetto risolutivo consegue alla dichiarazione della parte. Diversamente, nell'azione ordinaria di risoluzione **ex artt. 1453 e seguenti**, l'intervento del giudice appare necessario per produrre l'effetto risolutivo. Anche qui la giurisprudenza qualifica la sentenza come costitutiva, mentre la dottrina continua a interrogarsi sulla reale natura dell'effetto. Un'ulteriore proposta dottrinale è quella delle cosiddette "sentenze determinative", con cui il giudice integrerebbe o completerebbe la disciplina del rapporto, ad esempio nella liquidazione equitativa del danno. Tuttavia, tale categoria non è generalmente accolta. Si osserva che **il legislatore, attraverso clausole generali ed elastiche** (come gli artt. 1176, 1375, 1374, 1051 c.c.), **affida primariamente alle parti la determinazione concreta della disciplina del rapporto; il giudice interviene solo in caso di conflitto, applicando la norma elastica**. Non si tratterebbe, dunque, di una nuova tipologia di sentenza, ma dell'ordinaria operatività dei modelli tradizionali. Solo nell'ambito della giurisdizione volontaria il giudice svolge una funzione diversa, non di risoluzione di un conflitto tra parti contrapposte, ma di

gestione e regolazione di interessi. Con ciò può considerarsi concluso il quadro relativo alla tutela costitutiva, nelle sue principali articolazioni e nei profili di maggiore complessità sistematica. Il diritto di azione e il diritto di difesa costituiscono il nucleo essenziale del processo civile. Il primo si traduce nella possibilità di rivolgersi al giudice; il secondo si concretizza nel principio del contraddittorio, cioè nel diritto di partecipare al processo in condizioni di parità e di influire sulla decisione.

1. **Il diritto di azione:** Il fondamento normativo interno è l'**articolo 24 della Costituzione**, secondo cui tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La disposizione non è solo una proclamazione di principio: essa attribuisce una garanzia soggettiva al cittadino e, al tempo stesso, pone un limite al legislatore, che non può sopprimere o comprimere irragionevolmente l'accesso alla giurisdizione. Il diritto di azione, tuttavia, non è tutelato solo a livello nazionale. Esso trova riconoscimento anche nelle fonti sovranazionali.

- 1) **L'articolo 6 CEDU:** L'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo non menziona espressamente il diritto di azione. Esso garantisce che ogni persona abbia diritto a che la propria causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale. **La norma tutela il “giusto processo” e le sue garanzie formali**, ma presuppone che il processo sia già stato instaurato. Questa impostazione si spiega anche in ragione del contesto storico in cui la Convenzione fu redatta, con una forte influenza britannica. Nell'ordinamento anglosassone, tradizionalmente rimediale, non esiste una concezione del diritto di azione come diritto soggettivo astratto e generalizzato. La svolta si ebbe con la sentenza **Golder c. Regno Unito del 1975**. In quell'occasione, la Corte europea dei diritti dell'uomo affermò che il diritto di accesso a un tribunale è implicitamente garantito **dall'articolo 6**. Non avrebbe senso, infatti, garantire un processo equo senza prima assicurare la possibilità di accedervi. Con questa pronuncia, il diritto di azione entrò stabilmente nel patrimonio interpretativo della Convenzione.
- 2) **L'evoluzione nell'ordinamento dell'Unione europea:** In origine, la Comunità economica europea non si occupava di diritto processuale civile, materia rimessa agli Stati membri. Tuttavia, con l'affermazione del principio di primato del diritto dell'Unione, sancito dalla giurisprudenza a partire dalla sentenza **Simmenthal**, il giudice nazionale è divenuto anche giudice europeo, con il dovere di disapplicare la norma interna contrastante. Questo principio, però, non sarebbe stato effettivo senza un corrispondente riconoscimento della tutela giurisdizionale. Con la sentenza **Johnston del 1986**, la Corte di giustizia affermò il principio di effettività della tutela, riconoscendogli valore fondamentale. Tale principio fu ulteriormente rafforzato nella sentenza **Factortame del 1990**, nella quale si affermò la necessità di garantire misure cautelari anche contro lo Stato, superando una tradizione radicata dell'ordinamento inglese. L'approdo normativo di questo percorso è rappresentato **dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea** (Carta di Nizza), secondo cui ogni individuo ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice. L'espressione effective remedy non indica solo il diritto di agire, ma il diritto a una tutela effettiva, comprensiva della possibilità di ottenere un provvedimento idoneo a proteggere la situazione sostanziale. **Con il Trattato di Lisbona, la Carta ha acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati**, e dunque l'**articolo 47** ha rango costituzionale nell'ordinamento dell'Unione.

2. **L'articolo 24 Cost. e i limiti al legislatore:** Nel sistema italiano, il diritto di azione garantito dall'articolo 24 Cost. implica che chiunque possa rivolgersi al giudice per far valere una situazione giuridicamente rilevante. Il collegamento tra azione e situazione sostanziale non significa che il diritto debba effettivamente esistere: è sufficiente che l'attore ne affermi l'esistenza. Il giudice deciderà poi nel merito. È ormai superata la concezione di Chiovenda, secondo cui l'azione consisterebbe nel diritto a ottenere una sentenza favorevole. Oggi si ritiene che il diritto di azione sia il diritto a ottenere una decisione di merito, quale che sia il suo contenuto. **L'articolo 24 pone anche un limite al legislatore**. Sono incostituzionali quelle discipline che eliminano in modo irragionevole l'accesso al giudice, come

accadde per l'arbitrato obbligatorio in materia di appalti pubblici, dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale. Diverso è il caso delle condizioni di procedibilità, come la mediazione o la negoziazione assistita, che sono ammesse quando rispondono a interessi costituzionalmente rilevanti, come la ragionevole durata del processo.

3. Il principio del contraddittorio e il diritto di difesa: Il diritto di difesa, anch'esso garantito dall'articolo 24 Cost., si realizza nel processo civile attraverso il principio del contraddittorio. Nessuno può essere giudicato senza essere stato messo in condizione di partecipare al processo, conoscere le domande e le prove dell'altra parte e replicare. Il contraddittorio non è solo una regola formale, ma un principio strutturale del processo. **La decisione del giudice deve essere il risultato di un confronto tra le parti.** Anche i poteri officiosi del giudice devono essere esercitati nel rispetto del contraddittorio, consentendo alle parti di interloquire.

4. Il processo orientato alla decisione di merito: Numerose disposizioni del codice di procedura civile dimostrano che il processo è strutturato per concludersi con una decisione di merito. Gli istituti di sanatoria e rimessione in termini – **si pensi agli articoli 164, 182, 50, 102 c.p.c.** – mirano a evitare che il processo si arresti per vizi formali, favorendone la prosecuzione verso una pronuncia sulla domanda.

Questo assetto conferma che il diritto di azione non è un diritto astratto, ma è funzionale all'ottenimento di una decisione che definisca la controversia.

5. Tutela in forma specifica e tutela risarcitoria: Nel processo civile, la tutela in forma specifica rappresenta la regola generale. L'obiettivo è attribuire alla parte ciò che le spetta secondo il diritto sostanziale. Il risarcimento del danno ha carattere residuale, intervenendo quando la reintegrazione in forma specifica non è possibile. Anche in materia contrattuale, **l'articolo 1453 c.c. riconosce l'azione di esatto adempimento**, mentre **l'articolo 1218 c.c. disciplina il risarcimento come conseguenza dell'inadempimento.** Ciò conferma che la logica del sistema non è compensativa in via primaria, ma attuativa: prima si cerca di ottenere l'adempimento; solo se ciò non è possibile si ricorre al risarcimento.

Principio del contraddittorio

Il principio del contraddittorio costituisce il riflesso processuale del diritto di difesa sancito dall'articolo 24, comma 2, della Costituzione, secondo cui la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. **Prima della riforma costituzionale del 1999**, la rilevanza costituzionale del contraddittorio veniva ricavata in via sistematica dal combinato disposto dell'articolo 24, comma 2, e dell'articolo 3, comma 2, Cost., sul principio di uguaglianza sostanziale. Con l'introduzione dell'articolo 111 Cost., il principio è stato espressamente consacrato: “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità”. Non si tratta, dunque, di una mera regola tecnica, ma di un principio costituzionale che struttura l'intero processo. **Il contraddittorio presenta una duplice dimensione: una sostanziale e una formale.**

1. Il profilo sostanziale: parità effettiva e patrocinio a spese dello Stato: La dimensione sostanziale del contraddittorio si collega direttamente **all'articolo 24, comma 3, Cost.**, il quale stabilisce che sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti a ogni giurisdizione. Il principio di parità non può essere soltanto formale. Non avrebbe senso proclamare che tutti possono agire in giudizio se poi, in concreto, solo chi dispone di risorse economiche può farlo. Il patrocinio a spese dello Stato è lo strumento attraverso cui il legislatore ha dato attuazione a questa previsione, **con il d.lgs. 115/2002**. L'ammissione è subordinata a due condizioni principali: il possesso di un reddito familiare inferiore a una soglia fissata periodicamente e la presentazione di un'istanza motivata al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati competente, corredata dagli elementi necessari a valutare la non manifesta infondatezza della pretesa. Se l'istanza è accolta, lo Stato anticipa le spese e remunerà il difensore, scelto tra quelli iscritti in appositi elenchi. La copertura opera per il grado di giudizio in cui la parte risulta vittoriosa; in caso di soccombenza e successiva impugnazione, è necessaria una nuova valutazione. La disciplina, tuttavia, presenta limiti evidenti. La

soglia reddituale è particolarmente bassa, con la conseguenza che molti soggetti in condizioni economiche difficili restano esclusi. Inoltre, la previsione di una valutazione preventiva di fondatezza rischia di comprimere il diritto di azione, che si fonda sull'allegazione del diritto e non sulla sua anticipata verifica. In parte, le carenze del sistema sono colmate dall'attività di associazioni e organizzazioni che offrono assistenza legale a soggetti vulnerabili, ma si tratta di interventi sussidiari rispetto a un dovere costituzionale primario dello Stato.

2. **Il profilo formale: il contraddittorio nel codice di procedura civile:** La dimensione formale del contraddittorio è disciplinata **dall'articolo 101 c.p.c.**, secondo cui il giudice non può pronunciare su alcuna domanda se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è stata posta in condizione di difendersi. Il contraddittorio implica che ogni parte debba essere informata delle domande, delle eccezioni e delle prove dell'altra, e debba poter replicare. Esso non è soltanto un diritto di parola, ma un diritto di partecipazione effettiva al processo. Dopo le riforme più recenti, il principio si estende anche ai poteri officiosi del giudice. Quando il giudice intende porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, deve previamente sottoporla al contraddittorio delle parti. In questo modo si evita che la decisione si fondi su argomenti rispetto ai quali le parti non abbiano avuto possibilità di difesa.
3. **Parità delle parti e funzione del contraddittorio:** Il contraddittorio è strettamente collegato al principio di parità delle armi. Le parti devono trovarsi in condizioni di equilibrio processuale. Il giudice è terzo e imparziale, ma il processo si costruisce attraverso il confronto dialettico tra le parti. La decisione non è il prodotto di un'attività unilaterale del giudice, ma il risultato di un procedimento in cui ciascuna parte ha potuto esporre le proprie ragioni e contestare quelle altrui. In questo senso, il contraddittorio è garanzia di razionalità della decisione e, insieme, di legittimazione della funzione giurisdizionale.

Proseguiamo allora con ordine, perché qui il principio del contraddittorio non è uno slogan da manuale, ma una macchina che deve funzionare atto dopo atto.

1. Il primo comma dell'art. 101 c.p.c.: instaurazione del contraddittorio: L'articolo 101, primo comma, c.p.c. stabilisce che il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire su alcuna domanda se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. La formulazione, letta alla lettera, è fuorviante. Non è la "comparsa" in senso materiale a rilevare, ma la costituzione in giudizio. La presenza fisica in udienza può avere rilievo in altri ambiti, ma ai fini dell'instaurazione del contraddittorio ciò che conta è che il convenuto sia stato posto in condizione di difendersi e, eventualmente, si sia costituito tramite il difensore. **Ancora più importante è chiarire che le due condizioni indicate dalla norma devono essere lette in senso alternativo, non cumulativo. Il contraddittorio è regolarmente instaurato:**

- O quando il convenuto è stato regolarmente citato, secondo le forme di legge;
- Oppure quando, pur in presenza di un vizio della citazione, egli si costituisce in giudizio.

Diversamente si finirebbe per subordinare il diritto di azione dell'attore al comportamento del convenuto, che potrebbe paralizzare il processo semplicemente non costituendosi. Il che sarebbe una versione processuale del sabotaggio. Questa interpretazione è coerente con l'articolo 164 c.p.c., in tema di nullità della citazione. Se il convenuto si costituisce nonostante il vizio relativo alla *vocatio in ius*, il vizio è sanato. Perché? Perché l'atto ha comunque raggiunto il suo scopo.

2. Lo scopo dell'atto e la logica delle nullità: Qui entra in gioco un principio generale: lo scopo dell'atto. Il processo civile è una sequenza logicamente e cronologicamente ordinata di atti. Ogni atto è il presupposto del successivo e l'effetto del precedente. Non è un insieme casuale di carte depositate per sport. Lo scopo dell'atto processuale è consentire alla controparte di esercitare i poteri processuali conseguenziali. Se, nonostante un vizio formale, questo risultato è stato raggiunto, il vizio è sanato ai sensi **dell'articolo 156 c.p.c.** Così, se il convenuto si costituisce tempestivamente, esercitando i suoi poteri difensivi, lo scopo della citazione è realizzato. Il

contraddittorio è effettivo, anche se l'atto introduttivo presentava imperfezioni formali. Il sistema, dunque, non è formalistico. Non si annulla un processo solo perché manca una virgola, ma perché è stata compromessa la possibilità di difesa.

3. Il contraddittorio posticipato: L'inciso “salvo che la legge disponga altrimenti” apre la porta ai procedimenti a contraddittorio differito. Il principio non può essere eliminato, ma può essere posticipato. Il caso tipico è il procedimento per decreto ingiuntivo. Nella prima fase, il giudice decide inaudita altera parte, sulla base del ricorso del creditore e di una cognizione sommaria. Solo dopo l'emissione del decreto si instaura il contraddittorio, mediante notificazione al debitore. Se questi propone opposizione, si apre la fase a cognizione piena. Analoga struttura si ritrova nel procedimento cautelare **ex art. 669-sexies c.p.c.**, quando sussiste il *periculum in mora* tale da giustificare una decisione immediata senza previa convocazione della controparte. Anche qui, però, segue necessariamente una fase in contraddittorio. In entrambi i casi, il contraddittorio non è negato: è solo differito per esigenze di tutela effettiva.

4. Il secondo comma dell'art. 101: il contraddittorio nello svolgimento del processo: Il vero cuore della disciplina sta nel secondo comma dell'articolo 101. Il principio del contraddittorio non si esaurisce nell'atto introduttivo. Deve operare lungo tutto il processo. Ogni volta che si esercita un potere processuale, deve essere garantita la possibilità di reagire. La norma stabilisce che il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Qui emerge un punto decisivo: non ogni violazione formale comporta nullità. Occorre che dalla violazione sia derivata una concreta lesione del diritto di difesa. Non basta dire: “È stata violata una norma processuale”. Bisogna dimostrare che, a causa di quella violazione, la parte non ha potuto esercitare un determinato potere processuale. Questo orientamento, consolidato soprattutto nei giudizi di impugnazione, evita che il processo diventi un campo minato di formalismi inutili. Il sistema tutela la difesa reale, non l'astratta correttezza rituale. Se il giudice omette di assegnare un termine previsto dalla legge per l'esercizio di poteri consequenziali, e ciò impedisce alla parte di articolare prove o difese, allora vi è lesione. In tal caso il giudice deve “riaprire” la sequenza processuale, consentendo l'esercizio dei poteri pretermessi. E riaprire un potere significa riattivare un'intera micro-sequenza di atti, non un gesto isolato.

5. Le “sentenze della terza via” e le questioni rilevate d'ufficio: La parte finale del secondo comma affronta un problema concreto: le cosiddette “sentenze della terza via”. Accadeva che il giudice decidesse la causa sulla base di una questione rilevata d'ufficio – talvolta una diversa norma sostanziale – senza averla previamente sottoposta al contraddittorio. Risultato? Le parti scoprivano solo leggendo la sentenza che la causa era stata decisa su un terreno che non avevano potuto discutere. Per evitare questo, la norma impone che, se il giudice intende fondare la decisione su una questione rilevata d'ufficio, deve riservare la decisione e assegnare alle parti un termine per memorie. La nozione di “**questione rilevata d'ufficio**” è ampia: comprende fatti rilevabili d'ufficio, eccezioni in senso lato, questioni di diritto, esercizio di poteri istruttori. Ogni volta che il giudice introduce un elemento decisivo non previamente discusso, deve attivare il contraddittorio. Nessuna sorpresa è ammessa. Il processo non è un test a risposta multipla con soluzione segreta.

6. I limiti fisiologici del contraddittorio e i correttivi: Esistono situazioni in cui la dialettica tra le parti è attenuata, come nelle azioni costitutive necessarie, ad esempio l'annullamento del matrimonio. Anche se le parti sono concordi, l'intervento del giudice è indispensabile. In questi casi, per evitare che il processo diventi una formalità vuota, il legislatore prevede correttivi:

- l'intervento obbligatorio del pubblico ministero, **ai sensi dell'articolo 70 c.p.c.**, quando è coinvolto un interesse pubblico;
- l'intervento per ordine del giudice **ex articolo 107 c.p.c.**, che consente la chiamata di un terzo quando la decisione incide su posizioni connesse.

Sono strumenti che rafforzano il contraddittorio in senso oggettivo, anche quando la tensione soggettiva tra le parti è assente. In definitiva, il principio del contraddittorio non è un rituale di apertura del processo, ma una regola strutturale che accompagna ogni atto e ogni decisione. Garantisce che nessuna parte sia esclusa dal dialogo processuale e che la decisione sia il risultato di un confronto effettivo. Senza questa dinamica, il processo perderebbe la sua natura di giurisdizione e diventerebbe un atto unilaterale di potere. E a quel punto non parleremmo più di giustizia, ma di qualcosa di molto meno nobile. La contumacia, nel processo civile, è semplicemente la mancata costituzione in giudizio di una parte. Nessun dramma, nessuna ammissione implicita di colpa, nessun "mi dichiaro sconfitto". È una scelta processuale, e il sistema la tratta come tale. Può riguardare tanto l'attore quanto il convenuto, anche se nella prassi è quasi sempre quest'ultimo a restare fuori dal processo. Più raro è il caso dell'attore che promuove il giudizio e poi sparisce. Succede, ma è un po' come organizzare una prima teatrale e non presentarsi sul palco.

1. Articolo 171 c.p.c.: la disciplina generale: L'articolo 171 regola le prime conseguenze della mancata costituzione.

- Se nessuna delle parti si costituisce nei termini (art. 165 per l'attore; art. 166 per il convenuto), si applica l'articolo 307: cancellazione della causa dal ruolo ed estinzione del processo.

Il processo civile non procede d'ufficio. Se nessuno lo vuole, si spegne.

- Se una sola parte si costituisce, l'altra può costituirsi successivamente. Tuttavia, per il convenuto restano ferme le decadenze previste dall'articolo 167: niente domande riconvenzionali, niente eccezioni in senso stretto non rilevabili d'ufficio, niente chiamata di terzi.

Il processo va avanti, ma chi entra tardi non può pretendere di giocare con tutte le carte.

2. La contumacia dell'attore: È un'ipotesi rara, ma disciplinata dall'articolo 290 c.p.c.

Se l'attore non si costituisce nei termini dell'articolo 165, il giudice ne dichiara la contumacia nelle verifiche preliminari (art. 171-bis).

A quel punto:

- Se il convenuto chiede la prosecuzione nella comparsa di risposta, il processo prosegue.
- Se il convenuto non lo chiede, il giudice dispone la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue.

Ha senso. Se chi ha promosso il giudizio non si presenta e il convenuto non ha interesse a ottenere una decisione, il processo non ha motivo di esistere.

3. La contumacia del convenuto: Questa è la situazione tipica: il destinatario della domanda non si costituisce.

Il giudice, però, non può semplicemente prenderne atto e andare avanti come se nulla fosse. Deve prima verificare:

1. la regolarità della vocatio in ius (art. 164 c.p.c.);
2. la regolarità della notificazione (art. 291 c.p.c.).

Se rileva un vizio della notificazione, ordina la rinnovazione entro un termine perentorio. La rinnovazione impedisce ogni decadenza. Se l'attore non esegue l'ordine, il processo si estingue.

Se, invece, la notificazione è regolare (o viene regolarizzata) e il convenuto comunque non si costituisce, il giudice dichiara la sua contumacia. Doppio controllo, dunque: il sistema vuole essere certo che l'assenza sia frutto di scelta, non di errore.

4. Natura della contumacia: scelta neutra: Nel nostro ordinamento la contumacia è neutra. Non equivale:

- né a riconoscimento della domanda,
- né a confessione dei fatti allegati dall'attore.

L'articolo 115 c.p.c. collega il principio di non contestazione ai fatti non contestati dalla parte costituita. Il contumace, per definizione, non è parte costituita. Quindi la non contestazione non opera. Eccezione: il procedimento per convalida di sfratto (artt. 657 ss.), dove la mancata comparizione può avere effetti assimilabili a una ficta confessio. Ma è un'ipotesi speciale. Nel processo ordinario, l'attore deve comunque provare i fatti costitutivi del proprio diritto. L'assenza del convenuto può rendere la vita più semplice, ma l'onere probatorio resta.

5. Notificazioni al contumace (art. 292 c.p.c.): Poiché il contumace non ha un difensore costituito, alcuni atti devono essergli notificati personalmente:

- l'ordinanza che ammette interrogatorio formale o giuramento;
- le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali.

Interrogatorio formale e giuramento sono prove legali: l'assenza può avere conseguenze gravi. È necessario che la parte sia messa in condizione di sapere cosa sta accadendo. Le altre comparse si considerano comunicate con il semplice deposito. La sentenza, invece, deve sempre essere notificata: da essa decorrono i termini per impugnare.

6. Il rientro del contumace (art. 293 c.p.c.): Il contumace può costituirsi in qualsiasi momento del processo, fino alla rimessione della causa in decisione. Ma deve accettare il processo nello stato in cui si trova. Non può recuperare i poteri ormai preclusi, salvo un'eccezione specifica: può disconoscere, alla prima udienza o nel termine assegnato, le scritture private prodotte contro di lui.

Questo è fondamentale, perché l'efficacia probatoria della scrittura privata dipende dal riconoscimento (espresso o implicito) della sottoscrizione. Se non viene disconosciuta tempestivamente, si considera riconosciuta.

7. La rimessione in termini (art. 294 c.p.c.): Se la contumacia non è stata volontaria, ma dovuta a:

- nullità della citazione o della notificazione che ha impedito la conoscenza del processo;
- causa non imputabile alla parte (malattia grave, impedimento assoluto), il contumace può chiedere la rimessione in termini. È una forma speciale di applicazione dell'articolo 153, secondo comma, c.p.c. Se il giudice accoglie l'istanza, non si riaprono solo i poteri del contumace: si riattivano anche le micro-sequenze consequenziali per le altre parti. Il contraddittorio deve restare integro. Ad esempio, se il convenuto rimesso in termini propone una riconvenzionale, l'attore deve poter replicare e articolare prove. La rimessione in termini è un istituto di equilibrio, non un privilegio unilaterale.

IL PRINCIPIO DELLA DOMANDA E LA TERZIETÀ DEL GIUDICE

Dopo aver esaminato diritto di azione e contraddittorio, entra in scena il terzo protagonista: il giudice. L'articolo 111 Cost. stabilisce che ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. Terzietà significa equidistanza dalle parti. Imparzialità significa assenza di interesse nella controversia. Il giudice non è un co-autore della lite, né un consulente di una delle parti. Non può anticipare il risultato, né costruire d'ufficio una domanda che nessuno ha proposto. È vincolato al principio della domanda: decide su ciò che è chiesto e nei limiti di ciò che è chiesto. Il processo civile non è un laboratorio creativo del giudice. È un luogo in cui si confrontano le parti, sotto la direzione di un soggetto che deve restare, rigorosamente, fuori dal conflitto. Se il contraddittorio è la struttura orizzontale del processo, la terzietà del giudice è il suo asse verticale. Senza l'una o l'altra, il sistema perde equilibrio. E quando l'equilibrio si rompe, non si parla più di giurisdizione, ma di potere.

IL PRINCIPIO DI ALLEGAZIONE DEI FATTI

Il principio di allegazione – o potere assertivo – riguarda il modo in cui i fatti entrano nel processo. Stiamo parlando della **quaestio facti**, non della quaestio iuris. Centrale è il rapporto tra il principio della domanda e il principio di allegazione dei fatti, cioè il modo in cui i fatti entrano nel processo e incidono sulla decisione del giudice. Per comprendere la questione occorre partire da una premessa generale: quando il giudice è chiamato a decidere su una domanda, deve risolvere due tipi di questioni. Da un lato la **questione di diritto (quaestio iuris)**, dall'altro la **questione di fatto (quaestio facti)**. La prima consiste nell'individuare e interpretare la norma sostanziale applicabile; la seconda nel verificare se i fatti rilevanti previsti da quella norma siano effettivamente sussistenti. La prima operazione che il giudice compie è dunque la sussunzione della vicenda sotto una norma. È la norma sostanziale che seleziona, all'interno della realtà storica, i fatti giuridicamente rilevanti e li organizza in una fattispecie, distinguendo tra fatti costitutivi e fatti modificativi, estintivi o impeditivi. Solo dopo questa operazione è possibile passare all'accertamento dell'esistenza o meno di tali fatti. Non sempre, però, il giudice conosce direttamente i fatti principali. Talvolta egli conosce fatti secondari, dai quali, attraverso un ragionamento logico, può inferire l'esistenza dei fatti principali. È il meccanismo delle presunzioni. Si pensi all'elemento soggettivo della colpa: esso non è percepibile in modo diretto, ma può essere ricostruito attraverso fatti secondari, come una velocità manifestamente eccessiva in un centro abitato, dalla quale si desume la condotta colposa. Tutto ciò riguarda la **quaestio facti**. Ed è qui che entra in gioco il principio di allegazione. Nel nostro ordinamento, la questione di fatto è rimessa alle parti. Il giudice non può introdurre nel processo fatti di cui abbia conoscenza personale: è il divieto di scienza privata, che costituisce una garanzia della sua imparzialità. Diversamente, il giudice diventerebbe egli stesso parte attiva nella costruzione del materiale fattuale. **L'unica apertura a questo divieto è prevista dall'articolo 115 c.p.c.**, con riferimento ai fatti notori, cioè a quelle nozioni di comune esperienza che appartengono al patrimonio conoscitivo della collettività. In questi casi non è richiesta prova, **ma si tratta di un ambito ristretto e circoscritto**. Al di fuori di tale eccezione, i fatti devono entrare nel processo tramite allegazione delle parti. A questo punto occorre distinguere le diverse categorie di fatti, perché non tutti hanno lo stesso regime. In primo luogo vi sono i fatti costitutivi che svolgono funzione individuatrice, tipici dei diritti cosiddetti eterodeterminati, come le obbligazioni pecuniarie. Se un soggetto agisce per il pagamento di una somma, deve indicare il titolo specifico da cui il credito deriva: **compravendita, mutuo, locazione**. Quel fatto costitutivo identifica il diritto fatto valere. In questo caso il principio di allegazione si sovrappone al principio della domanda: solo l'attore può introdurre quel fatto e il giudice non può sostituirlo con un diverso fatto costitutivo. Farlo significherebbe alterare l'oggetto della domanda. Diversa è la situazione dei fatti costitutivi che non hanno funzione individuatrice, come nel caso dei diritti autodeterminati, ad esempio la proprietà. Se un soggetto rivendica la proprietà di un bene, non rileva, ai fini dell'identità del diritto, se egli l'abbia acquistata per contratto, usucapione o successione. Il titolo non individua un diritto diverso. In questi casi l'allegazione del fatto non incide sull'identità della domanda. Ancora diversa è la posizione dei fatti modificativi, estintivi o impeditivi, che costituiscono il fondamento delle eccezioni. Qui la disciplina dipende dal modo in cui tali fatti producono effetti nell'ordinamento. Se si tratta di fatti che operano automaticamente, secondo lo schema norma–fatto–effetto, essi producono i propri effetti di diritto. In tali ipotesi la giurisprudenza ammette che possano entrare nel processo non solo per iniziativa della parte cui giovano, ma anche attraverso altri veicoli, come documenti, testimonianze o consulenze tecniche. Inoltre, trattandosi di fatti che producono effetti automaticamente, possono essere rilevati anche d'ufficio dal giudice, purché sia attivato il contraddittorio ai sensi dell'articolo 101, secondo comma, c.p.c. Diversa è la disciplina dei fatti collegati all'esercizio di un diritto potestativo, che operano secondo lo schema norma–fatto–potere sull'an–effetto. In questi casi il fatto non produce effetti da solo: è necessario l'esercizio del diritto da parte del soggetto legittimato. È il caso tipico delle eccezioni in senso stretto, come l'annullabilità. Finché il diritto potestativo non viene esercitato, l'effetto non si produce. Di conseguenza, tali fatti possono entrare nel processo solo per iniziativa della parte titolare del diritto e nei termini stabiliti dalla legge, con le relative preclusioni. In conclusione, **il principio di allegazione non può essere compreso isolatamente**. Esso si

intreccia con il principio della domanda e con la struttura delle situazioni sostanziali dedotte in giudizio. Alcuni fatti sono rigidamente rimessi all'iniziativa dell'attore perché individuano il diritto; altri possono essere rilevati d'ufficio perché producono effetti automaticamente; altri ancora richiedono necessariamente l'esercizio di un potere della parte. Il sistema, nel suo complesso, è costruito per garantire un equilibrio: il giudice non può creare il materiale fattuale, ma non può neppure ignorare fatti che l'ordinamento considera automaticamente rilevanti. **L'allegazione dei fatti è dunque uno snodo essenziale tra il principio dispositivo e il potere decisorio del giudice**, e mostra come il processo civile sia fondato su una distribuzione rigorosa dei poteri tra parti e giudice.

IL PRINCIPIO DI CORRISPONDENZA TRA CHIESTO E PRONUNCIATO

Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, *disciplinato dall'articolo 112 c.p.c.*, rappresenta una **diretta conseguenza del diritto di azione e del principio del contraddittorio**. Se sono le parti a introdurre la domanda e a delimitare il *thema decidendum*, il giudice non può né andare oltre né restare al di sotto di quanto gli è stato richiesto. L'articolo 112 stabilisce, infatti, che il **giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa**, e che non può pronunciarsi su eccezioni che possono essere proposte solo dalle parti. La norma esprime una duplice esigenza: completezza della decisione e rispetto dei limiti oggettivi della controversia. La giurisprudenza ha chiarito che, in linea generale, le eccezioni sono rilevabili d'ufficio, salvo che si tratti di eccezioni in senso stretto, cioè di quelle che la legge riserva espressamente all'iniziativa di parte o che si fondano su fatti costitutivi di un diritto potestativo. In questi casi, il giudice non può supplire all'inerzia della parte. Dal punto di vista del contenuto della decisione, **occorre distinguere tra sentenza di accoglimento e sentenza di rigetto**. Se il **giudice accoglie la domanda, deve accettare l'esistenza di tutti i fatti costitutivi** e la non esistenza di tutti i fatti modificativi, estintivi o impeditivi, dando conto delle eccezioni sollevate o rilevate d'ufficio. L'accoglimento presuppone un accertamento pieno della fattispecie. Diversamente, **il rigetto può fondarsi anche su un solo motivo decisivo**. È sufficiente che manchi un fatto costitutivo oppure che risulti provato un fatto estintivo, modificativo o impeditivo. In tal caso, le altre questioni restano assorbite. L'assorbimento non è un vizio: è una conseguenza logica del fatto che una sola ragione è sufficiente a definire la controversia. L'assorbimento può riguardare non solo questioni preliminari di merito, ma anche domande tra loro collegate in varie forme di cumulo. Se una domanda è subordinata o condizionata e la condizione non si verifica, il giudice non deve pronunciarsi su di essa. Non si tratta di rigetto, ma di mancata attivazione del presupposto che rende attuale la decisione. La domanda resta assorbita. I problemi sorgono quando il giudice viola il principio di corrispondenza. **I vizi possibili sono due: l'ultra o extra petizione e l'omissione di pronuncia**. Il vizio di ultra o extra petizione si verifica quando il giudice va oltre i limiti della domanda. Accade, ad esempio, se a fronte di una domanda di mero accertamento pronuncia una condanna, oppure se liquida interessi o maggior danno non richiesti. Si tratta di un errore in procedendo. Non determina nullità automatica insanabile: deve essere denunciato con l'impugnazione. Se non viene fatto valere nei termini, il vizio si sana e la sentenza passa in giudicato anche nella parte eccedente. Se invece viene denunciato, il giudice dell'impugnazione annulla la parte viziata. Lo stesso schema vale per le eccezioni in senso stretto. Se il giudice rileva d'ufficio un'eccezione che la legge riserva alla parte – per esempio la prescrizione non sollevata dal convenuto – si ha un vizio di ultra petizione. L'altro vizio è l'omissione di pronuncia, che si verifica quando il giudice resta al di sotto di quanto richiesto. L'omissione può essere totale o parziale. L'omissione totale – il caso in cui il giudice non pronunci affatto la sentenza – è un'ipotesi patologica e rarissima. Non consente alla parte di proporre una nuova domanda, perché sussiste la litispendenza: il processo è già pendente davanti a quel giudice. L'unico rimedio è sollecitare formalmente la decisione e, decorso inutilmente un termine, valutare le azioni previste per la responsabilità del magistrato. Molto più rilevante è l'omissione parziale. Si verifica quando il giudice non decide su una parte della domanda o su un'eccezione. Ad esempio, accoglie la domanda per il capitale ma non si pronuncia sugli interessi richiesti; oppure rigetta la domanda principale

e tace su quella subordinata; oppure accoglie la domanda senza affrontare le eccezioni sollevate dal convenuto. Anche qui si tratta di un error in procedendo. Il rimedio è l'impugnazione ordinaria: appello contro la sentenza di primo grado; ricorso per cassazione, **ai sensi dell'articolo 360, n. 4, contro la sentenza di appello**. Se il vizio è rilevato in appello, il giudice di secondo grado decide direttamente sulla domanda o sull'eccezione omessa, rinnovando eventualmente gli atti necessari. In questo caso non opera il principio del doppio grado: **il giudice d'appello decide per la prima volta su quella parte della controversia**. Se il vizio è rilevato in Cassazione, la Corte può decidere nel merito solo quando non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto; altrimenti rinvia al giudice di merito. Se l'omissione non viene fatta valere, il vizio si sana. Ma le conseguenze cambiano a seconda che riguardi una domanda o un'eccezione. Se riguarda una domanda, manca una decisione su di essa: non si forma giudicato e la parte può riproporre la stessa domanda in un nuovo processo. Se riguarda un'eccezione, invece, la situazione è più grave. Con il passaggio in giudicato della sentenza, opera la preclusione del dedotto e del deducibile: tutti i fatti esistenti e deducibili in quel processo non possono più essere fatti valere in un successivo giudizio. L'eccezione non proposta o non coltivata è definitivamente perduta. In definitiva, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato rappresenta il punto di equilibrio tra potere dispositivo delle parti e potere decisorio del giudice. **Il giudice non può né ampliare né ridurre arbitrariamente l'oggetto della controversia**. Deve decidere tutto ciò che gli è stato chiesto e solo ciò che gli è stato chiesto. È una regola tecnica, ma è anche una garanzia: delimita il potere giurisdizionale e preserva la coerenza del processo con la sua struttura dispositiva.

IL PRINCIPIO DELL'IMPULSO DI PARTE

Il principio dell'impulso di parte, che spesso viene confuso con il principio della domanda, ma in realtà svolge una funzione diversa. **Il principio della domanda riguarda l'origine e i limiti del potere decisorio del giudice**: il giudice non può iniziare il processo né pronunciarsi oltre quanto richiesto. È una garanzia di terzietà e imparzialità, quindi ha una valenza costituzionale forte e non è derogabile. Il principio dell'impulso di parte, invece, è una regola di tecnica processuale. Non attiene all'imparzialità del giudice, ma al funzionamento del processo. Poiché il processo civile ha ad oggetto diritti disponibili, esso prosegue solo se le parti dimostrano interesse concreto al suo andamento. In altre parole, il processo non si muove da solo: qualcuno deve spingerlo. **Il passaggio da una fase all'altra richiede un atto di impulso**. Un esempio tipico è la comparizione all'udienza: presentarsi significa manifestare la volontà che il processo continui. Se le parti smettono di mostrarsi interessate, l'ordinamento non ha motivo di proseguire un'attività giurisdizionale che riguarda esclusivamente interessi privati. A questa logica rispondono diverse disposizioni del codice. **L'articolo 181, primo comma, prevede che se nessuna delle parti compare alla prima udienza, il giudice ne fissa una seconda; se nessuno compare neppure a quella, la causa viene cancellata dal ruolo e il processo si estingue**. È un meccanismo semplice: **doppia assenza, fine del processo**. L'articolo 309 estende la medesima regola alle udienze successive alla prima. Anche durante il corso del processo, l'assenza di entrambe le parti comporta la cancellazione e l'estinzione. L'articolo 181, secondo comma, disciplina l'ipotesi in cui l'attore non compaia. Se il convenuto non chiede che si proceda in sua assenza, la causa viene cancellata. È coerente: se neppure il convenuto ha interesse a ottenere una decisione, il processo si arresta. Analoga logica si rinviene nell'articolo 290 c.p.c. **in tema di contumacia dell'attore**: se l'attore non si costituisce e il convenuto non chiede espressamente la prosecuzione, il giudizio si estingue. **Il processo civile non è un meccanismo che si attiva contro la volontà di chi vi è coinvolto**. Lo stesso principio opera nel processo esecutivo. Anche qui non esiste un automatismo. **Dopo la notifica del titolo esecutivo, per procedere al pignoramento è necessario un atto di impulso del creditore nei termini di legge**. E una volta effettuato il pignoramento, il passaggio alla fase della vendita forzata richiede la presentazione di un'istanza di vendita da parte di uno dei creditori. Se nessuno la presenta, la procedura si arresta. Il senso complessivo è chiaro: il processo civile, sia di cognizione sia di esecuzione, non è un'attività officiosa permanente dello Stato. È uno strumento messo a disposizione delle parti. Se le parti non dimostrano interesse a utilizzarlo, l'ordinamento non lo mantiene in vita artificialmente. Il principio dell'impulso di

parte, quindi, non tutela la terzietà del giudice, ma garantisce coerenza tra attività giurisdizionale e volontà delle parti. In un sistema fondato sulla disponibilità dei diritti, è perfettamente logico che il processo sopravviva solo finché qualcuno lo vuole davvero.

L'ESTINZIONE DEL PROCESSO

L'estinzione del processo rientra tra le cosiddette **vicende anomale**: situazioni in cui il processo non arriva alla sua conclusione fisiologica, cioè alla sentenza di merito, ma si chiude anticipatamente con una decisione in rito. Non si decide sul diritto sostanziale. Il processo finisce prima.

Le due grandi ipotesi sono disciplinate dagli articoli 306 e 307 c.p.c.:

- **ESTINZIONE PER RINUNCIA AGLI ATTI DEL GIUDIZIO** (ART. 306);
- **ESTINZIONE PER INATTIVITÀ DELLE PARTI** (art. 307).

Le due fattispecie hanno presupposti diversi, anche se entrambe si collegano al carattere disponibile delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio.

Estinzione per rinuncia agli atti del giudizio (art. 306 c.p.c.)

Questa forma di estinzione è espressione diretta del principio dispositivo.

Se il processo riguarda diritti normalmente disponibili, le parti possono decidere di chiuderlo. Non è lo Stato che impone la prosecuzione di una lite che nessuno vuole più coltivare.

La rinuncia agli atti del giudizio richiede però un elemento essenziale: l'accettazione delle altre parti costituite che potrebbero avere interesse alla prosecuzione.

L'attore non può rinunciare unilateralmente. Serve il consenso del convenuto (e degli eventuali altri soggetti costituiti). Inoltre, l'accettazione non è efficace se contiene condizioni o riserve: deve essere piena. Le dichiarazioni possono essere rese:

- verbalmente all'udienza;
- oppure con atto scritto sottoscritto dalla parte o dal procuratore speciale e notificato alle altre parti.

Il riferimento al procuratore speciale è importante: si tratta di un soggetto munito di una delega specifica per compiere quell'atto, non basta la procura alle liti generica. Se rinuncia e accettazione sono regolari, il giudice dichiara l'estinzione del processo. Quanto alle spese, la regola è che il rinunciante le rimborsa alle altre parti, salvo diverso accordo. La liquidazione avviene con ordinanza non impugnabile. In sostanza, questa forma di estinzione si fonda su una scelta consapevole delle parti: il processo viene chiuso perché non interessa più.

Estinzione per inattività delle parti

Qui la logica è diversa. Non c'è un accordo espresso per chiudere il processo. C'è semplicemente inattività. E siccome il processo civile è retto dal principio dell'impulso di parte, se nessuno lo spinge avanti, si ferma. L'articolo 307 distingue tra:

- **INATTIVITÀ SEMPLICE** (primo e secondo comma); Riguarda il mancato compimento di atti di impulso. Un primo caso si verifica quando, dopo la notificazione della citazione, nessuna delle parti si costituisce nei termini previsti. In tal caso il processo si estingue. Un secondo caso si ha quando, dopo la costituzione, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo nei casi previsti dalla legge. Da quel momento il processo entra in una fase di quiescenza: le parti hanno un termine (generalmente tre mesi) per riassumerlo davanti allo stesso giudice. Se non lo fanno, il processo si estingue. Esempi tipici sono le ipotesi di sospensione o interruzione: se, cessata la causa che le ha determinate, il processo non viene riassunto entro il termine perentorio, si estingue. Ci sono però casi in cui l'estinzione è immediata, senza fase di quiescenza. È il caso richiamato dagli articoli 181 e 290: mancata comparizione di entrambe le

parti per due udienze consecutive; contumacia dell'attore senza richiesta del convenuto di procedere. In tali ipotesi il processo viene cancellato dal ruolo e si estingue direttamente. L'estinzione opera di diritto, ma deve essere dichiarata dal giudice con ordinanza o, se la causa è in decisione, dal collegio con sentenza.

- **INATTIVITÀ QUALIFICATA** (terzo comma): Qui non si tratta di semplice mancanza di impulso, ma di mancato adempimento di un preciso ordine del giudice o di un obbligo previsto dalla legge. Per esempio:

- mancata rinnovazione della citazione nulla;
- mancata integrazione del contraddittorio nei confronti di un litisconsorte necessario;
- mancata regolarizzazione di vizi relativi alla rappresentanza;
- mancata riassunzione nei termini perentori.

In questi casi la legge o il giudice fissano un termine perentorio. Se la parte non ottempera, il processo si estingue immediatamente. Anche qui l'estinzione opera di diritto ed è dichiarata d'ufficio.

Gli effetti dell'estinzione del processo

La disciplina degli effetti dell'estinzione del processo è contenuta nell'articolo 310 c.p.c., norma che consente di comprendere in modo preciso la portata di questa vicenda anomala del processo. L'estinzione, infatti, non rappresenta una decisione sul merito, ma una chiusura anticipata in rito: il giudice non accerta l'esistenza o l'inesistenza del diritto sostanziale fatto valere, bensì si limita a dichiarare che il processo si è arrestato per una delle cause previste dagli articoli 306 o 307. Il primo comma dell'articolo 310 stabilisce che l'estinzione del processo non estingue l'azione. La disposizione è coerente con la natura dell'istituto. Poiché l'estinzione dà luogo a una pronuncia di rito, il diritto sostanziale rimane intatto. Non essendovi stata alcuna decisione sul merito, la parte conserva la possibilità di riproporre la medesima domanda in un nuovo processo tra le stesse parti. Non si forma alcuna preclusione sostanziale e non si produce giudicato sul diritto controverso. L'estinzione incide esclusivamente sul processo, non sul rapporto giuridico dedotto in giudizio. Il secondo comma dell'articolo 310 prevede che l'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti nel processo, fatte salve le sentenze di merito pronunciate nel corso del procedimento e le pronunce che regolano la competenza. La regola generale, dunque, è l'inefficacia di tutti gli atti processuali, tanto quelli delle parti quanto quelli del giudice. Ordinanze, provvedimenti istruttori, sentenze di rito: tutto perde efficacia e non può essere utilizzato nel nuovo processo eventualmente instaurato. La prima eccezione riguarda le pronunce che regolano la competenza. L'espressione deve essere intesa con riferimento alle decisioni della Corte di cassazione, la quale, nell'esercizio della sua funzione istituzionale, regola la competenza attraverso i diversi strumenti previsti dal codice: regolamento necessario, regolamento facoltativo, regolamento d'ufficio o decisioni rese in sede di impugnazione. Può accadere che, nel corso del processo, la questione di competenza sia già stata sottoposta al vaglio della Corte di cassazione e che questa si sia pronunciata prima che intervenga l'estinzione. In tal caso, la decisione della Corte conserva piena efficacia anche dopo l'estinzione del processo, vincolando tutti i giudici dell'ordinamento. Se la domanda viene riproposta dinanzi a un giudice diverso da quello dichiarato competente dalla Corte, questi dovrà dichiararsi incompetente e rimettere le parti al giudice indicato come competente. La nozione di competenza, contenuta nel secondo comma dell'articolo 310, è interpretata in senso ampio e ricomprende anche le decisioni sulla giurisdizione. Anche in questo caso la ratio è evidente: la funzione di regolare la giurisdizione rientra tra i compiti istituzionali della Corte di cassazione. La questione di giurisdizione può giungere alla Corte attraverso il regolamento di giurisdizione, che costituisce un'istanza autonoma proponibile prima della sentenza definitiva, oppure tramite i mezzi ordinari di impugnazione. Se la Corte si pronuncia sulla giurisdizione prima che il processo si estingua, tale decisione rimane efficace e vincolante anche nel nuovo processo.

La seconda eccezione alla regola dell'inefficacia riguarda le sentenze di merito pronunciate nel corso del procedimento. Non si tratta, evidentemente, della sentenza definitiva, poiché una volta pronunciata questa il processo non potrebbe più estinguersi. Il riferimento è alle sentenze non definitive di merito, previste dall'articolo 279, secondo comma. Tali sentenze sopravvivono all'estinzione del processo e possono acquistare stabilità, ma occorre distinguere in base al loro oggetto. Quando la sentenza non definitiva decide una causa pregiudiziale in senso proprio, essa definisce in modo autonomo e definitivo un rapporto giuridico che costituisce il presupposto della decisione sulla domanda principale. Se tale sentenza non viene impugnata e, a seguito dell'estinzione, decorrono inutilmente i termini per proporre impugnazione, essa passa in giudicato formale e acquista autorità di cosa giudicata materiale ai sensi dell'articolo 2909 del codice civile. In tal caso, la decisione è definitivamente vincolante tra le parti e non può essere rimessa in discussione in un successivo processo. Diversa è l'ipotesi in cui la sentenza non definitiva abbia ad oggetto una questione preliminare di merito. In questo caso il giudice non si pronuncia sull'esistenza o inesistenza del diritto sostanziale, ma risolve una questione che incide sullo svolgimento del processo. Se la sentenza passa in giudicato formale dopo l'estinzione, non si forma giudicato materiale sul diritto controverso. Si produce invece un'efficacia panprocessuale esterna, o preclusione esterna, nel senso che la decisione resa sulla questione preliminare vincola il giudice davanti al quale la domanda venga eventualmente riproposta tra le stesse parti, ma non determina la stabilizzazione sostanziale del rapporto giuridico. In conclusione, l'estinzione del processo non travolge tutto ciò che è stato compiuto. Essa elimina l'efficacia degli atti processuali, ma lascia intatte le decisioni della Corte di cassazione in materia di competenza e giurisdizione e consente alle sentenze non definitive di merito di acquisire stabilità, secondo modalità diverse a seconda che abbiano deciso una causa pregiudiziale o una questione preliminare di merito. In questo modo il sistema garantisce coerenza tra la natura processuale dell'estinzione e l'esigenza di stabilità delle decisioni già rese su profili sostanziali rilevanti.

Le prove nel processo estinto – Articolo 310, comma 3, c.p.c.

Il terzo comma dell'articolo 310 c.p.c. disciplina la **sorte delle prove raccolte nel processo estinto e stabilisce che le prove raccolte nel processo estinto sono valutate dal giudice** a norma dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c. La norma introduce una deroga rispetto alla regola generale dell'inefficacia degli atti processuali, prevista dal secondo comma dello stesso articolo 310. **L'estinzione**, infatti, rende **inefficaci gli atti compiuti nel processo**, ma non comporta la totale dispersione dell'attività istruttoria già svolta. Le prove raccolte non conservano il loro valore originario di mezzi di prova in senso proprio, ma degradano ad argomenti di prova. Per comprendere la portata della disposizione occorre richiamare l'articolo 116 c.p.c., il quale distingue tra mezzi di prova, disciplinati dal primo comma e soggetti al principio del libero convincimento del giudice salvo i casi di prova legale, e argomenti di prova, menzionati al secondo comma. Gli argomenti di prova non costituiscono prova piena del fatto, ma elementi valutativi che possono concorrere a formare il convincimento del giudice. **Essi hanno un valore probatorio attenuato e possono essere utilizzati insieme ad altri elementi per fondare la decisione.** Nel caso del processo estinto, dunque, l'attività istruttoria già compiuta non è inutilizzabile in senso assoluto, ma può essere valorizzata nel nuovo giudizio con funzione meramente argomentativa. La disposizione riguarda soprattutto le prove costituende, ossia quelle che si formano nel corso del processo, come le prove testimoniali o l'interrogatorio formale. I verbali delle deposizioni testimoniali, ad esempio, potranno essere prodotti nel nuovo processo, ma non varranno come prova piena: costituiranno soltanto argomenti di prova. Diversa è la situazione delle prove documentali. I documenti, infatti, non pongono particolari problemi, poiché potranno essere nuovamente prodotti nel nuovo giudizio e riacquiereranno la loro piena efficacia probatoria secondo le regole ordinarie. L'interesse del terzo comma dell'articolo 310 si concentra quindi prevalentemente sulle prove costituende già assunte, evitando che l'attività istruttoria venga completamente dispersa, ma al tempo stesso impedendo che essa conservi l'efficacia originaria in un processo che si è chiuso senza decisione di merito.

La pronuncia dell'estinzione del processo

La dichiarazione di estinzione è disciplinata dall'articolo 307 c.p.c., il quale prevede che l'**estinzione sia dichiarata con ordinanza dal giudice istruttore oppure con sentenza dal collegio**. La diversa forma del provvedimento dipende dall'**organo giudicante e dalla fase processuale** in cui l'estinzione viene rilevata. Nel sistema attuale, in cui il giudice monocratico rappresenta la regola generale, l'**estinzione è normalmente pronunciata con ordinanza**. Tale ordinanza è suscettibile di reclamo al collegio ai sensi dell'articolo 308 c.p.c., secondo le modalità previste dall'articolo 178, commi terzo, quarto e quinto. Il collegio, riunito in camera di consiglio, decide sul reclamo. Se lo respinge, confermando la dichiarazione di estinzione, provvede con sentenza. Se invece accoglie il reclamo, si pronuncia con ordinanza non impugnabile, annullando l'ordinanza dichiarativa di estinzione. In quest'ultimo caso il processo prosegue, poiché viene esclusa la sussistenza dei presupposti per la chiusura in rito. Ne consegue che il provvedimento dichiarativo dell'estinzione può assumere la forma dell'ordinanza o della sentenza, a seconda dell'organo che lo emette e dell'eventuale esito del reclamo.

IL PRINCIPIO DELLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

Conclusa l'analisi dell'estinzione, occorre richiamare l'**ultima delle garanzie costituzionali previste dall'articolo 111 della Costituzione: IL PRINCIPIO DELLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO**. Il secondo comma, seconda parte, stabilisce che la legge assicura la ragionevole durata del processo. Tale principio ha assunto un rilievo centrale nella giurisprudenza della Corte di cassazione, che vi fa frequente ricorso per orientare l'interpretazione delle norme processuali in senso funzionale all'efficienza del sistema e alla prevenzione di irragionevoli dilazioni. La ragionevole durata presenta una duplice dimensione. Da un lato vi è una **proiezione interna al processo**, che impone di contenere i tempi di svolgimento del giudizio in tutti i suoi gradi. Dall'altro lato vi è una **proiezione esterna**, che mira a evitare la moltiplicazione dei processi con riferimento alla medesima vicenda sostanziale, così da impedire che l'apparato giudiziario venga attivato ripetutamente per la stessa controversia. Per quanto concerne la proiezione interna, la garanzia della ragionevole durata è tutelata anche dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che riconosce a ogni individuo il diritto a un processo equo celebrato entro un termine ragionevole. In caso di violazione di tale garanzia, il cittadino può ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo, una volta esauriti i rimedi interni. L'Italia è stata più volte condannata dalla Corte europea per violazione del termine ragionevole, in particolare in ambito penale, ma anche nel settore civile e amministrativo. Per evitare il ricorso sistematico alla giurisdizione europea, il legislatore ha introdotto un rimedio interno **con la legge 24 marzo 2001, n. 89, nota come legge Pinto**, che prevede **un'equa riparazione in caso di durata irragionevole del processo**. La competenza a decidere sulle domande di equa riparazione spetta alla Corte d'appello nel cui distretto ha sede il giudice che ha violato il termine ragionevole. Questo meccanismo ha prodotto effetti problematici, poiché le Corti d'appello, già gravate da un elevato carico di lavoro, si sono trovate investite anche di numerose domande risarcitorie fondate sui ritardi del sistema. La legge Pinto ha inoltre individuato parametri temporali di riferimento. Si considera ragionevole una durata non superiore a tre anni per il primo grado, due anni per il secondo grado e un anno per il giudizio di legittimità dinanzi alla Corte di cassazione. In ogni caso, il processo non eccede il termine ragionevole se viene definito in via irrevocabile **entro sei anni complessivi**. Tali limiti, tuttavia, risultano spesso difficilmente compatibili con la concreta situazione del sistema giudiziario italiano, in particolare con riferimento al giudizio di cassazione, la cui durata media supera frequentemente i termini indicati. Il soggetto che abbia subito un processo di durata irragionevole può proporre domanda di equa riparazione dinanzi alla Corte d'appello competente. L'indennizzo è determinato entro limiti quantitativi stabiliti dalla legge e rapportato alla durata del ritardo e al pregiudizio subito.

I PRINCIPI DI LEGALITÀ ED EQUITÀ

Prima di concludere l'analisi dei principi fondamentali che regolano il processo civile, occorre soffermarsi sui **principi di legalità ed equità, disciplinati dagli articoli 113 e 114 del codice di procedura civile**. Si tratta di principi che incidono direttamente sul criterio di decisione del giudice e che definiscono il modo in cui la controversia deve essere risolta. **IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ**, sancito dall'articolo 113, primo comma, c.p.c., costituisce la regola generale. La norma dispone che nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le **norme del diritto**, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità. Il giudice civile, dunque, decide secondo diritto, applicando le norme dell'ordinamento giuridico. Il termine "diritto" deve essere inteso in senso ampio, comprensivo dell'intero sistema delle fonti normative. **Il giudice è tenuto ad applicare non soltanto le leggi ordinarie, ma anche le norme costituzionali, le leggi costituzionali, il diritto dell'Unione europea, le norme internazionali e, nei limiti consentiti, gli usi e le consuetudini**. Il giudice ordinario è, infatti, giudice comune del diritto europeo e ha l'obbligo di applicare direttamente le norme dell'Unione, anche in caso di contrasto con una norma interna incompatibile. Non è raro, inoltre, che una controversia presenti elementi di collegamento con ordinamenti stranieri. Può accadere che la giurisdizione appartenga al giudice italiano, ma che la legge regolatrice del rapporto sia una legge straniera, individuata secondo le norme di diritto internazionale privato. In tali ipotesi il giudice italiano è tenuto ad applicare il diritto straniero, anche quando si tratti di ordinamenti lontani per lingua o tradizione giuridica. Per superare eventuali difficoltà linguistiche o tecniche, egli può avvalersi dell'ausilio di consulenti tecnici o traduttori, così da accedere correttamente al contenuto della norma straniera. Anche questa applicazione del diritto straniero rientra pienamente nel principio di legalità. Diverso dal principio di legalità è **IL PRINCIPIO DI EQUITÀ**. Occorre, tuttavia, distinguere l'**equità integrativa dall'equità sostitutiva**.

- L'equità integrativa è prevista da talune norme del codice civile, come gli articoli 1226 e 2056, che consentono al giudice di liquidare il danno secondo equità quando non sia possibile determinarlo nel suo preciso ammontare. In questi casi l'equità opera all'interno del diritto positivo, integrandolo e colmandone le lacune, ma senza sostituire la norma.
- L'equità cui si riferiscono gli articoli 113, secondo comma, e 114 c.p.c. è invece equità sostitutiva, ossia un criterio di giudizio che si pone in alternativa alla decisione secondo diritto. L'articolo 113, secondo comma, prevede che il giudice di pace decida secondo equità le cause il cui valore non eccede 1.100 euro, con esclusione delle controversie derivanti da contratti conclusi ai sensi dell'articolo 1342 c.c. L'articolo 114 stabilisce inoltre che il giudice, sia in primo grado sia in appello, possa decidere secondo equità quando vi sia concorde richiesta delle parti e la controversia abbia ad oggetto diritti disponibili.

Il giudizio secondo equità non deve essere confuso con un giudizio arbitrario o fondato sul mero buon senso del giudice. Anche quando decide secondo equità, **il giudice non è libero di prescindere completamente dall'ordinamento**. In primo luogo, egli deve comunque inquadrare la fattispecie e verificarne la rilevanza giuridica, anche al fine di accertare la propria giurisdizione e competenza. In secondo luogo, **la decisione equitativa deve fondarsi su criteri oggettivi e razionali, riconoscibili dalla comunità sociale, e non su valutazioni soggettive o discrezionali prive di giustificazione**.

L'equità sostitutiva rappresenta uno strumento volto ad **assicurare la giustizia del caso concreto quando l'applicazione rigida della norma generale e astratta condurrebbe a un risultato percepito come iniquo o sproporzionato**. Non si tratta di negare il diritto, ma di adattarlo alla specificità della situazione concreta, nei limiti consentiti dall'ordinamento. Proprio per evitare derive arbitrarie, il legislatore impone specifici obblighi motivazionali. L'articolo 118, secondo comma, delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile stabilisce che il giudice che decide secondo equità **deve esporre le ragioni di equità su cui si fonda la decisione**. L'articolo 119 delle stesse disposizioni richiede inoltre che la sentenza dia **espressamente atto nel dispositivo che la decisione è stata resa secondo equità**. Le sentenze pronunciate secondo equità in base all'articolo 114 c.p.c. non sono appellabili, come stabilito dall'articolo 339, comma 2, c.p.c. Contro di esse è ammesso **solo il ricorso per cassazione**, e unicamente

per i motivi di cui ai numeri 1, 2, 4 e 5 **dell'articolo 360 c.p.c.**, ma **non per il numero 3**, che riguarda la violazione di norme di diritto: ciò perché, in tali casi, la decisione non è fondata su norme giuridiche, bensì su criteri equitativi. Le sentenze pronunciate dal giudice di pace secondo equità, ai sensi dell'articolo 113, secondo comma, c.p.c., sono invece **appellabili**, ma solo per:

- Violazione delle norme sul procedimento,
- Violazione di norme costituzionali o comunitarie,
- Oppure violazione dei principi che regolano la materia.

LE PROVE NEL PROCESSO CIVILE

Nozione, funzione e disciplina

Cominciamo ad affrontare il tema delle prove, che fino a questo momento è stato richiamato solo incidentalmente, soprattutto quando abbiamo analizzato lo svolgimento del processo a cognizione piena e la disciplina delle preclusioni istruttorie. Nel rito ordinario le richieste istruttorie si collocano nella seconda e terza memoria integrativa previste **dall'articolo 171-ter c.p.c.** Nel rito semplificato, invece, la legge non fornisce indicazioni puntuali: si ricostruisce il sistema nel senso che i poteri istruttori devono essere esercitati in udienza oppure nell'appendice scritta eventualmente concessa dal giudice, quando le esigenze probatorie emergano dalle difese delle parti. Nel processo del lavoro, infine, le preclusioni istruttorie si agganciano direttamente agli atti introduttivi: l'attore deve esercitare i propri poteri istruttori nel ricorso e il convenuto nella memoria difensiva, secondo il principio di eventualità. Questa rigidità è tuttavia temperata **dall'articolo 421 c.p.c.**, che attribuisce al giudice del lavoro un ampio potere istruttorio d'ufficio, esercitabile anche oltre i limiti stabiliti per le parti.

Il concetto di prova

Il termine “prova” è polisemico e viene utilizzato in più accezioni.

In una prima accezione indica le fonti materiali di prova. Le fonti possono essere l’ispezione, che costituisce l’unico esempio di prova diretta e consiste nella percezione immediata del fatto da parte del giudice, oppure le prove rappresentative, cioè i documenti e le dichiarazioni testimoniali. L’ispezione è caratterizzata dal contatto diretto con il fatto, principale o secondario; le prove rappresentative, invece, sono strumenti che rappresentano il fatto. Il termine “prova” indica anche **i procedimenti di acquisizione delle fonti**. Con riferimento ai documenti, la produzione coincide con la richiesta di ammissione: la parte produce il documento nel momento in cui lo introduce nel processo, nel rispetto delle preclusioni istruttorie. Oggi tale produzione avviene in forma telematica. Diversa è la situazione delle prove costituende, che si formano nel processo, come la prova testimonia. In questi casi si parla propriamente di acquisizione. Il termine “prova” indica inoltre l’attività logica di valutazione svolta dal giudice sui mezzi istruttori acquisiti. **L’articolo 116 c.p.c.** stabilisce che il giudice valuta le prove secondo il proprio prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga diversamente. Si tratta di una clausola elastica che definisce il grado di convincimento richiesto al giudice civile. Qui emerge la differenza rispetto al processo penale: nel processo penale è richiesto il superamento del ragionevole dubbio, perché è in gioco la libertà personale; nel processo civile il livello di certezza richiesto è diverso, coerente con la diversa funzione del giudizio. Infine, il termine “prova” viene utilizzato per indicare l’efficacia della prova. Le prove possono essere libere, cioè soggette al prudente apprezzamento del giudice, oppure legali, cioè vincolanti. Nel caso della prova legale è il legislatore ad aver compiuto anticipatamente la valutazione: il giudice è vincolato. Esempio classico è la confessione, dichiarazione con cui una parte riconosce fatti a sé sfavorevoli e favorevoli alla controparte, producendo un effetto vincolante.

Prove e fonti normative

La disciplina delle prove è distribuita tra Codice civile e Codice di procedura civile. Il Codice civile, entrato in vigore prima, **contiene nel Libro VI una serie di disposizioni probatorie che non sono state integralmente replicate nel Codice di procedura civile**. Questo dato pone una questione teorica con rilevanti ricadute pratiche: le norme sulle prove sono norme sostanziali o processuali? La risposta incide, ad esempio, nei casi in cui il giudice italiano debba applicare una legge straniera. Se le norme probatorie sono processuali, si applicherà sempre la disciplina italiana. Se invece sono sostanziali, il giudice dovrà applicare anche le norme probatorie dell'ordinamento straniero che regola il rapporto sostanziale. La distinzione rileva anche nella successione di leggi nel tempo. Se si tratta di norme processuali, vale il principio *tempus regit actum*: si applica la legge vigente al momento dello svolgimento del processo. Se si tratta di norme sostanziali, si applica la legge vigente al momento in cui è sorto il rapporto giuridico. L'opinione prevalente qualifica le norme sulle prove come norme processuali, salvo rare eccezioni in cui siano strettamente collegate a uno specifico tipo di rapporto giuridico.

L'onere della prova

L'intera materia probatoria ruota attorno all'**articolo 2697 c.c.**, rubricato **“Onere della prova”**. La norma stabilisce **che chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento**, mentre chi eccepisce **l'inefficacia di tali fatti o sostiene che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda**. Questa disposizione riguarda la *questio facti*. Il giudice, per decidere sulla domanda, deve risolvere sia la *questio iuris* sia la *questio facti*. La prima è retta dal principio *iura novit curia*: il giudice individua e interpreta autonomamente la norma applicabile. Se non trova una norma espressa, ricorre ai meccanismi dell'*analogia legis* o dell'*analogia iuris*, secondo **l'articolo 12 delle preleggi**. Grava su di lui il divieto di non *liquet*: non può rifiutarsi di decidere. Diversamente, con riferimento alla *questio facti*, il giudice incontra limiti precisi. Non può utilizzare la propria scienza privata, salvo il ristretto ambito del fatto notorio di cui **all'articolo 115, secondo comma, c.p.c.** I fatti devono essere introdotti nel processo dalle parti, secondo le regole dell'allegazione. **L'articolo 2697 introduce il principio della cosiddetta semplificazione della fattispecie**. L'attore deve allegare e provare i fatti costitutivi del diritto; il convenuto deve allegare e provare i fatti modificativi, estintivi o impeditivi. La norma non è rivolta soltanto alle parti, ma fornisce anche al giudice un criterio di decisione. Può accadere che, esaurita l'istruttoria, il giudice non raggiunga il pieno convincimento sull'esistenza di un fatto. In tal caso opera la regola formale dell'articolo 2697: il fatto deve essere considerato inesistente. Si tratta di una regola rigida, sebbene esistano attenuazioni, come l'*equità integrativa* nella liquidazione del danno o il ricorso al giuramento suppletorio o estimatorio.

L'onere della prova e il principio di acquisizione

Resta da chiarire se l'articolo 2697 configuri realmente un onere in senso tecnico. Nel linguaggio giuridico si parla di onere quando una parte, per ottenere un vantaggio, deve tenere una determinata condotta. Tuttavia, il principio di acquisizione della prova complica questa ricostruzione. Secondo il principio di acquisizione, una volta che la prova è entrata nel processo, essa diventa patrimonio comune e può essere utilizzata dal giudice a favore o a danno di qualunque parte. Una testimonianza richiesta dall'attore può risultare favorevole al convenuto; una prova prodotta dal convenuto può giovare all'attore. La prova, una volta acquisita, esce dalla disponibilità della parte che l'ha introdotta. Ne deriva che la diligenza di una parte nel formulare richieste istruttorie non garantisce un esito favorevole, così come l'inerzia non comporta automaticamente una soccombenza. Per questo motivo il termine “onere” è in parte improprio. L'articolo 2697 va allora inteso come norma di ripartizione del rischio della mancata prova. Se il giudice non raggiunge il convincimento sull'esistenza di un fatto costitutivo, il rischio grava sull'attore; se non è convinto dell'esistenza di un fatto modificativo, estintivo o impeditivo, il rischio

grava sul convenuto. L'intera disposizione si fonda dunque sulla distinzione tra fatti costitutivi e fatti modificativi, estintivi o impeditivi. Ed è su questa distinzione che occorre tornare, perché da essa dipende l'intero equilibrio del sistema probatorio.

I fatti costitutivi, modificativi, estintivi e impeditivi

Cominciamo dai fatti costitutivi, perché sono il punto di partenza dell'intera costruzione dell'onere della prova. È bene tornarci più volte, perché questi meccanismi attraversano tutta la disciplina del processo civile: emergono nella fase di allegazione, in quella istruttoria, nella decisione e perfino nelle impugnazioni. I fatti costitutivi sono i fatti la cui esistenza è necessaria affinché si produca l'effetto giuridico. Sono, in altre parole, i fatti senza i quali il diritto non viene ad esistenza. La norma sostanziale seleziona, all'interno della vicenda storica, quei fatti che devono concorrere affinché sorga la situazione giuridica soggettiva. La fattispecie costitutiva può essere semplice oppure complessa. È semplice quando l'effetto giuridico dipende da un unico fatto; è complessa quando richiede una pluralità di elementi che devono concorrere tra loro. Se si parla di proprietà, i fatti costitutivi coincidono con i modi di acquisto della proprietà, disciplinati **dagli articoli 922 e seguenti del codice civile**: contratto (come la compravendita), donazione, successione, usucapione, accessione e così via. Ogni modo di acquisto rappresenta una diversa fattispecie costitutiva. Se si parla invece di obbligazioni, i fatti costitutivi coincidono con le fonti delle obbligazioni: contratto, fatto illecito e ogni altro atto o fatto idoneo a produrle. Anche qui, passando dal piano sostanziale a quello processuale cambia la terminologia, ma la sostanza resta la stessa. Nel caso dell'obbligazione da contratto, il fatto costitutivo sarà la conclusione del contratto valido ed efficace. Nel caso dell'illecito aquiliano, la fattispecie costitutiva è molto più articolata: occorre la condotta, l'elemento soggettivo (dolo o colpa), il nesso di causalità materiale, l'evento di danno, il nesso di causalità giuridica e le conseguenze dannose. Si tratta quindi di una fattispecie complessa, composta da una pluralità di fatti che devono coesistere affinché sorga il diritto al risarcimento. Accanto ai fatti costitutivi troviamo i fatti modificativi ed estintivi. La loro identificazione è relativamente semplice perché possiamo utilizzare un criterio cronologico: sono fatti successivi rispetto al fatto costitutivo. I fatti modificativi incidono su un diritto già sorto, alterandone il contenuto. Esempi classici sono la transazione o la novazione oggettiva, che modificano il rapporto obbligatorio preesistente. I fatti estintivi, invece, determinano la cessazione del diritto. Pensiamo ai modi di estinzione delle obbligazioni: adempimento, prescrizione, decadenza, remissione del debito, compensazione. Sono fatti che intervengono dopo la nascita del diritto e ne determinano la fine. Più problematica è la distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi. I fatti impeditivi non sono cronologicamente successivi rispetto ai fatti costitutivi, ma coevi: operano nello stesso momento in cui si forma la fattispecie. L'esempio classico è quello dei vizi della volontà nel contratto: errore, dolo, violenza. Il contratto si perfeziona, ma se ricorre un vizio della volontà, quel fatto incide sulla validità o sull'efficacia dell'atto. Non possiamo distinguere fatti costitutivi e impeditivi usando un criterio temporale, perché coesistono. La distinzione, quindi, non può che essere frutto di un'operazione interpretativa. In teoria dovrebbe essere la norma sostanziale a chiarire quali siano gli elementi costitutivi della fattispecie e quali, invece, rappresentino circostanze impeditive. Ma sappiamo che il legislatore non sempre è così lineare. Ogni vicenda concreta è una concatenazione di fatti. È la norma sostanziale che seleziona, tra questi, quelli giuridicamente rilevanti e ne qualifica il ruolo. E questa qualificazione non è neutra: dipende da scelte di valore del legislatore. Lo stesso fatto può svolgere ruoli diversi in fattispecie differenti. In un contesto può essere elemento costitutivo del diritto; in un altro può costituire fatto impeditivo. La qualificazione incide direttamente sulla distribuzione dell'onere della prova, perché, come sappiamo dall'articolo 2697 c.c., il rischio della mancata prova dei fatti costitutivi grava sull'attore, mentre quello relativo ai fatti modificativi, estintivi o impeditivi grava sul convenuto. Non è quindi possibile assumere che uno stesso fatto abbia sempre la medesima funzione. La sua qualificazione dipende dalla struttura della fattispecie delineata dalla norma sostanziale e dall'interpretazione che ne viene data. Ed è proprio su questa linea di confine tra fatto costitutivo e fatto impeditivo che si giocano spesso questioni decisive, soprattutto in materia di onere della prova.

Fatti costitutivi e fatti impeditivi: sincronici e difficili da distinguere

I fatti costitutivi e i fatti impeditivi sono fatti sincronici, cioè vengono ad esistenza nello stesso momento storico. Ed è proprio questo che complica tutto: non possiamo utilizzare un criterio cronologico per distinguerli, come facciamo per i fatti modificativi o estintivi. La distinzione, però, è decisiva per l'applicazione dell'articolo 2697 c.c., perché da essa dipende la distribuzione del rischio della mancata prova. Se un fatto è qualificato come costitutivo, il rischio grava sull'attore; se è impeditivo, grava sul convenuto. Lo stesso fatto, in fattispecie diverse, può assumere un ruolo differente. Non esiste una natura ontologica del fatto costitutivo o impeditivo: è la norma sostanziale che decide.

Responsabilità extracontrattuale e contrattuale: due scelte politiche diverse

Il confronto classico è tra l'articolo 2043 c.c. e l'articolo 1218 c.c. L'articolo 2043 stabilisce che qualunque fatto doloso o colposo che cagiona un danno ingiusto obbliga al risarcimento. Qui l'elemento soggettivo, cioè dolo o colpa, è chiaramente fatto costitutivo. Chi agisce deve allegarlo e provarlo. Diversamente, l'articolo 1218 prevede che il debitore che non esegue esattamente la prestazione è tenuto al risarcimento, salvo che provi che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile. Nella responsabilità contrattuale, quindi, l'elemento soggettivo non è fatto costitutivo. Ciò che rileva è l'inadempimento. È il debitore che, per liberarsi, deve provare l'impossibilità della prestazione per causa non imputabile. Questa differenza non è casuale: è una scelta politica del legislatore. Nella responsabilità contrattuale esiste un rapporto preesistente tra le parti; nella extracontrattuale no. Di conseguenza, nel primo caso si alleggerisce la posizione del creditore, nel secondo si richiede una prova più ampia.

Le presunzioni relative come tecnica di spostamento dell'onere

Il legislatore può spostare un fatto dall'area dei costitutivi a quella degli impeditivi anche attraverso le presunzioni relative. Un esempio è **l'articolo 1147 c.c. sulla buona fede nel possesso**. La buona fede è presunta. Questo significa che non deve essere provata da chi la invoca; sarà la controparte a dover provare la mala fede. La buona fede, in termini processuali, non funziona come fatto costitutivo, ma la mala fede diventa fatto impeditivo.

Lo stesso schema si ritrova:

- **Nell'articolo 1335 c.c.**, dove la dichiarazione si presume conosciuta quando giunge all'indirizzo del destinatario, salvo prova contraria;
- **Nell'articolo 1709 c.c.**, dove il mandato si presume oneroso;
- **Nell'articolo 1767 c.c.**, dove il deposito si presume gratuito.

La tecnica è sempre la stessa: attraverso una presunzione relativa, il legislatore redistribuisce il rischio della mancata prova.

I criteri del legislatore: normalità e vicinanza della prova

Talvolta il legislatore si ispira al criterio dell'*id quod plerumque accidit*, cioè a ciò che normalmente accade. I vizi della volontà sono eccezionali rispetto alla normalità del consenso valido: per questo non è chi agisce per l'adempimento a dover provare l'assenza di vizi, ma la controparte a doverli allegare e provare. Altre volte entra in gioco il criterio della vicinanza della prova: l'onere viene posto a carico della parte che si trova nella posizione migliore per fornirla. In materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ad esempio, è il datore di lavoro a dover provare la sussistenza del motivo. **Il lavoratore non ha accesso alle informazioni aziendali necessarie.** Lo stesso criterio è stato applicato dalle Sezioni Unite nel 2006 con riferimento al requisito dimensionale dell'impresa **ai fini dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori:** è il datore a dover provare il numero dei dipendenti.

Norme ambigue e ruolo dell'interprete: la buona fede del terzo

Quando la norma è chiara, il problema si risolve facilmente. **L'articolo 534 c.c.**, in tema di acquisto dall'erede apparente, stabilisce espressamente che i terzi devono provare di aver contrattato in buona fede. Ma non sempre il legislatore è così esplicito. **L'articolo 1445 c.c., sugli effetti dell'annullamento nei confronti dei terzi**, parla di *"terzi di buona fede"* senza chiarire chi debba provarla. Lo stesso accade nell'articolo 1415 c.c. in materia di simulazione. In questi casi è necessaria un'operazione interpretativa. Se si privilegia la tutela della circolazione dei beni, la buona fede verrà trattata come fatto impeditivo e la mala fede dovrà essere provata da chi intende recuperare il bene. Se si privilegia la stabilità del negozio originario, la buona fede potrà essere qualificata come fatto costitutivo del diritto del terzo.

La scelta incide direttamente sull'applicazione dell'articolo 2697.

Inadempimento contrattuale e onere della prova

Tradizionalmente si riteneva che:

- Per l'azione di adempimento fosse sufficiente provare il contratto;
- Per la risoluzione e per il risarcimento del danno fosse necessario provare l'inadempimento.

Con la sentenza delle Sezioni Unite 30 ottobre 2001, n. 13533, la Corte ha modificato l'impostazione. In materia di obbligazioni pecuniarie, chi agisce per adempimento, risoluzione o risarcimento deve limitarsi ad allegare l'inadempimento. Spetta al debitore provare di aver adempiuto. La soluzione si fonda sul criterio della vicinanza della prova: è più semplice per il debitore dimostrare il pagamento che per il creditore dimostrare di non aver ricevuto nulla. Questa impostazione crea una tensione teorica con **l'articolo 2697 c.c.**, perché l'inadempimento è fatto costitutivo dell'azione di risoluzione e di risarcimento. Si può allora dire che la Cassazione abbia riqualificato il fatto, spostando di fatto il rischio della prova.

Inesatto adempimento e vendita di cosa viziata

Il problema si complica nel caso di inesatto adempimento, come nella vendita di cosa viziata.

Qui il bene è stato consegnato. Applicando rigorosamente il criterio della vicinanza della prova, si dovrebbe ritenere che spetti al compratore provare l'esistenza del vizio, poiché è lui ad avere il bene nella propria disponibilità. Nel 2019 la seconda sezione civile ha affermato che spetta al compratore provare l'esistenza del vizio, sia che eserciti l'azione di risoluzione sia che chieda la riduzione del prezzo.

Nel 2021, con l'ordinanza n. 20551, la Corte ha invece sostenuto che il compratore deve solo allegare l'inesatto adempimento; sarà il venditore a dover dimostrare di aver consegnato un bene conforme. Solo successivamente il compratore dovrà provare l'esistenza concreta del vizio e la sua riferibilità al venditore. Il risultato è che, in tema di inesatto adempimento, il quadro non è ancora stabilizzato. E questo dimostra quanto la distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi non sia un esercizio teorico, ma una questione che incide direttamente sull'esito del giudizio e sul rischio della mancata prova.

IL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE

Il principio di non contestazione rappresenta un limite al principio dell'onere della prova. Non tutti i fatti giuridicamente rilevanti devono essere provati, perché il nostro ordinamento prevede che i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita possano essere posti direttamente a fondamento della decisione. Il riferimento normativo è **l'articolo 115, primo comma, c.p.c.**, secondo cui il giudice deve porre a base della decisione non solo le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, ma anche i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita.

Funzione del principio: economia e ragionevole durata

Il principio di non contestazione è un principio di tecnica processuale. La sua funzione è evidente: evitare attività istruttorie inutili su fatti che non sono realmente controversi. Se un fatto è pacifico tra le parti, costringerle a provarlo sarebbe una perdita di tempo e di risorse, in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo. Il processo civile, in via generale, ha ad oggetto diritti disponibili. Questo è il presupposto fondamentale del principio di non contestazione: se le parti possono disporre del diritto sostanziale, possono anche determinare l'ambito del *thema decidendum* attraverso le loro allegazioni e contestazioni. Il principio opera con riferimento a tutti i fatti, senza distinzioni.

Non riguarda soltanto i fatti principali, cioè i fatti costitutivi, modificativi, estintivi o impeditivi del diritto, ma anche i fatti secondari. I fatti secondari sono quei fatti che non integrano direttamente la fattispecie costitutiva, ma servono a dimostrare l'esistenza di un fatto principale. Pensiamo, ad esempio, alla colpa: raramente può essere provata direttamente; si introducono fatti secondari dai quali il giudice, attraverso un ragionamento presuntivo, può desumere la sussistenza della colpa. Oggi è pacifico che il principio di non contestazione operi su entrambi i piani.

Prima dell'intervento legislativo che ha inserito espressamente la regola nell'articolo 115 c.p.c., le Sezioni Unite, intorno al 2002, avevano ricondotto il principio di non contestazione **al principio dispositivo**. Muovendo da questa impostazione, ne avevano limitato l'ambito ai fatti costitutivi e ai fatti posti a fondamento di eccezioni in senso stretto, escludendone l'operatività per i fatti secondari e per quelli rilevabili d'ufficio. Questa ricostruzione oggi è superata. **Il principio di non contestazione è considerato un principio autonomo di tecnica processuale**, che opera in modo generalizzato su tutti i fatti allegati e non specificamente contestati. Il principio opera nei processi aventi ad oggetto diritti disponibili. Non opera invece quando il processo riguarda diritti indisponibili. Pensiamo all'azione di annullamento del matrimonio. Anche se le parti fossero d'accordo sui fatti e non li contestassero, il giudice non potrebbe fondare la decisione solo su quella mancata contestazione. In materia di diritti indisponibili, il consenso delle parti non vincola il giudice allo stesso modo. Esistono poi situazioni intermedie, come nel processo del lavoro, dove i diritti sono solo parzialmente disponibili ai sensi dell'articolo 2113 c.c. Nonostante questa semidisponibilità, il principio di non contestazione opera normalmente, perché il contraddittorio è effettivo e le parti sono in reale conflitto.

Il principio di non contestazione presuppone che entrambe le parti si siano costituite in giudizio.

L'articolo 115 parla espressamente di "parte costituita". Se una delle parti è contumace, il principio non opera. Nel processo civile ordinario di cognizione, la contumacia è neutra: non equivale a un'ammissione dei fatti allegati dalla controparte. Il giudice non può considerare come pacifici i fatti solo perché il convenuto non si è costituito. Fanno eccezione alcuni procedimenti speciali, come la convalida di sfratto, dove la mancata comparizione può avere effetti più incisivi.

Effetto della non contestazione

Quando un fatto è specificamente allegato e non viene specificamente contestato dalla parte costituita, esso esce dall'area del controverso. Non è più oggetto di prova. In questi casi, l'onere della prova non scatta. Non perché il fatto sia stato dimostrato, ma perché è diventato pacifico. Il principio di non contestazione, quindi, incide direttamente sulla dinamica dell'articolo 2697 c.c.: riduce l'ambito dei fatti da provare e, di conseguenza, riduce il rischio della mancata prova. Non elimina l'onere della prova, ma ne circoscrive l'operatività ai soli fatti effettivamente contestati. Ed è per questo che, in concreto, può essere decisivo quanto una prova ben riuscita.

Contenuto e limiti del principio di non contestazione

Occorre chiarire in cosa consista, in concreto, il principio di non contestazione. Esso incide direttamente sull'operatività dell'onere della prova: laddove un fatto allegato da una parte non venga specificamente contestato dalla controparte costituita, tale fatto non necessita di prova e può essere posto dal giudice a

fondamento della decisione come fatto esistente. La contestazione, tuttavia, deve essere puntuale e specifica. Una contestazione generica non è idonea a rendere controverso il fatto allegato; equivale, sul piano processuale, a una non contestazione. Il sistema normativo è coerente in tal senso. **L'articolo 163 c.p.c.** impone all'attore di indicare in modo specifico i fatti costitutivi della domanda; specularmente, **l'articolo 167 c.p.c. richiede al convenuto di prendere posizione in maniera chiara e specifica sui fatti posti dall'attore a fondamento della pretesa.** Ne deriva un evidente principio di proporzionalità: alla specificità dell'allegazione deve corrispondere la specificità della contestazione. Una formula di stile del tipo “si nega tutto quanto dedotto dalla controparte” non integra una contestazione idonea; in tal caso, i fatti allegati devono considerarsi non contestati, e dunque sottratti all'onere probatorio. Soltanto una contestazione analitica, riferita ai singoli fatti allegati, è idonea a trasformarli in fatti controversi e, quindi, bisognosi di prova.

Effetti della non contestazione e ruolo del giudice

Si pone allora un problema ulteriore: *il giudice è vincolato a ritenere esistente il fatto non contestato?* **L'articolo 115 c.p.c. consente di affermare che**, in presenza di non contestazione, **non opera l'onere della prova.** Tuttavia, ciò non equivale ad attribuire al fatto non contestato il valore di prova legale. La non contestazione non è assimilabile alla confessione. Quest'ultima costituisce prova legale ed è soggetta a precise condizioni di forma e legittimazione, producendo un vincolo per il giudice nei limiti stabiliti dalla legge. **La non contestazione, invece, è un meccanismo di semplificazione processuale, privo di efficacia vincolante in senso tecnico.** Può accadere, infatti, che nel corso dell'istruttoria emergano elementi – in applicazione del principio di acquisizione processuale – dai quali risulti l'inesistenza del fatto non contestato. In tale ipotesi il giudice non è obbligato a ignorare quanto emerso. Egli può discostarsi dalla non contestazione, ma non arbitrariamente: deve previamente attivare il contraddittorio, consentendo alle parti di prendere posizione e di esercitare i poteri consequenziali, in particolare quelli istruttori. La non contestazione elimina la necessità della prova finché il quadro processuale rimane coerente; non cristallizza il fatto in modo irreversibile.

Ulteriori limiti applicativi

Il principio di non contestazione non opera in alcune ipotesi specifiche. In primo luogo, non trova applicazione nei casi in cui il contratto sia soggetto a forma scritta ad substantiam. In tali ipotesi la forma costituisce elemento costitutivo del diritto e la sua mancanza può essere rilevata anche d'ufficio. Non è consentito surrogare l'assenza della forma richiesta mediante il meccanismo della non contestazione. In secondo luogo, il principio non si applica nei processi aventi ad oggetto diritti indisponibili o interessi pubblici. In tali materie il comportamento processuale delle parti non può vincolare il giudice, e il pubblico ministero può – e talora deve – formulare contestazioni specifiche a tutela dell'interesse generale coinvolto. Il principio di non contestazione, dunque, pur costituendo uno strumento essenziale di concentrazione e semplificazione del processo civile, opera entro confini ben delimitati, coerenti con la natura disponibile del diritto fatto valere e con la struttura del contraddittorio effettivamente instaurato.

ANALISI DELLE PROVE: IL PRINCIPIO DI DISPONIBILITÀ DELLE PROVE

L'esame della disciplina probatoria deve prendere avvio dal principio di disponibilità delle prove, che trova il suo fondamento nell'articolo 115 del codice di procedura civile. La disposizione stabilisce che, salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Accantoniamo, per ora, il riferimento ai fatti non contestati – espressione del principio di non

contestazione – e concentriamoci sulla prima parte della norma, che esprime il principio di disponibilità delle prove.

Significato del principio

Il principio di disponibilità delle prove comporta che, come regola generale, il materiale probatorio sul quale il giudice fonda la decisione è introdotto nel processo dalle parti o dal pubblico ministero. In altri termini, l'iniziativa probatoria spetta alle parti. Il concetto di “prova” deve essere inteso in senso ampio e ricomprende tanto le prove preconstituite, cioè quelle documentali, quanto le prove costituende, ossia quelle che si formano nel corso del processo, come la prova testimoniale. Anche il pubblico ministero, quando è parte del processo, può introdurre mezzi di prova.

Il ruolo del pubblico ministero

Il pubblico ministero, in ambito civile, può assumere un duplice ruolo. In alcune ipotesi tassativamente previste dalla legge è titolare di una legittimazione straordinaria ad agire, **ai sensi dell'articolo 69 c.p.c.**; **in altre è parte necessaria del processo.** Quando partecipa al giudizio, il pubblico ministero esercita poteri istruttori analoghi a quelli delle altre parti. Se il processo si svolge in forma litisconsortile, tutti i soggetti che rivestono la qualità di parte – quindi tutti i litisconsorti – sono titolari dei poteri istruttori.

Diversamente, il testimone non dispone di alcun potere istruttorio: egli costituisce una fonte di prova, non una parte processuale.

Poteri istruttori e principio di disponibilità

È necessario distinguere il principio di disponibilità delle prove dal diritto di azione e dal principio della domanda. Il primo attiene alla fase istruttoria, mentre gli altri riguardano l'iniziativa processuale e i limiti del potere decisorio del giudice. I poteri istruttori competono a chi riveste la qualità di parte nel processo, a prescindere da chi abbia introdotto la domanda. Il principio di disponibilità non implica che il processo civile sia integralmente dominato dall'iniziativa delle parti. Il giudice dispone infatti di poteri istruttori d'ufficio, la cui ampiezza varia a seconda del rito applicabile. È quindi necessario distinguere tra rito ordinario e rito del lavoro. Nel rito ordinario, il giudice può esercitare d'ufficio una serie di poteri istruttori. Anzitutto, **ai sensi dell'articolo 117 c.p.c., può disporre in qualunque momento la comparizione personale delle parti per interrogarle liberamente sui fatti di causa.** Nel rito ordinario l'interrogatorio libero è previsto come momento fisiologico della prima udienza, ma il giudice può disporlo anche successivamente. In secondo luogo, **l'articolo 118 c.p.c. consente al giudice di ordinare ispezioni su persone o cose, quando ciò sia indispensabile ai fini della decisione, purché non ne derivi una lesione della libertà personale o la violazione di segreti tutelati.** Un ulteriore potere di grande rilievo è la consulenza tecnica d'ufficio. Il consulente tecnico è un ausiliario del giudice, chiamato a svolgere attività che richiedono competenze tecniche non appartenenti al sapere giuridico. La consulenza può avere funzione valutativa, percettiva o mista. Le Sezioni Unite della Cassazione, con due pronunce del 2022, hanno fornito chiarimenti significativi proprio sulla natura e **sui limiti della CTU, tema che merita un approfondimento autonomo.** Il giudice può inoltre deferire il giuramento suppletorio o estimatorio, ai sensi **degli articoli 240 e 241 c.p.c.** Tali strumenti, che rientrano nella disponibilità del giudice, si distinguono dal giuramento decisorio, che invece è rimesso all'iniziativa delle parti. Il giuramento suppletorio ed estimatorio rappresenta un correttivo alla rigidità **dell'articolo 2697 c.c.: una volta prestato, assume valore di prova legale e vincola il giudice.** In materia di prova testimoniale, l'articolo 257 c.p.c. attribuisce al giudice il potere di disporre d'ufficio l'audizione di terzi quando, nel corso della deposizione di un testimone, emerge che questi abbia appreso i fatti da altre persone. Nel processo monocratico, l'articolo 281-ter c.p.c. amplia ulteriormente tali poteri, consentendo al giudice di disporre d'ufficio l'assunzione della prova testimoniale e di formulare direttamente i capitoli di prova, qualora dagli atti risultino persone informate sui fatti. Sotto il profilo istruttorio, non vi sono differenze tra rito ordinario e rito semplificato.

I poteri istruttori nel processo del lavoro

Diverso è il quadro nel processo del lavoro. In tale rito, le preclusioni istruttorie sono collegate agli atti introduttivi. L'attore deve esercitare i propri poteri istruttori nel ricorso; il convenuto nella memoria difensiva. Si tratta di preclusioni rigide, poste a pena di decadenza. Qui opera il principio di eventualità: ciascuna parte è tenuta a formulare compiutamente le proprie richieste istruttorie senza attendere di conoscere la posizione processuale della controparte sui fatti allegati. **L'articolo 421 c.p.c.** attribuisce al giudice del lavoro un potere istruttorio d'ufficio particolarmente ampio, prevedendo che egli possa, in qualsiasi momento, disporre l'ammissione di ogni mezzo di prova, anche oltre i limiti stabiliti dal codice civile. Si tratta di un potere significativamente più esteso rispetto a quello riconosciuto al giudice del rito ordinario. Non solo il giudice del lavoro può esercitare tutti i poteri istruttori, ma può farlo anche superando i limiti di ammissibilità di natura sostanziale previsti dal codice civile, limiti che saranno analizzati in modo specifico con riferimento ai singoli mezzi di prova. Questa ampiezza si giustifica in ragione della particolare natura delle situazioni giuridiche oggetto del processo del lavoro, tradizionalmente qualificate come situazioni "semi-disponibili". Il processo del lavoro presenta una struttura peculiare: da un lato è caratterizzato da un sistema di preclusioni rigido e anticipato; dall'altro è orientato all'accertamento della verità materiale. La Corte di Cassazione ha più volte affermato che l'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio da parte del giudice del lavoro deve essere ispirato proprio al criterio della ricerca della verità materiale. La ragione è evidente: nel processo del lavoro è normalmente coinvolta una parte strutturalmente debole, sul piano economico e sociale. Nella generalità dei casi si tratta del lavoratore, anche se non mancano ipotesi – marginali – in cui la posizione di debolezza possa riguardare il datore di lavoro. Il rafforzamento dei poteri istruttori del giudice risponde quindi all'esigenza di riequilibrare le posizioni sostanziali delle parti e di garantire un accertamento effettivo dei fatti rilevanti.

Limiti ai poteri istruttori del giudice

L'ampiezza dei poteri attribuiti al giudice del lavoro non trasforma il processo civile in un processo inquisitorio. Anche nel rito del lavoro, infatti, l'esercizio dei poteri d'ufficio incontra limiti strutturali inderogabili.

- 1. IL DIVIETO DI SCIENZA PRIVATA:** Il primo limite è rappresentato dal divieto di utilizzare la scienza privata. Il giudice non può fondare la decisione su conoscenze personali o su elementi acquisiti al di fuori del processo. Non gli è consentito ricercare autonomamente fonti di prova nella realtà extraprocessuale. Non può, ad esempio, recarsi sul luogo di un sinistro per verificare personalmente quanto accaduto, né presentarsi in azienda per interrogare i lavoratori. Un simile comportamento comprometterebbe la sua terzietà e imparzialità. Anche il giudice del lavoro, pur disponendo di poteri estesi, può esercitarli esclusivamente entro il perimetro degli atti processuali. Può, ad esempio, disporre l'audizione di un terzo solo se dagli atti emerge che tale soggetto potrebbe essere a conoscenza di fatti giuridicamente rilevanti. Il processo civile, in questa prospettiva, può essere raffigurato come uno spazio delimitato: il giudice può muoversi al suo interno, ma non può attingere elementi dall'esterno.
- 2. IL PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO:** Il secondo limite fondamentale è costituito dal principio del contraddittorio. Anche quando esercita poteri istruttori d'ufficio, il giudice non può mai comprimere il diritto delle parti di interloquire e di esercitare i propri poteri difensivi. Il processo civile è una sequenza ordinata di atti, ciascuno dei quali è effetto dell'atto precedente e presupposto di quello successivo. Ogni esercizio di un potere processuale genera poteri conseguenziali in capo alle altre parti. Questo vale anche per i poteri esercitati dal giudice.

L'articolo 183, ultimo comma, c.p.c. stabilisce che, qualora il giudice disponga d'ufficio l'ammissione di mezzi di prova, deve assegnare alle parti un termine perentorio per dedurre i mezzi di prova che si rendano necessari in relazione a quelli ammessi d'ufficio. La norma non è circoscritta al

solo momento dell'udienza, ma esprime un principio generale: ogni iniziativa officiosa deve essere accompagnata dalla riattivazione del contraddittorio. Lo stesso principio si ricava **dall'articolo 101, secondo comma, c.p.c.**, secondo cui il giudice che intenda porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio deve assegnare alle parti un termine per il deposito di memorie, a pena di nullità. Il contraddittorio non si esaurisce nella possibilità di esprimere un'opinione, ma implica la facoltà di esercitare pienamente i poteri difensivi consequenti.

Il principio di acquisizione processuale

Una volta che i mezzi di prova siano stati richiesti dalle parti o disposti d'ufficio e siano entrati nel processo, opera il principio di acquisizione processuale. Secondo l'orientamento più recente della Corte di Cassazione, espresso nel 2023 con riferimento al giudizio di appello ma in termini generali, il principio di acquisizione opera già dal momento in cui la parte chiede l'ammissione del mezzo di prova. La parte è libera di decidere se richiederlo o meno; tuttavia, una volta formulata l'istanza, la prova esce dalla sua disponibilità esclusiva. Non può più essere ritirata unilateralmente se la controparte vi si oppone. Una volta acquisita, la prova diviene patrimonio comune del processo. Il giudice può utilizzarla in modo pieno, traendone elementi di convincimento sia a favore della parte che l'ha introdotta sia a favore della controparte. In questo contesto si parla anche di principio di non dispersione della prova: i mezzi istruttori acquisiti restano nel processo per tutta la sua durata, anche nei successivi gradi di giudizio.

Le prove, quindi, non si esauriscono nel primo grado, ma rimangono a disposizione anche del giudice dell'impugnazione.

Valutazione di ammissibilità e rilevanza

L'ingresso della prova nel processo è soggetto a un filtro. Per le prove costituende, come la prova testimoniale, il giudice effettua una valutazione preventiva di ammissibilità e rilevanza. Solo se la prova supera questa verifica *ex ante* viene ammessa e successivamente assunta. Diversamente, per le prove documentali non vi è uno scarto temporale tra richiesta e acquisizione. Il documento, in quanto prova precostituita, deve essere prodotto nel momento in cui operano le preclusioni istruttorie. Esso entra immediatamente nel fascicolo, e la valutazione di ammissibilità e rilevanza sarà compiuta dal giudice in sede decisoria. La differenza è strutturale: la prova costituenda si forma davanti al giudice e richiede un controllo preliminare; la prova documentale è già formata e viene direttamente inserita nel processo, salvo poi essere valutata al momento della decisione. La valutazione di ammissibilità consiste nel controllo che il giudice è chiamato a compiere circa il rispetto dei limiti legali previsti dall'ordinamento per l'utilizzo dei singoli mezzi di prova. Si tratta di limiti normativamente predeterminati, che possono essere rinvenuti tanto nel codice di procedura civile quanto nel codice civile. Un esempio paradigmatico è rappresentato dalla prova testimoniale, rispetto alla quale il legislatore ha previsto una serie di restrizioni, sia di natura soggettiva sia di natura oggettiva. Tali limiti sono espressione di scelte legislative volte a circoscrivere l'uso di determinati mezzi istruttori in presenza di specifiche condizioni. Diversa è la valutazione di rilevanza. Un mezzo di prova è rilevante quando è diretto a dimostrare fatti giuridicamente rilevanti, ossia fatti principali: costitutivi, modificativi, estintivi o impeditivi. Per compiere tale verifica il giudice deve necessariamente anticipare un'attività che poi sarà chiamato a svolgere nella fase decisoria.

Egli deve, infatti:

1. individuare la norma generale e astratta applicabile;
2. interpretarla;
3. verificare se il mezzo istruttorio richiesto sia funzionale alla dimostrazione di fatti che, secondo quella norma, assumono rilievo giuridico.

La valutazione di rilevanza presuppone, quindi, una preliminare operazione di sussunzione della fattispecie concreta nella norma ritenuta applicabile.

Fatti principali e fatti secondari

La verifica di rilevanza non riguarda soltanto i mezzi di prova aventi ad oggetto fatti principali, ma anche quelli che hanno ad oggetto fatti secondari. Spesso, infatti, il fatto principale non è direttamente percepibile o dimostrabile. Si pensi alla colpa: essa non si prova in via immediata, ma si desume da circostanze fattuali ulteriori, ossia da fatti secondari, comunemente qualificati come indizi. In questo contesto si parla di prova per indizi, prova critica o prova per presunzioni, espressioni che designano il medesimo fenomeno. Un esempio classico è quello del sinistro stradale: la circostanza che un veicolo procedesse a velocità elevatissima in un centro abitato costituisce un fatto secondario dal quale il giudice può desumere l'elemento soggettivo della colpa. Analogamente, lo stato di alterazione del conducente può integrare un ulteriore fatto secondario rilevante. Quando l'oggetto della prova è un fatto secondario, la valutazione di rilevanza diviene più complessa. Il giudice deve verificare non solo che il fatto sia stato dedotto in modo corretto, ma anche che, attraverso un ragionamento logico-deduttivo, da esso possa effettivamente desumersi l'esistenza del fatto principale.

L'ordinanza di ammissione della prova

Le valutazioni di ammissibilità e di rilevanza devono essere formalizzate con ordinanza. Gli **articoli 177, primo comma, e 279, quarto comma, c.p.c. stabiliscono che le ordinanze**, comunque motivate, non possono mai pregiudicare la decisione della causa. La norma si riferisce proprio alle ordinanze istruttorie, che implicano un'anticipazione della valutazione giuridica del giudice. Questa anticipazione, tuttavia, non vincola il giudice nella fase decisoria. Egli resta libero di mutare orientamento, anche in relazione alla norma ritenuta applicabile. Nei casi di concorso apparente di norme, il passaggio da una disposizione all'altra può incidere sulla composizione della fattispecie costitutiva e, conseguentemente, sul riparto dell'onere della prova. La valutazione compiuta in sede istruttoria ha quindi carattere provvisorio e non pregiudica la decisione finale.

Valutazione delle prove

La disciplina della valutazione delle prove trova il suo riferimento normativo nell'articolo 116 c.p.c., il cui primo comma dispone che il giudice deve valutare le prove secondo il proprio prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga diversamente. La disposizione consacra il principio del libero convincimento del giudice. Nel processo civile la regola generale è quella delle prove libere, ossia soggette alla valutazione discrezionale del giudice secondo criteri logico-razionali.

L'inciso finale rinvia invece alle prove legali, che vincolano il giudice nella valutazione. Esempi tipici sono la confessione e il giuramento, rispetto ai quali il legislatore ha compiuto in via preventiva la valutazione di attendibilità. Nel caso delle prove libere, il giudice svolge un'attività di natura logico-razionale. Salvo l'ipotesi dell'ispezione — che costituisce una forma di percezione diretta del fatto — il giudice è normalmente chiamato a valutare prove rappresentative o indirette. Nel caso dei documenti, egli percepisce il fatto rappresentativo, che può consistere in qualsiasi supporto, anche digitale o informatico. Nel caso della testimonianza, percepisce una dichiarazione di scienza resa da un terzo. Il ragionamento valutativo è spesso rappresentato mediante lo schema del sillogismo:

- la premessa minore è costituita dal fatto rappresentativo percepito;
- la premessa maggiore è la massima di comune esperienza, che può derivare da conoscenze scientifiche, tecniche o dall'esperienza quotidiana;
- la conclusione è l'affermazione o negazione dell'esistenza del fatto giuridicamente rilevante.

Nella realtà, però, l'attività valutativa è molto più complessa. Il giudice applica una pluralità di massime di esperienza, talvolta tra loro divergenti, e deve procedere a un'opera di ponderazione complessiva. Nel caso della testimonianza, ad esempio, potrà considerare l'età del testimone, la sua posizione rispetto al fatto, l'eventuale interesse personale, la coerenza interna ed esterna della dichiarazione. In presenza di

dichiarazioni contrastanti, il giudice è chiamato a operare un bilanciamento tra elementi probatori di segno opposto.

Il grado di convincimento nel processo civile

Nel processo civile il grado di convincimento richiesto al giudice è diverso rispetto a quello previsto in ambito penale. Nel processo penale vige il criterio dell’ “oltre ogni ragionevole dubbio”, espressione di un elevato standard probatorio giustificato dalla posta in gioco, ossia la libertà personale dell’imputato.

Nel processo civile, invece, la giurisprudenza ha consolidato il criterio del “più probabile che non”, o della preponderanza dell’evidenza. È sufficiente che, alla luce del materiale probatorio, una ricostruzione dei fatti appaia più plausibile dell’altra. Questo standard si riflette anche nell’accertamento del nesso di causalità.

L'accertamento del nesso di causalità

In materia di **responsabilità civile** si distingue tra **causalità materiale** (che collega la condotta all’evento dannoso) e **causalità giuridica** (che collega l’evento alle conseguenze dannose). Il nesso causale non costituisce un fatto storico autonomo, ma un collegamento logico tra fatti. La verifica si fonda su un ragionamento controfattuale: il giudice si domanda se, in assenza della condotta, l’evento si sarebbe comunque verificato. Anche qui il criterio applicabile è quello della preponderanza dell’evidenza. L’esempio classico è quello dell’errore medico: occorre stabilire se, in assenza della condotta del sanitario, l’evento lesivo si sarebbe verificato comunque in ragione della patologia preesistente. Non è sufficiente dimostrare una condotta e un danno: occorre provare che tra i due esista un collegamento eziologico giuridicamente rilevante.

In particolare, nell’ambito dell’articolo 2043 c.c., la fattispecie richiede:

- una condotta (dolosa o colposa);
- un evento dannoso;
- un danno ingiusto;
- il nesso di causalità tra condotta ed evento;
- e, in un momento logicamente successivo, il nesso tra evento e conseguenze dannose risarcibili.

La giurisprudenza distingue infatti (come detto sopra) tra **causalità materiale** e **causalità giuridica**.

1. **Causalità materiale** (o di fatto): La causalità materiale attiene al rapporto tra la condotta e l’evento dannoso. La domanda è: *l’evento si è verificato a causa di quella condotta?* Qui il giudice compie un ragionamento contro-fattuale. Deve chiedersi: *Se eliminiamo mentalmente la condotta, l’evento si sarebbe comunque verificato?* Se la risposta è positiva, il nesso causale manca. Se la risposta è negativa, il nesso sussiste. Questo schema deriva dalla teoria della condicio sine qua non, filtrata però dal criterio della regolarità causale. Infatti, nel diritto civile non basta un rapporto puramente naturalistico di antecedenza logica. Occorre che l’evento sia conseguenza normale, non del tutto atipica o eccezionale, della condotta.

Il giudice, quindi, non si limita a verificare una sequenza materiale, ma valuta se, secondo un criterio di normalità e prevedibilità *ex ante*, quella condotta fosse idonea a provocare quell’evento.

2. **Causalità giuridica**: La causalità giuridica riguarda invece il rapporto tra l’evento dannoso e le conseguenze risarcibili. Anche quando sia accertato che la condotta ha causato l’evento, non tutte le conseguenze sono automaticamente risarcibili. L’articolo 1223 c.c., applicabile anche alla responsabilità extracontrattuale per effetto dell’articolo 2056 c.c., limita il risarcimento ai danni che siano conseguenza immediata e diretta dell’inadempimento o del fatto illecito. Qui il problema diventa ancora più raffinato: il giudice deve selezionare, tra tutte le conseguenze possibili, quelle che presentano un collegamento sufficientemente stretto con l’evento.

Nel processo civile, l’accertamento del nesso causale non richiede la certezza assoluta. Il criterio è quello della **preponderanza dell’evidenza**, cioè del “più probabile che non”. Questo significa che il giudice

deve ritenere sussistente il nesso quando, alla luce delle prove acquisite, l'ipotesi causale prospettata dall'attore risulti più plausibile dell'ipotesi alternativa. Non serve eliminare ogni ragionevole dubbio, come nel processo penale. Serve raggiungere un convincimento fondato su un giudizio di probabilità qualificata. Attenzione: non si tratta di una semplice percentuale superiore al 50%. Il giudizio non è matematico, ma logico-argomentativo. Si basa su massime di esperienza, conoscenze scientifiche e valutazione complessiva del materiale istruttorio. In molte controversie — responsabilità sanitaria, infortunistica, esposizione a sostanze nocive — il nesso causale è fortemente tecnico. Qui entra in gioco la consulenza tecnica d'ufficio. Il giudice non accerta direttamente il nesso causale: valuta le conclusioni del consulente, le confronta con le osservazioni dei consulenti di parte e le inserisce nel proprio ragionamento. Prendiamo l'esempio classico. Un paziente affetto da una patologia viene sottoposto a trattamento sanitario e subisce un peggioramento o muore. Il giudice deve stabilire: se la condotta del medico sia stata negligente, imprudente o imperita; se, in assenza di quella condotta, l'evento si sarebbe verificato comunque. Il ragionamento è controfattuale: Se il medico avesse adottato la condotta corretta, il paziente avrebbe avuto concrete probabilità di sopravvivere o di evitare l'aggravamento? Oppure l'esito era inevitabile in ragione della patologia preesistente? La giurisprudenza ha elaborato il criterio della elevata probabilità logica, che in sede civile si traduce nella verifica che la condotta abbia aumentato in modo apprezzabile il rischio dell'evento. Se l'intervento omesso avrebbe dato al paziente concrete possibilità di sopravvivenza, il nesso causale può ritenersi sussistente.

La testimonianza come prova libera

La testimonianza rappresenta la prova libera per eccellenza. Si tratta di una dichiarazione di scienza resa da un soggetto terzo rispetto al processo, avente ad oggetto fatti percepiti direttamente o indirettamente (in quest'ultimo caso si parla di testimonianza de relato). È una prova costituenda, in quanto si forma nel processo, secondo le modalità stabilite dal codice di procedura civile. La testimonianza comporta un'attività complessa: escussione del testimone, redazione del verbale, lettura e sottoscrizione. È inoltre un mezzo probatorio caratterizzato da intrinseca fragilità, poiché fondato sulla memoria di un terzo, che può risultare attenuata dal tempo trascorso. Per tali ragioni è sottoposta a limiti di ammissibilità, distinti in soggettivi e oggettivi.

Limiti soggettivi: articolo 246 c.p.c.

L'articolo 246 c.p.c. stabilisce che non possono essere assunti come testimoni coloro che abbiano nella causa un interesse tale da legittimarli a partecipare al giudizio. Si tratta di soggetti che, ai sensi dell'articolo 105 c.p.c., sarebbero legittimati a intervenire volontariamente nel processo. Il fondamento di questo limite è il divieto di testimonianza della parte. Nel processo civile la parte non può rendere dichiarazioni idonee a fondare il convincimento del giudice su fatti a sé favorevoli. Le dichiarazioni della parte possono rilevare solo nei limiti in cui siano contra se, e possono eventualmente assumere valore di confessione, che costituisce prova legale. Questo assetto differisce sensibilmente dal processo penale, nel quale la parte civile può rendere testimonianza. Le differenze tra i due sistemi generano problemi di utilizzabilità delle prove quando una dichiarazione resa nel processo penale venga successivamente in rilievo nel giudizio civile. Tutto ciò evidenzia la portata sistematica del limite posto dall'articolo 246 c.p.c., che esprime una scelta strutturale del processo civile: la separazione netta tra la posizione della parte e quella del testimone.

Le norme dichiarate incostituzionali in materia di testimonianza

Le disposizioni contenute negli articoli 247 e 248 c.p.c. non sono più applicabili, in quanto dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale. L'articolo 247 c.p.c. prevedeva il divieto di testimonianza per il coniuge, anche se legalmente separato, nonché per i parenti e affini in linea retta, salvo che la controversia avesse ad oggetto questioni di stato o di famiglia. La Corte costituzionale ha ritenuto tale previsione lesiva dei principi costituzionali, affermando che il vincolo familiare non può

incidere sulla capacità a testimoniare, ma può rilevare esclusivamente ai fini della valutazione dell'attendibilità del teste. Il giudice, quindi, non può escludere aprioristicamente la testimonianza per ragioni di parentela o coniugio, ma dovrà tener conto di tali circostanze nel momento valutativo, ai sensi dell'articolo 116 c.p.c. Analogamente ha avuto l'articolo 248 c.p.c., relativo ai minori di quattordici anni. Anche in questo caso la Corte costituzionale ha escluso che la minore età incida sulla capacità a testimoniare. La giovane età può incidere sulla credibilità e sulla attendibilità della dichiarazione, ma non determina un'incapacità legale a rendere testimonianza. Il giudice, dunque, procederà all'assunzione della prova e ne valuterà poi l'affidabilità alla luce delle concrete circostanze del caso.

I limiti oggettivi alla prova testimoniale

Diversamente dai limiti soggettivi, che attengono alla persona del testimone, i limiti oggettivi riguardano l'oggetto della prova. Essi sono disciplinati dagli articoli 2721 e seguenti del codice civile, che regolano la prova dei contratti e che trovano applicazione, per effetto dell'articolo 2726 c.c., anche con riferimento al pagamento e alla remissione del debito. **L'articolo 2721 c.c. stabilisce che la prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede 2,58 euro.** Si tratta di un limite oggi evidentemente anacronistico, ma formalmente ancora vigente. Tuttavia, il secondo comma attribuisce al giudice un potere di deroga: egli può ammettere la prova testimoniale tenendo conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza del caso concreto. Il limite, quindi, non è assoluto, ma rimesso alla valutazione giudiziale.

L'articolo 2722 c.c. vieta la prova testimoniale diretta a dimostrare patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, qualora tali patti siano anteriori o contemporanei alla stipulazione. La ratio è evidente: evitare che il contenuto di un atto scritto venga svuotato attraverso allegazioni verbali che ne modifichino retroattivamente il significato. **L'articolo 2723 c.c.**, invece, disciplina i **patti posteriori alla formazione del documento**. In questo caso la prova testimoniale è ammissibile soltanto quando, in relazione alle circostanze concrete, appaia verosimile che le parti abbiano effettivamente modificato verbalmente l'accordo originario. Qui il legislatore mostra un atteggiamento meno rigido, ma sempre filtrato dal controllo giudiziale di verosimiglianza. **L'articolo 2724 c.c. introduce ipotesi derogatorie che consentono di superare i limiti precedentemente indicati.** La prova testimoniale è ammessa:

- Quando vi sia un principio di prova per iscritto;
- Quando la parte si sia trovata nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta;
- Quando il documento sia stato perduto senza colpa.

Queste situazioni operano come valvole di flessibilità del sistema, evitando che il formalismo probatorio conduca a risultati irragionevoli.

L'articolo 2725 c.c. riguarda gli atti per i quali la forma scritta è richiesta ad substantiam o ad probationem. Nel primo caso, la forma scritta è elemento costitutivo del negozio: la sua mancanza comporta la nullità dell'atto. In tali ipotesi la prova testimoniale non è ammessa, salvo che il documento sia stato perduto senza colpa. **Nel secondo caso, la forma scritta è richiesta solo ai fini probatori: anche qui la testimonianza è ammessa esclusivamente in caso di perdita incolpevole del documento.**

Modalità di acquisizione della prova testimoniale

La disciplina processuale dell'assunzione della prova testimoniale è contenuta negli articoli 244 e seguenti c.p.c. La parte che intende avvalersi della testimonianza deve indicare specificamente:

i nominativi delle persone da interrogare; i fatti sui quali esse devono essere sentite, formulati in articoli separati. Si parla di capitolazione della prova. I "capitoli" costituiscono le domande che il giudice sottoporrà al testimone. Non è il testimone a parlare liberamente: egli risponde a quesiti circoscritti e specifici. Il giudice valuta preventivamente l'ammissibilità e la rilevanza di ciascun capitolo. Il testimone,

su richiesta della parte, viene citato a comparire ai sensi dell'articolo 250 c.p.c., mediante intimazione dell'ufficiale giudiziario, anche tramite PEC. Se il testimone non compare, il giudice può:

- Disporre una nuova intimazione;
- Ordinare l'accompagnamento coattivo;
- Irrogare una sanzione pecuniaria ai sensi dell'articolo 255 c.p.c.

Si tratta di poteri effettivamente esercitati nella prassi.

Il testimone, una volta comparso, presta giuramento ai sensi dell'articolo 251 c.p.c., impegnandosi a dire la verità. **L'interrogatorio è condotto dal giudice istruttore**, non dalle parti o dai difensori, secondo quanto previsto **dall'articolo 253 c.p.c.** Il giudice può formulare anche domande d'ufficio, al fine di chiarire i fatti oggetto di prova. Nel processo civile non esiste il controesame (cross-examination) tipico del processo penale. La dinamica è meno conflittuale e più mediata dalla figura del giudice. Se il testimone riferisce fatti appresi da terzi, il giudice può disporre d'ufficio la loro citazione per deporre, ai sensi dell'articolo 257 c.p.c. Si tratta della disciplina della testimonianza de relato. **L'articolo 257-bis c.p.c.** prevede la **testimonianza scritta**, istituto ispirato al modello francese. Su accordo delle parti e tenuto conto della natura della causa, il giudice può disporre che il testimone risponda per iscritto ai quesiti. Nella prassi, tuttavia, tale istituto è scarsamente utilizzato. La controparte difficilmente acconsente, poiché la deposizione scritta elimina la percezione diretta della dichiarazione e del linguaggio non verbale, elementi fondamentali per la valutazione dell'attendibilità. La disciplina esaminata riguarda il processo civile a cognizione piena, nel quale la prova testimoniale è una prova costituenda che si forma in udienza, davanti al giudice e alle parti. Nei procedimenti a cognizione sommaria, invece, il giudice gode di maggiore elasticità e può acquisire dichiarazioni di terzi anche in forme diverse, comprese quelle scritte.

ARGOMENTI DI PROVA E PRESUNZIONI NEL PROCESSO CIVILE

Argomenti di prova

L'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile dispone che: «*Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell'articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo*». La norma distingue espressamente tra “prove” (comma 1) e “argomenti di prova” (comma 2), evidenziando la diversità strutturale delle due categorie. Gli argomenti di prova non coincidono con i mezzi di prova in senso tecnico, ma consistono in elementi valutativi che il giudice può trarre dal comportamento processuale delle parti o da situazioni specificamente previste dalla legge. Per comprendere la portata dell'istituto è necessario analizzare le principali ipotesi riconducibili alla nozione di argomento di prova.

Ipotesi tipiche richiamate dall'articolo 116 c.p.c.

La prima ipotesi riguarda le risposte rese dalle parti nell'ambito dell'interrogatorio libero ex art. 117 c.p.c., che può essere disposto dal giudice in ogni stato e grado del processo ed è obbligatorio nel rito ordinario (art. 183 c.p.c.) e nel rito del lavoro (art. 420 c.p.c.). Le dichiarazioni rese in tale sede, qualora concernano fatti favorevoli alla parte che le rende, non assumono autonoma rilevanza probatoria; viceversa, se si risolvono in ammissioni di fatti a sé sfavorevoli (dichiarazioni contra se), possono essere valutate dal giudice quale argomento di prova. In tale prospettiva si inserisce il collegamento con l'art. 115 c.p.c.: la mancata contestazione specifica di un fatto comporta la sua fuoriuscita dal thema probandum. La seconda ipotesi concerne il rifiuto ingiustificato di consentire l'ispezione, disciplinato dall'art. 118, secondo comma, c.p.c., che legittima il giudice a desumere argomenti di prova da tale comportamento. Analoga conseguenza può derivare dal rifiuto di ottemperare all'ordine di esibizione documentale impartito ai sensi dell'art. 210 c.p.c.

Ulteriori ipotesi riconosciute dalla legge e dalla giurisprudenza

Accanto alle ipotesi espressamente menzionate dall'art. 116, la prassi applicativa individua ulteriori fattispecie. Le dichiarazioni rese dalle parti nel corso delle operazioni peritali e riportate nella relazione del consulente tecnico, ai sensi dell'art. 200 c.p.c., costituiscono contegno processuale valutabile come argomento di prova. L'art. 232 c.p.c. stabilisce che, in caso di mancata comparizione o di rifiuto ingiustificato di rispondere all'interrogatorio formale, il giudice, valutato ogni altro elemento, può ritenere ammessi i fatti dedotti. Anche tale previsione è ricondotta dalla giurisprudenza alla categoria degli argomenti di prova. Parimenti, l'art. 239 c.p.c. dispone che la parte cui sia deferito il giuramento decisorio e che non si presenti o rifiuti di prestarlo senza giustificato motivo soccombe sul punto di fatto oggetto del giuramento. Anche in questa ipotesi il comportamento processuale assume rilievo quale elemento valutativo.

Argomenti di prova derivanti da altri processi

La categoria comprende anche elementi probatori provenienti da procedimenti diversi. L'art. 310, terzo comma, c.p.c. prevede che, in caso di estinzione del processo, le prove raccolte possano essere valutate nel giudizio successivamente instaurato a norma dell'art. 116, secondo comma. Esse non conservano il valore di prova in senso tecnico, ma assumono efficacia di argomento di prova. Analoga previsione è contenuta nell'art. 59 della legge n. 69/2009, in materia di traslatio iudicij: le prove già acquisite dinanzi al giudice privo di giurisdizione valgono come argomenti di prova nel processo instaurato dinanzi al giudice munito di giurisdizione.

Differenza tra prova in senso tecnico e argomento di prova

Il catalogo degli argomenti di prova è eterogeneo: talvolta concerne fatti processuali (comportamenti delle parti), talaltra riguarda prove formate in diverso contesto processuale. Secondo l'orientamento tradizionale, l'argomento di prova non sarebbe idoneo, da solo, a fondare il convincimento del giudice, potendo soltanto rafforzare un convincimento già sostenuto da prove in senso tecnico. Tale impostazione è stata criticata, in particolare dal professor Chiarloni, il quale ha osservato che l'ordinamento ammette la prova per presunzioni ex art. 2729 c.c., fondata su fatti secondari dai quali il giudice, mediante un procedimento inferenziale, risale al fatto principale. Nulla impedisce che il fatto secondario sia di natura processuale. Secondo tale impostazione, la differenza tra prova e argomento di prova non risiede nella forza persuasiva, ma nel fatto che l'argomento di prova non può fondare il giudizio di superfluità previsto dall'art. 209 c.p.c. Quest'ultimo consente al giudice istruttore di dichiarare chiusa l'assunzione delle prove quando i mezzi siano stati eseguiti, vi sia stata decadenza o l'assunzione appaia superflua per i risultati già raggiunti. Il giudizio di superfluità può essere formulato solo sulla base di prove in senso tecnico e non su meri argomenti di prova. Tale ricostruzione, inizialmente dottrinale, è oggi ampiamente accolta dalla giurisprudenza di legittimità.

Le presunzioni

L'articolo 2727 c.c. definisce le presunzioni come «le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato». Si distinguono tre categorie.

a) Presunzioni legali assolute: Sono presunzioni stabilite direttamente dal legislatore e non ammettono prova contraria. Il legislatore sostituisce un fatto principale con un fatto secondario, ritenuto logicamente equivalente. Esempio: l'art. 599, comma 2, c.c., che considera persone interposte – e quindi colpite da nullità della disposizione testamentaria – determinati soggetti legati da rapporti di parentela con l'incapace. Ulteriori esempi sono la presunzione di capacità d'agire al compimento del diciottesimo anno (art. 2 c.c.) e la correlativa presunzione di incapacità prima di tale età.

b) Presunzioni legali relative: Sono presunzioni che ammettono prova contraria e incidono sul riparto dell'onere della prova. Esempio: l'art. 1147 c.c., secondo cui il possesso si presume in buona fede. Spetta alla controparte dimostrare la mala fede. Altri esempi sono la presunzione di conoscenza della dichiarazione ex art. 1335 c.c., la presunzione di onerosità del mandato ex art. 1709 c.c. e la presunzione di gratuità del comodato ex art. 1803 c.c.

c) Presunzioni semplici (art. 2729 c.c.): Le presunzioni semplici sono rimesse alla prudenza del giudice, che può ammetterle solo se gravi, precise e concordanti. Non sono ammissibili nei casi in cui la legge esclude la prova testimoniale. Esse non costituiscono un mezzo di prova autonomo, ma rappresentano un metodo logico di valutazione di fatti secondari, accertati tramite mezzi di prova tipici, dai quali il giudice risale al fatto principale. Non è il numero degli indizi a essere decisivo, ma la qualità della massima di esperienza applicata. Anche un solo fatto secondario, se assistito da una massima di esperienza particolarmente robusta, può fondare il convincimento sul fatto principale.

Le presunzioni, dunque, non rappresentano una prova di grado inferiore, ma un procedimento inferenziale attraverso cui il giudice utilizza fatti secondari per accettare il fatto giuridicamente rilevante. L'indizio non è una categoria autonoma, bensì una modalità di impiego del mezzo di prova avente ad oggetto un fatto secondario.

IL GIURAMENTO COME MEZZO DI PROVA LEGALE NEL PROCESSO CIVILE

Prima di chiudere definitivamente il tema delle prove, occorre esaminare il giuramento, istituto disciplinato dagli **articoli 2736 e seguenti del Codice civile e dagli articoli 233 e seguenti del Codice di procedura civile**. Il giuramento è un **mezzo di prova legale**, ossia uno di quei mezzi che vincolano il giudice nella decisione. La sua disciplina si colloca, come spesso accade in materia probatoria, a cavallo tra diritto sostanziale e diritto processuale. Il giuramento **consiste in una dichiarazione solenne**, resa secondo una formula rituale, **mediante la quale una parte afferma la verità di determinati fatti**. A differenza della confessione, che ha ad oggetto fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli alla controparte, il giuramento riguarda fatti favorevoli alla parte che lo presta e sfavorevoli alla controparte. Le due figure sono speculari la confessione è dichiarazione “contra se” e il giuramento è dichiarazione “pro se”, resa sotto vincolo di solennità. Storicamente, l'istituto affonda le proprie radici nel diritto romano, dove la forza del giuramento era collegata a valori religiosi e morali. Nell'attuale sistema, la sua permanenza è oggetto di critiche, soprattutto per la progressiva relativizzazione del concetto di verità e per la limitata efficacia deterrente del reato di falso giuramento.

Le specie di giuramento

L'articolo 2736 c.c. distingue due categorie principali:

1. Il giuramento decisorio;
2. Il giuramento suppletorio.

Dalla disposizione si ricava, in realtà, una tripartizione:

- giuramento decisorio (nella disponibilità delle parti);
- giuramento suppletorio (nella disponibilità del giudice);
- giuramento estimatorio (forma particolare deferita dal giudice per la determinazione del valore).

Il giuramento decisorio

Il giuramento decisorio è quello che una parte deferisce all'altra per far dipendere totalmente o parzialmente da esso la decisione della causa.

È un mezzo di prova rimesso alla disponibilità esclusiva delle parti e trova fondamento nel principio dispositivo. **Ai sensi dell'art. 2737 c.c., per deferire o riferire il giuramento occorre la capacità di disporre del diritto oggetto della controversia**, secondo quanto previsto dall'art. 2731 c.c. in materia di confessione. La capacità è richiesta per deferire o riferire il giuramento, non per prestarlo. La giurisprudenza ammette, ad esempio, che il rappresentante legale di una persona giuridica possa prestarlo. Efficacia: L'art. 2738 c.c. stabilisce che il giuramento, una volta prestato, vincola il giudice e le parti:

- la parte che lo ha deferito non può più fornire prova contraria;
- non è ammessa la revocazione della sentenza anche se il giuramento risulti falso.

Il falso giuramento integra il reato di cui all'art. 371 c.p. Tuttavia, anche l'accertamento penale definitivo della falsità non consente la revocazione della sentenza civile fondata sul giuramento. La parte danneggiata può solo agire per il risarcimento.

Il giuramento suppletorio

Il giuramento suppletorio è deferito dal giudice quando la domanda o le eccezioni non risultano pienamente provate, ma neppure totalmente sfornite di prova. Presuppone una situazione di semi plena probatio, ossia una prova incompleta che non consente al giudice di formare pieno convincimento. La funzione dell'istituto è attenuare la rigidità dell'art. 2697 c.c.: in mancanza di prova piena, il fatto dovrebbe essere considerato non provato; il giuramento suppletorio consente invece al giudice di superare l'incertezza mediante la dichiarazione solenne della parte.

Il giuramento estimatorio

Il giuramento estimatorio è deferito dal giudice quando occorre determinare il valore di una cosa o di una prestazione e tale valore non può essere accertato altrimenti. Ha funzione integrativa e consente una liquidazione equitativa in assenza di elementi probatori precisi.

Limitazioni al giuramento

L'art. 2739 c.c. stabilisce limiti precisi:

1. Il giuramento è ammesso solo in controversie aventi ad oggetto diritti disponibili.
2. Non è ammesso su fatti illeciti, intesi in senso ampio, per evitare che la parte sia posta dinanzi all'alternativa tra confessare un illecito o commettere spergiuro.
3. Non è ammesso su contratti per i quali è richiesta la forma scritta ad substantiam.
4. Non è ammesso per negare fatti risultanti da atto pubblico, in quanto in tal caso l'unico rimedio è la querela di falso.

Il giuramento può essere deferito solo su fatti propri della parte cui è riferito o sulla conoscenza che essa ha di fatti altrui.

Il riferimento del giuramento

Il riferimento consiste nella facoltà della parte cui il giuramento è stato deferito di "rimbalzarne" il contenuto alla controparte. È ammesso solo se il fatto è comune a entrambe le parti.

Il riferimento produce gli stessi effetti del deferimento originario.

Disciplina processuale (artt. 233 ss. c.p.c.)

Il giuramento decisorio può essere deferito in qualunque stato e grado del giudizio, anche nel giudizio di rinvio. Modalità di deferimento

- dichiarazione in udienza da parte della parte o del procuratore munito di mandato speciale;
- atto scritto sottoscritto personalmente dalla parte.

Deve essere formulato in articoli chiari, specifici e separati, analogamente alla capitolazione della prova testimoniale o dell'interrogatorio formale. Finché la parte deferita non dichiara di essere pronta a giurare, il giuramento può essere riferito (art. 234 c.p.c.) o revocato da chi lo ha deferito. Se il giudice modifica la formula proposta, la parte può revocare il deferimento (art. 236 c.p.c.). Il giuramento è prestato personalmente dalla parte davanti al giudice istruttore (art. 238 c.p.c.). Ai sensi dell'art. 239 c.p.c., se la parte cui il giuramento è deferito:

- non compare senza giustificato motivo;
- rifiuta di prestarlo;
- non lo riferisce quando potrebbe farlo;

Essa soccombe sul punto di fatto oggetto del giuramento. La medesima conseguenza si produce per la parte cui il giuramento sia stato riferito e che rifiuti di prestarlo. Il giudice può ritenere giustificata la mancata comparizione e applicare l'art. 232, secondo comma, c.p.c. A fronte del deferimento del giuramento decisorio, la parte può:

1. prestarlo, determinando un vincolo probatorio pieno;
2. rifiutarlo, con conseguenze sfavorevoli;
3. riferirlo alla controparte, se il fatto è comune.

Il giuramento rappresenta quindi uno strumento probatorio di forte impatto, fondato sul principio dispositivo e caratterizzato da un'efficacia legale che limita radicalmente i poteri valutativi del giudice.

Giuramento suppletorio ed estimatorio

Chiudiamo il discorso con le due figure di giuramento che rientrano nella disponibilità del giudice: il giuramento suppletorio e il giuramento estimatorio. Si tratta di strumenti che attenuano la rigidità dell'articolo 2697 c.c., ma che, paradossalmente, conservano efficacia di prova legale, con conseguente vincolo per il giudice una volta che siano stati deferiti. Rientrano nella disponibilità del giudice:

- **il giuramento suppletorio**, deferito per superare una situazione di prova incompleta; Il presupposto del giuramento suppletorio è la presenza di una **semiplena probatio**: il giudice dispone di elementi probatori che non sono, tuttavia, sufficienti a fondare un convincimento pieno circa l'esistenza del fatto. In applicazione rigorosa dell'articolo 2697 c.c., il fatto dovrebbe essere considerato non provato, con conseguente soccombenza della parte onerata. Il giuramento suppletorio consente invece al giudice di superare tale situazione di incertezza deferendo alla parte una dichiarazione solenne sul fatto controverso.

L'istituto si configura, quindi, come temperamento alla regola formale sull'onere della prova.

- **il giuramento estimatorio**, utilizzato per determinare il valore economico di una prestazione o di un bene quando manchino elementi certi di valutazione. Il giuramento estimatorio interviene in un ambito diverso: non riguarda l'esistenza del fatto, ma la determinazione del valore economico della cosa domandata. Esso è ammesso soltanto quando il valore non possa essere accertato con altri mezzi di prova. Il giudice, nel deferirlo, deve fissare il limite massimo entro il quale la dichiarazione giurata produrrà effetti.

Va ricordato che il deferimento del giuramento estimatorio è alternativo rispetto ai criteri dell'equità integrativa. Gli articoli 2056 e 1226 c.c., in materia rispettivamente di responsabilità extracontrattuale e contrattuale, consentono al giudice di procedere a liquidazione equitativa del danno quando non sia possibile provarne l'ammontare preciso. Il legislatore, dunque, aveva già predisposto strumenti alternativi rispetto al ricorso al giuramento estimatorio.

Ai sensi dell'articolo 240 c.p.c., nelle cause riservate alla decisione collegiale è il collegio a deferire il giuramento suppletorio. L'articolo 241 c.p.c. disciplina in particolare il giuramento estimatorio, stabilendo

che esso può essere deferito soltanto quando non sia possibile accertare altrimenti il valore della cosa domandata. In tal caso, il collegio deve anche determinare la somma entro il limite massimo di efficacia del giuramento. Il giuramento deferito al perito d'ufficio non è mai suscettibile di riferimento alla controparte. La scelta legislativa di attenuare la rigidità dell'articolo 2697 c.c. è comprensibile sotto il profilo sistematico. Le perplessità emergono, però, in relazione all'efficacia vincolante del giuramento.

Il giudice è libero:

- nel decidere se deferire o meno il giuramento suppletorio o estimatorio;
- nell'individuare la parte cui deferire il giuramento estimatorio.

Tuttavia, una volta esercitato tale potere, il giudice rimane vincolato all'esito del giuramento, trattandosi di prova legale. Si pone dunque un problema di coerenza sistematica: il legislatore avrebbe potuto subordinare l'efficacia della dichiarazione solenne al libero apprezzamento del giudice, anziché attribuirle valore vincolante. L'attuale disciplina, invece, comporta che una scelta discrezionale del giudice si traduca, una volta compiuta, in un'autolimitazione dei suoi poteri valutativi. Ed è proprio questa combinazione tra discrezionalità nel deferimento e vincolatività dell'esito a rappresentare il profilo maggiormente critico delle due figure.

Le prove atipiche nel processo civile

Passiamo alle cosiddette prove atipiche, espressione frequentemente utilizzata ma spesso in modo improprio. La nozione nasce storicamente nell'ambito del processo penale, in relazione alla presenza dell'azione civile per il risarcimento del danno derivante da reato. Si pose il problema se, dinanzi al giudice civile, potessero essere utilizzate prove già acquisite nel processo penale. Il contesto era caratterizzato da una differenza strutturale tra i due sistemi: il processo penale è governato da standard probatori particolarmente elevati, in ragione della tutela della libertà personale dell'imputato; il processo civile è invece orientato alla tutela del diritto soggettivo e all'accertamento della pretesa risarcitoria. In tale cornice si parlò di "prove atipiche" con riferimento alle prove penali introdotte nel giudizio civile. Oggi l'etichetta "prove atipiche" viene utilizzata per ricoprire ipotesi estremamente eterogenee, tra cui:

- prove tecnologiche (messaggi WhatsApp, email, screenshot di social network);
- perizie stragiudiziali redatte su incarico delle parti;
- documenti contenenti dichiarazioni di scienza di terzi;
- certificazioni amministrative;
- verbali redatti da pubblici ufficiali.

Si tratta, tuttavia, di una categoria descrittiva e non normativa. Il codice civile e il codice di procedura civile non conoscono un'autonoma figura di "prova atipica": ogni mezzo deve essere valutato alla luce delle regole tipiche di ammissibilità e di acquisizione probatoria.

Molti di questi strumenti non possono essere utilizzati come mezzi di prova in senso tecnico perché violano le regole legali di formazione della prova:

- le dichiarazioni di scienza di terzi possono essere acquisite solo mediante testimonianza;
- le perizie stragiudiziali non hanno valore probatorio, poiché la consulenza tecnica deve svolgersi nel rispetto delle garanzie del contraddittorio previste per la consulenza tecnica d'ufficio;
- i documenti digitali devono essere ricondotti alla disciplina delle riproduzioni meccaniche o informatiche.

Le prove penali nel processo civile

Le prove formate nel processo penale non sono "atipiche" in senso proprio: sono prove tipiche, ma formatesi secondo una diversa legge processuale. Il problema non è la loro natura, bensì la loro utilizzabilità in un diverso processo. Il legislatore ha progressivamente favorito la separazione tra azione penale e azione civile risarcitoria. L'articolo 622 c.p.p. consente, in determinate ipotesi, il trasferimento dell'azione civile al giudice civile di rinvio. La riforma Cartabia ha ampliato le ipotesi di trasferimento

dell'azione civile dal processo penale a quello civile. Si realizza così una coesistenza forzata tra due modelli processuali profondamente diversi:

- il processo penale, incentrato sull'imputato e sulla funzione sanzionatoria;
- il processo civile, orientato alla tutela dell'attore e al riconoscimento del diritto.

La questione si pone anche quando la parte lesa scelga fin dall'inizio di agire davanti al giudice civile: occorre stabilire se le prove assunte nel processo penale possano essere utilizzate nel giudizio civile.

La disciplina della circolazione delle prove

Il codice di procedura civile non contiene una disciplina espressa sulla circolazione delle prove penali.

Il codice di procedura penale, invece, all'articolo 238 c.p.p., consente l'acquisizione, nel processo penale, dei verbali di prove assunte in un giudizio civile definito con sentenza passata in giudicato. È una disposizione significativa, poiché ammette la circolazione probatoria tra sistemi diversi. Nel processo civile esistono norme che favoriscono la circolazione delle prove, pur senza menzionare espressamente quelle penali:

- l'articolo 310, terzo comma, c.p.c., secondo cui le prove raccolte nel processo estinto valgono come argomenti di prova nel processo riproposto;
- l'articolo 59 della legge n. 69 del 2009, in tema di *traslatio iudicii*, che attribuisce alle prove già acquisite davanti al giudice privo di giurisdizione il valore di argomenti di prova nel giudizio proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione.

Tali disposizioni mostrano che la circolazione delle prove è ammessa, seppur con un diverso regime di efficacia.

I limiti di ammissibilità

Ogni giudice deve applicare le regole di ammissibilità proprie della propria legge processuale.

Quando una prova formata in un diverso processo viene sottoposta al giudice civile, questi deve verificarne l'ammissibilità secondo il codice di procedura civile. Ad esempio:

- i limiti soggettivi alla testimonianza (art. 246 c.p.c.);
- i limiti oggettivi alla prova testimoniale;
- le regole sulla formazione della consulenza tecnica.

Un ulteriore limite è rappresentato dal principio del contraddittorio: la prova non può essere utilizzata se una delle parti del processo civile non ha partecipato al processo penale e non ha potuto esercitare i propri poteri difensivi rispetto a quella prova.

L'efficacia probatoria

Distinto dall'ammissibilità è il problema dell'efficacia probatoria. Non è corretto risolvere dubbi di ammissibilità degradando automaticamente la prova a "mero argomento di prova" o a "indizio". Gli argomenti di prova sono quelli espressamente previsti dalla legge; gli indizi sono fatti secondari dai quali il giudice trae presunzioni ai sensi dell'articolo 2729 c.c. I due piani non possono essere confusi. Se una prova è ammessa secondo le regole del processo civile e nel rispetto del contraddittorio, deve essere valutata secondo la disciplina che le è propria. Se non è ammessa, non può essere utilizzata. Non è logicamente corretto attribuirle un valore intermedio per compensare un dubbio sulla sua regolarità.

La circolazione probatoria tra i giudici

Le indicazioni normative in materia di circolazione probatoria non sono univoche, soprattutto con riferimento all'efficacia delle prove acquisite davanti a un diverso giudice. Il quadro normativo nel processo civile Nel processo civile, le disposizioni tradizionalmente richiamate — l'articolo 310 c.p.c. e l'articolo 59 della legge n. 69 del 2009 — qualificano le prove già acquisite come **argomenti di prova**

nel giudizio successivo. L'articolo 310, terzo comma, c.p.c., in caso di estinzione del processo, attribuisce alle prove raccolte nel processo estinto valore di argomento di prova nel processo riproposto.

Analogamente, l'articolo 59 della legge n. 69 del 2009, in tema di difetto di giurisdizione e *traslatio iudicii*, stabilisce che le prove già assunte davanti al giudice privo di giurisdizione conservano efficacia di argomento di prova davanti al giudice munito di giurisdizione. Diverso è il tenore dell'articolo 427 c.p.c., relativo al passaggio dal rito del lavoro al rito ordinario. Tale norma prevede che le prove acquisite nel rito speciale conservino l'efficacia consentita dalle norme ordinarie. L'espressione lascia intendere che esse mantengano valore di **prove in senso pieno**, e non di meri argomenti di prova. Un'ulteriore ipotesi è quella disciplinata dall'articolo 50 c.p.c., in tema di incompetenza. Quando il giudice originariamente adito si dichiara incompetente e indica il giudice competente, il processo viene riassunto davanti a quest'ultimo. Anche qui si realizza una *traslatio iudicii*. In assenza di una disciplina espressa sull'efficacia delle prove già assunte, la giurisprudenza ritiene che il secondo giudice possa acquisirle attribuendo loro valore di **mezzi di prova**, e non soltanto di argomenti di prova. Ne emerge un quadro non perfettamente coerente: in alcuni casi il legislatore parla espressamente di argomenti di prova; in altri, la giurisprudenza riconosce piena efficacia probatoria. La distinzione tra mezzo di prova e argomento di prova, nella prassi, tende così ad attenuarsi. La giurisprudenza riconosce una differenza teorica tra i due istituti, ma ammette che entrambi possano concorrere a fondare il convincimento del giudice, pur con diversa intensità persuasiva. Il caso problematico: la testimonianza della parte danneggiata. La questione assume particolare rilievo nei procedimenti relativi a reati di violenza domestica o sessuale, nei quali la testimonianza della persona offesa costituisce spesso l'unica prova diretta dei fatti. Nel processo penale, la parte offesa può rendere testimonianza e tale dichiarazione assume valore probatorio pieno, essendo sottoposta a esame e controesame (cross-examination) e raccolta nel rispetto delle garanzie proprie del contraddittorio. Il problema sorge quando l'azione risarcitoria venga trasferita al giudice civile oppure sia proposta direttamente in sede civile: *il giudice civile può utilizzare il verbale della testimonianza resa nel processo penale dalla persona che, nel giudizio civile, assume la veste di attore?* Sotto il profilo strettamente processuale, il giudice civile è vincolato alla propria legge processuale. L'articolo 246 c.p.c. esclude la testimonianza di chi abbia un interesse nella causa. Ne deriverebbe, in astratto, l'inammissibilità di una testimonianza resa dalla parte danneggiata. Una simile conclusione, tuttavia, rischia di comprimere il diritto alla prova e il diritto di accesso alla giustizia della vittima, soprattutto in contesti nei quali la ripetizione della dichiarazione comporterebbe un'evidente vittimizzazione secondaria. Costringere la persona offesa a reiterare il racconto del trauma dinanzi a un diverso giudice può determinare una rinnovata sofferenza psicologica, come evidenziato da numerosi studi in materia di tutela delle vittime vulnerabili.

L'orientamento della giurisprudenza di legittimità

La Corte di Cassazione, con ordinanza n. 27.016 del 2022, ha riconosciuto la possibilità per il giudice civile di acquisire il verbale della testimonianza resa nel processo penale, qualificandolo come dichiarazione valutabile ai sensi dell'articolo 117 c.p.c., ossia come elemento riconducibile all'interrogatorio libero. Si tratta di una soluzione fondata su un inquadramento formale, ma funzionale a salvaguardare esigenze sostanziali di tutela.

La decisione si muove lungo una linea che valorizza:

- il rispetto del contraddittorio già garantito nel processo penale;
- l'elevato grado di attendibilità derivante dall'esame incrociato;
- la necessità di evitare la vittimizzazione secondaria.

In tal modo, la giurisprudenza ha aperto uno spazio per una circolazione probatoria più coerente con i principi costituzionali di effettività della tutela giurisdizionale e di protezione della persona.

Il sistema normativo in materia di circolazione delle prove tra giudici non è pienamente armonizzato. Le soluzioni oscillano tra: attribuzione di valore di argomento di prova e riconoscimento di piena efficacia

probatoria. La questione diviene particolarmente delicata quando sono coinvolti diritti fondamentali e la tutela di soggetti vulnerabili. In tali ipotesi, l'interpretazione deve muoversi in equilibrio tra:

- rispetto delle regole di ammissibilità proprie del processo civile;
- salvaguardia del contraddittorio;
- tutela effettiva del diritto alla prova e della dignità della persona.

La giurisprudenza più recente sembra orientata verso soluzioni che, pur senza alterare formalmente il sistema, ne valorizzano la dimensione costituzionale, consentendo una circolazione probatoria compatibile con le esigenze di giustizia sostanziale.

LA CONFESSIOINE

La confessione costituisce un tipico esempio di prova legale. La sua disciplina si colloca a cavallo tra codice civile e codice di procedura civile: in particolare, rilevano gli articoli 2730 e seguenti c.c. e gli articoli 228 e seguenti c.p.c. L'articolo 2730 c.c. fornisce la definizione normativa: la confessione è la dichiarazione che una parte rende circa la verità di fatti a sé sfavorevoli e favorevoli all'altra parte.

Si tratta, dunque, di una dichiarazione contra se, cioè di un riconoscimento che incide negativamente sulla posizione giuridica di chi la rende.

Il secondo comma distingue tra:

- **confessione giudiziale**, quando la dichiarazione è resa nel processo;
- **confessione stragiudiziale**, quando è resa al di fuori del processo.

Questa distinzione è essenziale, perché il regime probatorio non è identico.

L'articolo 2731 c.c. stabilisce che la confessione non è efficace se non proviene da persona capace di disporre del diritto cui i fatti confessati si riferiscono. La capacità richiesta è quindi quella di disposizione del diritto sostanziale oggetto del giudizio. Se il diritto non è disponibile, oppure se la parte non è capace di disporne, la confessione non produce effetti vincolanti. Questo requisito si collega direttamente al principio dispositivo e alla natura dei diritti dedotti in giudizio.

La confessione è **una prova legale**. Ciò significa che il legislatore ha già compiuto una valutazione preventiva di attendibilità: il giudice non può liberamente apprezzarla. L'articolo 2732 c.c. prevede che la confessione, una volta resa, non possa essere revocata, salvo che si provi che è stata determinata da errore di fatto o da violenza. La giurisprudenza ha esteso tale possibilità anche al dolo. Si tratta, quindi, di un mezzo di prova particolarmente rigoroso: vincola il giudice e cristallizza il fatto confessato.

La confessione giudiziale

L'articolo 2733 c.c. precisa che la confessione è giudiziale quando è resa in giudizio e forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non riguardi fatti relativi a diritti indisponibili.

Affinché la confessione giudiziale produca piena prova occorre che:

1. il processo abbia ad oggetto diritti disponibili;
2. il soggetto che rende la dichiarazione sia capace di disporre del diritto in questione.

In presenza di tali presupposti, il giudice è vincolato a ritenere esistente il fatto confessato.

Dal punto di vista processuale, l'articolo 228 c.p.c. stabilisce che la confessione può essere:

- spontanea;
- provocata.

Confessione spontanea

Ai sensi dell'articolo 229 c.p.c., la confessione spontanea può essere contenuta in qualsiasi atto processuale, purché sia sottoscritto personalmente dalla parte. Non è sufficiente la sola sottoscrizione del difensore: occorre la sottoscrizione diretta della parte. Tuttavia, la norma esclude espressamente che costituisca confessione la dichiarazione **resa in sede di interrogatorio libero ex articolo 117 c.p.c.**

Confessione e interrogatorio libero: una distinzione decisiva

Questa distinzione è fondamentale. Nell'**interrogatorio libero**, la parte può rendere dichiarazioni a sé **sfavorevoli**. Tuttavia, tali dichiarazioni **non hanno valore di confessione**. Esse assumono il valore di **ammissione**, e dunque operano nell'ambito del principio di non contestazione: il fatto viene espunto dal tema probandum, non essendo più controverso. L'effetto è che il giudice può porre quel fatto a fondamento della decisione ai sensi dell'articolo 115 c.p.c., ma non si tratta di una fissazione formale irrevocabile. Se nel corso dell'istruttoria emergono elementi che dimostrano l'inesistenza del fatto ammesso, il giudice non è vincolato a considerarlo esistente. Può discostarsi dall'ammissione, purché attivi il contraddittorio e consenta alle parti di esercitare i poteri difensivi consequenti. La confessione, invece, vincola il giudice: è prova legale. La differenza non è teorica, ma pratica e pesantissima sul piano processuale.

Interrogatorio libero e interrogatorio formale

L'interrogatorio libero è obbligatorio nella prima udienza del rito ordinario (**articolo 183 c.p.c.**), ma può essere disposto dal giudice in qualsiasi stato e grado del processo. Le **dichiarazioni rese in tale sede non hanno valore confessorio**. Diversamente, l'interrogatorio formale — che è diretto a provocare la confessione su fatti specificamente articolati — può condurre alla formazione di una confessione giudiziale, con i relativi effetti vincolanti. La disciplina della confessione riflette una precisa opzione sistematica. Da un lato, il processo civile è governato dal principio dispositivo: le parti possono disporre dei diritti disponibili e, quindi, anche riconoscere fatti a sé sfavorevoli. Dall'altro lato, il legislatore ritiene che una dichiarazione contra se, resa con le garanzie richieste dalla legge, sia sufficientemente affidabile da non richiedere ulteriore valutazione. Per questo la confessione è prova legale: sottrae al giudice il potere di libero apprezzamento. E qui si vede bene la differenza tra: meccanismi probatori fondati sulla logica (prove libere) e meccanismi fondati su una scelta normativa di affidabilità (prove legali). Nel primo caso il giudice costruisce il convincimento. Nel secondo caso il convincimento gli viene imposto. E quando una parte confessa un fatto decisivo, la causa può chiudersi lì. Con una dichiarazione. Senza bisogno di altro.

Confessione provocata

La confessione provocata si realizza attraverso l'interrogatorio formale. Occorre distinguere con precisione tra interrogatorio libero e interrogatorio formale. L'interrogatorio libero è disposto d'ufficio dal giudice ed è finalizzato a chiarire i fatti di causa; l'interrogatorio formale, invece, è richiesto dalla parte con l'obiettivo specifico di ottenere una confessione dalla controparte. L'articolo 230 c.p.c. stabilisce che l'interrogatorio formale deve essere dedotto per articoli separati e specifici, secondo una tecnica del tutto analoga alla capitolazione della prova testimoniale. Le domande devono essere circoscritte ai fatti articolati: non è consentito interrogare la parte su circostanze diverse, salvo accordo tra le parti e autorizzazione del giudice. Quest'ultimo può comunque richiedere chiarimenti sulle risposte fornite. L'articolo 231 c.p.c. prevede che la parte debba rispondere personalmente. È consentito l'uso di scritti o appunti solo quando necessario per agevolare la risposta, ma la dichiarazione deve provenire direttamente dalla parte. L'articolo 232 c.p.c. disciplina le conseguenze della mancata risposta. Se la parte non si presenta senza giustificato motivo o rifiuta di rispondere, il giudice può ritenere ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio, valutando ogni altro elemento di prova. La giurisprudenza qualifica questa previsione come un tipico esempio di **argomento di prova**: non si produce automaticamente una confessione, ma il comportamento della parte può concorrere, insieme ad altri elementi, alla formazione del convincimento del giudice. Se l'assenza è giustificata, il giudice può disporre che l'interrogatorio sia assunto anche fuori dalla sede giudiziaria.

Dichiarazioni miste e principio di inscindibilità

La confessione produce piena prova quando la parte riconosce fatti a sé sfavorevoli e favorevoli alla controparte, sia spontaneamente sia a seguito di interrogatorio formale. Nella prassi, tuttavia, le dichiarazioni sono spesso **miste**: alla dichiarazione contra se si accompagnano circostanze favorevoli alla stessa parte che confessa. Il problema diventa allora quello della loro efficacia probatoria. L'articolo 2734 c.c. introduce il principio di **inscindibilità della dichiarazione**. Se alla dichiarazione sfavorevole si accompagnano fatti favorevoli alla parte che la rende:

- se la controparte non contesta le dichiarazioni pro se, l'intera dichiarazione acquista efficacia di prova legale;
- se la controparte contesta le dichiarazioni pro se, l'intera dichiarazione perde il carattere di prova legale ed è rimessa al libero apprezzamento del giudice.

La dichiarazione non può essere “spezzata”: o vale integralmente come prova legale, oppure è interamente sottoposta alla valutazione discrezionale del giudice.

Confessione stragiudiziale

L'**articolo 2735 c.c. disciplina la confessione resa fuori dal processo**. Se la dichiarazione è resa alla controparte o al suo rappresentante, essa ha la stessa efficacia probatoria della confessione giudiziale. Se invece è resa a terzi o contenuta in un testamento, è soggetta al libero apprezzamento del giudice. La confessione stragiudiziale pone due ordini di problemi:

1. l'efficacia probatoria intrinseca della dichiarazione;
2. la prova dell'avvenuto rilascio.

Essendo resa fuori dal processo, essa deve essere introdotta nel giudizio attraverso un mezzo di prova idoneo. Se, ad esempio, è contenuta in un atto pubblico, tale documento potrà conferirle piena efficacia probatoria. In mancanza, occorrerà dimostrarne l'esistenza con gli ordinari strumenti probatori. Anche per la confessione stragiudiziale si applica l'**articolo 2734 c.c., con il principio di inscindibilità**.

Le prove documentali

Le prove documentali sono prove precostituite: si formano prima e fuori dal processo, in stretta prossimità temporale rispetto al fatto che attestano. Il concetto di documento deve essere inteso in senso ampio: non solo supporti cartacei, ma anche documenti informatici o digitali. La forma del documento può essere imposta dalla legge sostanziale; in tal caso, il mancato rispetto delle forme può incidere sulla validità del negozio (nullità o inefficacia). La produzione dei documenti è soggetta alle preclusioni istruttorie, oggi coordinate con l'**articolo 171-ter c.p.c. e con le regole del processo telematico**. Il deposito può avvenire in udienza o tramite memoria scritta, nei termini fissati dal giudice.

L'**articolo 345, terzo comma, c.p.c.** stabilisce che in **appello**, come regola generale, **non possono essere prodotti nuovi documenti né richieste nuove prove**. Questa formulazione è il risultato di un intervento delle Sezioni Unite della Cassazione del 2005. In precedenza, gli **articoli 345 (rito ordinario) e 437 (rito del lavoro)** facevano riferimento in modo generico al divieto di nuove prove, senza menzionare espressamente i documenti. Una parte della prassi riteneva quindi che i documenti, in quanto prove precostituite, potessero essere prodotti anche in secondo grado. Le Sezioni Unite hanno chiarito che le preclusioni istruttorie devono essere interpretate in senso estensivo e applicate uniformemente a tutte le prove, comprese quelle documentali. Questo orientamento è stato recepito dal legislatore: oggi sia l'**articolo 345 sia l'articolo 437 vietano espressamente la produzione di nuovi documenti in appello**, salvo le eccezioni previste.

L'atto pubblico

L'**articolo 2699 c.c. definisce l'atto pubblico come il documento redatto**, con le formalità prescritte dalla legge, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli **pubblica fede nel luogo in cui è formato**. La definizione presuppone:

- un elemento soggettivo: l'intervento di un pubblico ufficiale;
- un elemento oggettivo: il rispetto delle formalità previste dalla legge e della competenza territoriale.

Con riferimento ai notai, rileva il distretto notarile: se il notaio esercita fuori dal proprio ambito territoriale, l'atto non può qualificarsi come atto pubblico e degrada a scrittura privata.

L'atto pubblico è una prova legale quanto ai fatti che il pubblico ufficiale attesta come avvenuti in sua presenza o da lui compiuti, ai sensi **dell'articolo 2700 c.c.** Non si tratta, quindi, di una semplice prova documentale: è un meccanismo di pubblica fede che vincola il giudice, salvo querela di falso. E qui il sistema diventa interessante: tra confessione e atto pubblico il legislatore ha costruito due strumenti diversi, ma accomunati dalla stessa logica. In entrambi i casi, la valutazione del fatto è sottratta al libero apprezzamento e cristallizzata dalla legge. Il giudice può ragionare su tutto. Tranne su ciò che la legge ha già deciso per lui.

L'atto pubblico è una prova legale ai sensi dell'articolo 2700 c.c., secondo cui esso fa piena prova, fino a querela di falso:

- della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato;
- delle dichiarazioni delle parti;
- degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

La norma è chiara nel delimitare l'ambito dell'efficacia probatoria privilegiata. L'atto pubblico non fa piena prova di tutto ciò che è scritto nel documento, ma soltanto di ciò che il pubblico ufficiale è in grado di attestare in ragione della sua funzione.

In particolare, l'efficacia di prova legale riguarda:

1. la provenienza del documento dal pubblico ufficiale;
2. le dichiarazioni rese davanti a lui;
3. i fatti che egli attesta come avvenuti in sua presenza o da lui compiuti.

Ad esempio, in un contratto di compravendita immobiliare stipulato davanti a un notaio, l'atto pubblico fa piena prova che le parti hanno reso determinate dichiarazioni di volontà: il venditore ha dichiarato di vendere, l'acquirente ha dichiarato di acquistare. Fino a querela di falso, il giudice deve ritenere che quelle dichiarazioni siano state effettivamente rese. Dalla legge notarile si ricava inoltre che l'atto pubblico fa piena prova anche della data e del luogo di formazione, pur non essendo tali elementi espressamente indicati nell'articolo 2700 c.c.

Contro l'efficacia privilegiata dell'atto pubblico è ammessa esclusivamente **la querela di falso**.

I falsi possono essere di due tipi:

1. **Falso materiale**, quando vi è contraffazione o alterazione del documento (ad esempio falsificazione della firma del notaio, manipolazione di dati numerici, aggiunte successive non autentiche).
2. **Falso ideologico**, quando il pubblico ufficiale attesta come avvenuto un fatto che in realtà non si è verificato, oppure riporta in modo non fedele le dichiarazioni rese dalle parti.

La querela di falso può essere proposta:

- in via incidentale, nel corso di un processo in cui il documento è prodotto;
- in via principale, come azione autonoma.

Si tratta di un procedimento che si conclude con sentenza passata in giudicato. È una delle poche ipotesi in cui il processo civile ha ad oggetto direttamente un fatto storico (la falsità del documento), e non una situazione giuridica soggettiva. Fino a quando la querela di falso non sia accolta, l'atto pubblico conserva la sua efficacia di prova legale.

Limiti dell'efficacia probatoria: estrinseco e intrinseco

L'efficacia di prova legale dell'atto pubblico riguarda soltanto gli elementi estrinseci.

Per estrinseco si intende ciò che il pubblico ufficiale può attestare come accaduto in sua presenza o da lui compiuto: provenienza, data, luogo, dichiarazioni rese. Non riguarda invece l'intrinseco, cioè la verità sostanziale del contenuto delle dichiarazioni. Qui occorre distinguere:

Se l'atto pubblico contiene **dichiarazioni negoziali** (ad esempio la volontà di vendere o acquistare), l'atto fa piena prova che tali dichiarazioni sono state rese. Non fa invece piena prova della loro validità. Se una parte sostiene che il consenso era viziato da errore, dolo o violenza, il rimedio non è la querela di falso, perché non si contesta che la dichiarazione sia stata resa, ma si contesta la validità del consenso. In tal caso, occorre proporre l'azione di annullamento o altra azione di impugnativa negoziale.

La querela di falso serve a contestare l'attestazione del pubblico ufficiale, non a mettere in discussione la validità del negozio.

Se nell'atto pubblico sono contenute **dichiarazioni di scienza**:

- se provengono da un terzo, non producono efficacia probatoria privilegiata quanto alla verità del loro contenuto; potranno assumere rilievo solo se assunte come testimonianza;
- se provengono dalle parti, possono integrare una confessione stragiudiziale ai sensi dell'articolo 2735 c.c., con la relativa disciplina.

In presenza di dichiarazioni miste, troverà applicazione il principio di inscindibilità di cui all'articolo 2734 c.c. Le **dichiarazioni di scienza** sono dichiarazioni con cui un soggetto non esprime una volontà, ma riferisce un fatto che afferma di conoscere. In altre parole: non servono a produrre effetti giuridici, ma a rappresentare una realtà. In sintesi: una dichiarazione di scienza è un'affermazione su un fatto; una dichiarazione di volontà è un atto diretto a produrre effetti giuridici. Una descrive la realtà. L'altra la modifica.

SCRITTURA PRIVATA

La disciplina della scrittura privata è contenuta **negli articoli 2702 e seguenti del codice civile**. Diversamente da quanto avviene per l'atto pubblico, il codice non fornisce una definizione espressa di scrittura privata. La nozione deve quindi essere ricostruita in via interpretativa. Si può affermare che la scrittura privata è qualsiasi documento scritto attribuibile a uno o più soggetti che lo abbiano sottoscritto e che non sia qualificabile come atto pubblico, perché non formato da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni. L'unica eccezione si verifica quando il documento sia stato redatto da un pubblico ufficiale incompetente territorialmente: in tal caso non si ha atto pubblico, ma scrittura privata.

L'elemento centrale della scrittura privata è la **sottoscrizione**. La firma costituisce un requisito di esistenza del documento come scrittura privata. Senza sottoscrizione, il documento non assume rilievo come scrittura privata: resta un semplice foglio privo di efficacia tipica. Con la sottoscrizione, il soggetto si attribuisce la paternità delle dichiarazioni contenute nel documento. Non è necessario che il testo sia materialmente redatto dal sottoscrittore. Può essere scritto da terzi o formato al computer. Non è richiesto il carattere olografo, salvo i casi particolari previsti dalla legge (come il testamento olografo). La funzione della sottoscrizione è imputativa: collega il contenuto del documento a un determinato soggetto.

L'articolo 2702 c.c. stabilisce che la **scrittura privata fa piena prova**, fino a querela di falso, della **provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta**, se:

- la sottoscrizione è riconosciuta dalla parte contro cui è prodotta;
- oppure è legalmente considerata come riconosciuta.

Anche qui siamo di fronte a una prova legale, ma con un'efficacia più limitata rispetto all'atto pubblico.

La scrittura privata fa piena prova soltanto della **provenienza delle dichiarazioni**, non della loro verità intrinseca. Chi firma si assume la paternità delle dichiarazioni, ma il contenuto può essere oggetto di contestazione sotto altri profili (ad esempio per invalidità del negozio). Affinché produca efficacia di

prova legale, la sottoscrizione deve essere riconosciuta o considerata come tale. Le ipotesi sono le seguenti:

1. Sottoscrizione autenticata (art. 2703 c.c.): La sottoscrizione è considerata riconosciuta quando è autenticata da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato. L'autenticazione consiste nell'attestazione che:

- la firma è stata apposta in presenza del pubblico ufficiale;
- l'identità del firmatario è stata verificata.

In tal caso, la scrittura privata acquisisce anche **data certa**, ai sensi dell'articolo 2704 c.c., elemento fondamentale per l'opponibilità ai terzi. Per le scritture non autenticate, la data certa si acquisisce, ad esempio:

- dal giorno della registrazione;
- dalla morte del sottoscrittore;
- dall'impossibilità fisica sopravvenuta del sottoscrittore;
- da altri fatti idonei a stabilire con certezza l'anteriorità della formazione del documento.

2. Riconoscimento espresso (art. 215 c.p.c.): La scrittura è considerata riconosciuta quando la parte contro cui è prodotta ammette espressamente la propria sottoscrizione. **In tal caso, non vi è necessità di ulteriori accertamenti.**

3. Riconoscimento tacito (art. 215 c.p.c.): La scrittura si considera riconosciuta anche:

- se la parte è contumace (salvo l'eccezione di cui all'art. 293 c.p.c.);
- se la parte comparsa non la disconosce nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione.

Il disconoscimento deve essere tempestivo e specifico. Se la parte non contesta la sottoscrizione nei termini, la scrittura è implicitamente riconosciuta e produce piena prova della provenienza.

Se la scrittura privata non autenticata viene **disconosciuta tempestivamente ed espressamente** ai sensi dell'articolo 214 c.p.c., essa perde efficacia probatoria. In questo caso, chi intende avvalersene deve proporre **istanza di verifica** ai sensi dell'articolo 216 c.p.c. L'istanza di verifica è una vera e propria domanda giudiziale. Può essere proposta:

- in via incidentale;
- in via principale.

Anche qui siamo in una delle rare ipotesi in cui il processo ha ad oggetto un fatto: l'autenticità della sottoscrizione. Se la verifica viene accolta, la scrittura acquista efficacia di prova legale circa la provenienza della dichiarazione. Dopo l'esito positivo della verifica, non è più esperibile querela di falso contro la sottoscrizione: il fatto è definitivamente accertato. In tutte le ipotesi di riconoscimento, la scrittura privata produce prova legale solo sull'estrinseco: la provenienza delle dichiarazioni. Non garantisce:

- la verità intrinseca delle dichiarazioni;
- la validità del negozio eventualmente contenuto nel documento.

Su questi profili il giudice conserva il potere di libero apprezzamento e restano esperibili le azioni di invalidità.

Ulteriori disposizioni in materia di prove documentali

Telegramma – Articoli 2705 e 2706 c.c.

Il telegramma ha efficacia di prova equiparabile alla scrittura privata quando:

- l'originale è consegnato all'ufficio di partenza;

- è sottoscritto dal mittente.

La sottoscrizione può anche mancare materialmente, se il telegramma è consegnato personalmente dal mittente: in tal caso, l'identificazione sostituisce la firma. Il problema principale riguarda la conformità della copia trasmessa rispetto all'originale. La legge presume tale conformità fino a prova contraria. Chi contesta deve dimostrare la difformità. È una disciplina figlia di un'epoca in cui il telegramma era mezzo ordinario di comunicazione urgente. Oggi sopravvive come schema normativo, più che come realtà pratica.

Carte e registri domestici – Articoli 2707 e 2708 c.c.

Si tratta di annotazioni personali, registri tenuti in ambito domestico o privato. Non siamo in presenza di prova legale. La loro efficacia probatoria è rimessa al **libero apprezzamento del giudice**. Possono costituire elemento indiziario, ma non fanno piena prova come la scrittura privata riconosciuta.

Scritture contabili – Articoli 2709 e 2710 c.c.

Le scritture contabili delle imprese hanno una disciplina particolare.

I libri e le scritture contabili fanno prova **contro l'imprenditore** che li tiene.

Opera qui il principio di **indivisibilità**: chi intende trarre vantaggio dalle scritture contabili non può scinderne il contenuto, selezionando solo le parti favorevoli.

I libri bollati e vidimati possono fare prova anche a favore dell'imprenditore, ma solo nelle controversie tra imprenditori. La ratio è evidente: la possibilità di verifica incrociata tra contabilità di soggetti entrambi obbligati a tenere scritture.

Qui il legislatore costruisce un regime probatorio legato alla professionalità e alla regolarità della tenuta dei libri.

Copie di atti pubblici – Articoli 2714 e 2715 c.c.

Le copie di atti pubblici rilasciate da depositari autorizzati fanno fede come l'originale.

Anche le copie di copie hanno la stessa efficacia, purché sia attestata la conformità all'originale.

Qui l'efficacia è piena, perché deriva dalla pubblica fede che accompagna l'attestazione del pubblico ufficiale.

Alterazioni materiali – Articolo 2716 c.c.

Cancellature, abrasioni o modifiche presenti nel documento non determinano automaticamente la perdita di efficacia.

La loro rilevanza è rimessa al libero apprezzamento del giudice.

Il giudice dovrà valutare:

- se l'alterazione incide sul contenuto essenziale;
 - se è successiva alla sottoscrizione;
 - se è sospetta o giustificata.
-

Copie fotografiche e fotostatiche – Articolo 2719 c.c.

Le copie fotografiche o fotostatiche hanno la stessa efficacia dell'originale se:

- la conformità è attestata da un pubblico ufficiale;
- oppure la controparte non la disconosce espressamente.

Se vi è disconoscimento tempestivo, la parte che le ha prodotte dovrà dimostrarne la conformità. Qui ritorna il meccanismo classico: se non contesti, subisci l'efficacia probatoria.

Riproduzioni meccaniche – Articolo 2712 c.c.

Le riproduzioni meccaniche (fotografie, registrazioni, riprese cinematografiche, supporti informatici, file digitali, registrazioni audio) fanno piena prova dei fatti rappresentati, salvo che la parte contro cui sono prodotte ne disconosca la conformità. Se vi è contestazione, il giudice può disporre consulenza tecnica per verificarne l'autenticità o l'integrità. Questa norma è diventata centrale nell'era digitale: screenshot, email, messaggi, file audio rientrano in questo ambito. Il meccanismo è sempre lo stesso: in assenza di contestazione, piena efficacia; in presenza di contestazione, accertamento tecnico.

La disciplina delle scritture private e delle prove documentali è costruita su alcuni assi portanti:

1. **Sottoscrizione** → elemento decisivo per la scrittura privata.
2. **Tempestività del disconoscimento** → se non contesti subito, il documento acquista efficacia.
3. Distinzione tra prova legale e libero apprezzamento → alcuni documenti vincolano il giudice, altri no.
4. **Conformità all'originale** → tema centrale per copie e riproduzioni.

Non tutti i documenti hanno lo stesso peso. Alcuni inchiodano. Altri suggeriscono. Altri ancora valgono solo se l'altra parte resta in silenzio. Il processo civile, sotto questo profilo, è una partita a scacchi fatta di firme, termini e contestazioni tempestive. Chi dorme alla prima udienza, di solito paga al momento della decisione.

L'ordine di esibizione documentale

L'ordine di esibizione documentale è disciplinato **dall'articolo 210 c.p.c.** La norma prevede che, entro i limiti stabiliti dall'articolo 118 c.p.c. in materia di ispezione, il giudice istruttore, su istanza di parte, possa ordinare all'altra parte o a un terzo di esibire in giudizio un documento o altra cosa di cui ritenga necessaria l'acquisizione al processo. Si tratta quindi di un potere del giudice, ma non esercitabile d'ufficio: è indispensabile l'istanza di parte. Questo punto è essenziale. La formulazione "ordine di esibizione" potrebbe indurre a pensare a un potere autonomo del giudice, ma il sistema resta coerente con il principio dispositivo: l'impulso deve provenire dalla parte interessata.

Finalità e natura dell'ordine

L'ordine di esibizione ha natura esclusivamente processuale. Non presuppone che la parte istante sia titolare di un diritto sostanziale sul documento. Il documento non deve essere "suo"; deve solo essere utile come mezzo di prova. I destinatari possono essere:

- la controparte;
- un terzo.

L'obiettivo è far entrare il documento nel processo, affinché possa essere valutato dal giudice. È fondamentale distinguere l'ordine di esibizione dal **sequestro giudiziario di libri e documenti**, che è misura cautelare. In quel caso, il presupposto è l'esistenza di un diritto sostanziale sul documento (ad esempio il diritto del socio di accedere ai libri sociali). Nell'articolo 210, invece, non serve alcun diritto sostanziale: serve solo l'utilità probatoria. L'ordine deve avere ad oggetto un documento o una cosa **determinata**. La parte deve indicare con precisione ciò che chiede venga esibito e deve essere consapevole dell'esistenza del documento e della sua disponibilità presso il destinatario. Non è ammessa un'istanza generica del tipo: "si ordini alla controparte di produrre tutta la documentazione relativa alla vicenda". Il nostro sistema non conosce la discovery di tipo anglosassone. L'ordine di esibizione non può essere utilizzato per finalità meramente esplorative.

Limiti derivanti dall'articolo 118 c.p.c.

Il rinvio all'articolo 118 c.p.c. comporta limiti importanti. L'ordine non può essere disposto se l'esibizione:

- comporta grave danno per la parte o per il terzo;
- impone la violazione di un segreto tutelato (professionale, bancario, industriale, ecc.).

Il bilanciamento tra esigenza probatoria e tutela di interessi contrapposti è affidato alla valutazione del giudice. La disciplina è stata rafforzata dal decreto correttivo della riforma Cartabia. Prima della riforma, l'ordine di esibizione era privo di reale forza coercitiva: la parte poteva ignorarlo senza conseguenze significative. Oggi, se la parte destinataria non adempie senza giustificato motivo, il giudice può:

1. **irrogare una pena pecuniaria** da 500 a 3.000 euro.

Si tratta di una misura coercitiva di natura sostanzialmente privatistica.

2. **desumere argomenti di prova** ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c.

Il comportamento omissivo diventa così un fatto secondario percepito direttamente dal giudice, dal quale egli può trarre elementi di convincimento. Se invece l'ordine è rivolto a un terzo:

- la sanzione pecuniaria è ridotta (da 250 a 1.500 euro);
- non possono essere desunti argomenti di prova dal suo comportamento.

Questo è coerente: il terzo non è parte del processo e non può subire conseguenze probatorie per la sua condotta.

Le modifiche sono state accolte favorevolmente, perché hanno restituito effettività allo strumento.

La richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione

Diversa è la disciplina **dell'articolo 213 c.p.c.** Qui il giudice può, anche d'ufficio, richiedere informazioni scritte a un ufficio della pubblica amministrazione su atti e documenti necessari al processo. L'amministrazione deve rispondere entro 60 giorni, indicando eventualmente le ragioni del diniego.

In questo caso:

- l'iniziativa è officiosa;
- la richiesta può avere anche carattere esplorativo;
- non è richiesta un'istanza di parte.

Il giudice può chiedere, ad esempio, documentazione relativa a una certa vicenda per verificare se contenga elementi rilevanti. Si tratta di una significativa attenuazione del principio dispositivo, giustificata dalla particolare posizione della pubblica amministrazione e dalla funzione pubblicistica dei documenti detenuti.

Inquadramento sistematico

L'ordine di esibizione è uno strumento intermedio:

- non è una misura cautelare;
- non è una discovery generalizzata;
- non è un potere officioso pieno.

Funziona solo su impulso di parte, deve essere circoscritto e determinato, e oggi è assistito da meccanismi coercitivi e probatori che ne garantiscono l'effettività. In sostanza: il documento non può essere nascosto dietro un cassetto, ma nemmeno si può frugare nell'archivio altrui sperando di trovare qualcosa di utile. Il processo civile resta un sistema di iniziativa di parte, con qualche valvola di pressione quando serve.

L'ispezione

L'ispezione è disciplinata dall'articolo 118 c.p.c. ed è richiamata dall'articolo 210. Si tratta di un potere istruttorio che il giudice può esercitare anche d'ufficio e che consiste nella **percezione diretta** di fatti o cose. È l'unica vera prova diretta nel processo civile: il giudice osserva personalmente l'oggetto dell'ispezione. Può riguardare una cosa o una persona. Non riguarda i documenti, che sono oggetto dell'ordine di esibizione ex art. 210 c.p.c. L'ispezione è ammessa purché non arrechi grave danno alle parti o ai terzi o non comporti violazione di segreti tutelati. Il richiamo agli articoli 351 e 352 c.p.c. evidenzia il limite del rispetto della persona e della riservatezza.

Modalità di svolgimento

L'articolo 258 c.p.c. stabilisce che il giudice fissa tempo, luogo e modalità dell'ispezione. Ai sensi dell'articolo 259 c.p.c., l'ispezione è compiuta personalmente dal giudice istruttore, il quale può farsi assistere da un consulente tecnico quando siano necessarie competenze specialistiche. Nel caso di ispezione corporale, l'articolo 260 c.p.c. consente al giudice di delegare l'operazione a un consulente tecnico, normalmente un medico, per garantire il rispetto della dignità personale. L'ispezione non può avere carattere esplorativo. Deve essere finalizzata all'accertamento di fatti specifici e giuridicamente rilevanti. Se la parte rifiuta senza giustificato motivo di consentire l'ispezione:

- il giudice può irrogare una pena pecuniaria da 500 a 3.000 euro;
- può desumere argomenti di prova ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, c.p.c.

Il rifiuto diventa quindi un fatto secondario che il giudice può valutare ai fini del convincimento.

Se a rifiutare è un terzo:

- la sanzione pecuniaria è ridotta (da 250 a 1.500 euro);
- non possono essere tratti argomenti di prova dal suo comportamento.

Durante l'ispezione il giudice può disporre rilievi, calchi, fotografie, riprese cinematografiche o altre riproduzioni, anche tramite consulente tecnico giurato (artt. 262 e 193 c.p.c.). Può inoltre sentire testimoni e adottare i provvedimenti necessari per accedere ai luoghi o acquisire elementi utili, sempre nel rispetto degli interessi dei terzi.

La consulenza tecnica d'ufficio (CTU)

La consulenza tecnica d'ufficio è un altro strumento istruttorio centrale. Il consulente tecnico è un **ausiliario del giudice**. Può essere incaricato di:

1. **Percepire fatti** (consulente percipiente);
2. Deducere fatti principali da fatti secondari o documenti;
3. Fornire massime di esperienza o conoscenze tecniche utili alla valutazione probatoria.

Il consulente può svolgere un'attività apparentemente simile a quella del testimone, ma la natura è diversa.

- Il testimone riferisce fatti percepiti casualmente nel passato.
- Il consulente percepisce o valuta fatti su incarico del giudice.

Il consulente deve garantire terzietà e imparzialità analoghe a quelle richieste al giudice. La sua attendibilità è valutata ex ante, al momento della nomina, sulla base dell'iscrizione all'albo e delle competenze tecniche. Il testimone, invece, viene valutato ex post, in relazione al contenuto della deposizione e ai possibili legami con le parti. Il consulente può essere incaricato di:

- sola percezione (es. rilievi tecnici su un immobile);
- percezione e deduzione (es. ricostruzione della dinamica di un incidente);
- sola deduzione (es. analisi contabile di documentazione complessa).

Nel caso medico, ad esempio, il consulente non si limita a constatare lesioni, ma valuta il grado di invalidità e il nesso causale.

Le Sezioni Unite 2022 (nn. 3086 e 6500)

Le sentenze delle Sezioni Unite del 2022 hanno precisato i limiti della consulenza tecnica percepiente.

I principi affermati sono i seguenti.

1. Accertamento dei fatti: Il consulente può accettare tutti i fatti inerenti all'oggetto della lite necessari per rispondere ai quesiti, purché:

- non si tratti di fatti principali posti a fondamento della domanda;
- né di fatti posti a fondamento di eccezioni in senso stretto.

Su questi fatti resta fermo l'onere di allegazione e prova delle parti.

2. Fatti diversi dai principali: Per fatti diversi dai principali o da quelli fondanti eccezioni in senso stretto, il consulente può acquisire documenti e svolgere accertamenti anche superando le preclusioni istruttorie delle parti, purché nel rispetto del contraddittorio.

3. Consulenza contabile: Nelle consulenze contabili, il consulente può acquisire documentazione anche relativa a fatti principali, nei limiti dell'incarico e sempre nel rispetto del contraddittorio.

Qui le Sezioni Unite hanno ampliato significativamente il ruolo del CTU.

Regime delle nullità

La violazione dei limiti comporta conseguenze diverse. Nullità assoluta. Se il consulente incide su fatti principali o su fatti posti a fondamento di eccezioni in senso stretto, si ha nullità assoluta. È rilevabile d'ufficio dal giudice oppure come motivo di impugnazione ex art. 161 c.p.c.

La nullità relativa: Se la violazione riguarda fatti diversi da quelli principali e si concreta in una lesione del contraddittorio, si ha nullità relativa. È rilevabile solo su istanza di parte nella prima difesa o nel primo atto successivo alla conoscenza del vizio.

Criticità della consulenza tecnica d'ufficio

I principi affermati dalle Sezioni Unite nel 2022 hanno suscitato perplessità, soprattutto nella parte in cui consentono al consulente tecnico percepiente di far entrare nel processo fatti e documenti anche oltre le preclusioni istruttorie delle parti. Il problema è evidente: il consulente è un ausiliario del giudice e, come tale, deve garantire le medesime condizioni di terzietà e imparzialità richieste al giudice stesso. Sul giudice grava il divieto di scienza privata; non può attingere autonomamente a fonti esterne al processo. Consentire al consulente di acquisire elementi non previamente allegati dalle parti rischia di attenuare questo presidio. Diventa quindi centrale il rispetto di un contraddittorio pieno, che non si esaurisce nella possibilità per le parti di esprimere osservazioni, ma implica il diritto di esercitare tutti i poteri consequenziali, inclusi quelli istruttori e di prova contraria. Il giudice deve vigilare affinché l'attività di percezione e di deduzione del consulente non si trasformi in un surrogato dell'onere di allegazione e prova delle parti, soprattutto con riferimento ai fatti principali o a quelli posti a fondamento di eccezioni in senso stretto.

La consulenza tecnica come potere officioso

La consulenza tecnica d'ufficio è un mezzo istruttorio che può essere disposto anche d'ufficio dal giudice. Tuttavia, qualora vi sia il timore che la persona o la cosa oggetto di indagine possano deteriorarsi o modificarsi prima dell'instaurazione del giudizio, la parte può chiedere un accertamento tecnico

preventivo ai sensi degli articoli 696 e seguenti c.p.c., istituto che verrà esaminato nell'ambito delle misure cautelari.

Nomina del consulente e garanzie di imparzialità

Ai sensi degli **articoli 61 e 191 c.p.c.**, il giudice nomina il consulente scegliendolo tra gli iscritti negli appositi albi tenuti presso gli uffici giudiziari. Gli albi sono organizzati per categorie professionali (medici, ingegneri, architetti, commercialisti, ecc.) e sono strutturati per garantire competenza tecnica e affidabilità. **L'articolo 192 c.p.c.** prevede la possibilità di **ricusazione del consulente**. Al consulente si applicano, per quanto compatibili, le norme sull'astensione e ricusazione del giudice: deve astenersi quando sussistono situazioni idonee a comprometterne l'imparzialità; in difetto, le parti possono proporre ricusazione. Al momento della nomina, il consulente presta giuramento. A seguito della riforma Cartabia, il giuramento può essere reso anche con modalità telematiche, superando l'obbligo di comparizione fisica in udienza.

Il quesito al consulente

Elemento centrale della consulenza è il quesito formulato dal giudice. Il consulente non agisce autonomamente, ma nei limiti dell'incarico ricevuto. La formulazione del quesito delimita l'oggetto dell'indagine tecnica. Un quesito generico, ambiguo o eccessivamente ampio può compromettere l'intera utilità della consulenza, specie in materie complesse come la responsabilità sanitaria o l'infortunistica stradale. Il giudice deve quindi formulare quesiti chiari, circoscritti e coerenti con il thema decidendum.

Il contraddittorio nella consulenza tecnica

La consulenza tecnica è soggetta al pieno rispetto del principio del contraddittorio.

L'articolo 201 c.p.c. stabilisce che, con l'ordinanza di nomina del consulente, il giudice assegna alle parti un termine per nominare i propri consulenti tecnici di parte (CTP).

I consulenti di parte:

- assistono alle operazioni peritali (art. 194 c.p.c.);
- possono formulare osservazioni;
- depositano proprie relazioni;
- partecipano all'udienza e alla camera di consiglio quando il CTU interviene per chiarimenti, previa autorizzazione.

Il contraddittorio non è meramente formale: le parti devono poter incidere effettivamente sullo svolgimento delle operazioni.

Il giudice come *peritus peritorum*

Il giudice non è vincolato alle conclusioni del consulente. Il principio per cui il giudice è *peritus peritorum* significa che egli mantiene il potere decisorio e il controllo sull'attività tecnica. Il controllo riguarda:

1. Il rispetto del contraddittorio e delle regole processuali.
2. La coerenza logica e la congruità motivazionale delle conclusioni.

Il giudice non può sostituirsi al consulente nelle valutazioni strettamente tecniche, ma può sindacarne la razionalità e la completezza argomentativa. Se ritiene l'elaborato carente o inattendibile, può:

1. Disporre chiarimenti;
2. Ordinare la rinnovazione della consulenza;
3. Sostituire il consulente.

Consulenze stragiudiziali

Le consulenze tecniche svolte su incarico delle parti al di fuori del processo (perizie stragiudiziali) non costituiscono mezzi di prova. Non sono prove atipiche: sono semplici documenti di parte, privi di autonoma efficacia probatoria. Il giudice non può fondare la decisione su di esse come su una prova tecnica neutrale; può, al più, valutarle come allegazioni difensive. **Diversa è la situazione dei verbali redatti da pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni** (ad esempio in materia di sicurezza sul lavoro o tutela dei beni culturali). Tali verbali possono avere efficacia probatoria, ma limitatamente ai fatti percepiti direttamente dal pubblico ufficiale. Le valutazioni tecniche contenute nel verbale non vincolano il giudice. L'efficacia probatoria è circoscritta a quanto attestato come avvenuto in presenza del pubblico ufficiale e opera fino a querela di falso.

REQUISITI DI FORMA E CONTENUTO DEGLI ATTI PROCESSUALI

Con il tema dei requisiti di forma e contenuto entriamo nella fisiologia patologica del processo: non più il procedimento che si svolge regolarmente, ma l'ipotesi in cui un atto presenti un vizio.

Il processo civile è governato da una disciplina rigorosa che investe:

- I requisiti di legittimazione del giudice (giurisdizione, competenza, corretta costituzione dell'organo, rispetto del sistema tabellare);
- I requisiti di legittimazione delle parti (capacità di essere parte, capacità di stare in giudizio, interesse ad agire, legittimazione ad agire);
- I requisiti di forma e contenuto degli atti processuali.

Nel processo civile la nozione di forma è ampia e comprende:

1. Il contenuto dell'atto (gli elementi che devono essere necessariamente indicati);
2. Le modalità del rito;
3. I luoghi e i tempi del processo;
4. Le modalità di svolgimento dell'udienza.

Contenuto e forma sono concetti inscindibili: l'omissione di elementi essenziali dell'atto incide sulla sua validità. Per questo si parla di requisiti di forma-contenuto.

Le modalità dell'udienza dopo la riforma Cartabia

Gli articoli 127 e seguenti c.p.c., come modificati dalla riforma Cartabia e dal successivo correttivo, disciplinano le modalità di svolgimento dell'udienza. L'articolo 127 attribuisce al giudice la direzione dell'udienza e prevede che essa possa svolgersi:

- In presenza;
- Mediante collegamenti audiovisivi a distanza (art. 127-bis);
- In forma cartolare, tramite deposito di note scritte (art. 127-ter).

Udienza da remoto

L'articolo 127-bis consente al giudice di disporre lo svolgimento dell'udienza mediante collegamenti audiovisivi quando non sia richiesta la presenza di soggetti diversi da parti, difensori, pubblico ministero e ausiliari del giudice. Non è quindi ammessa, ad esempio, per l'assunzione della prova testimoniale. Il provvedimento deve essere comunicato almeno 15 giorni prima; le parti possono opporsi entro 5 giorni. Il giudice, con decreto non impugnabile, può:

- confermare la modalità da remoto;
- disporre lo svolgimento in presenza;
- stabilire una modalità mista.

Questa modalità non elimina il contraddittorio, ma ne attenua l'immediatezza, soprattutto nelle udienze in cui è rilevante l'interazione diretta, come l'interrogatorio libero.

Udienza cartolare

L'articolo 127-ter consente di sostituire l'udienza con il deposito di note scritte contenenti istanze e conclusioni, nei medesimi limiti soggettivi previsti per l'udienza da remoto.

Il giudice assegna un termine perentorio non inferiore a 15 giorni. Le parti possono opporsi; se tutte concordano, il giudice è vincolato alla richiesta.

Se nessuna parte deposita le note, la causa può essere cancellata dal ruolo con conseguente estinzione.

Questa modalità presenta criticità:

- assenza di contraddittorio effettivo;
- mancanza di oralità e immediatezza;
- impossibilità di replica, essendo previsto un unico deposito simultaneo.

È quindi coerente con udienze meramente interlocutorie o di rinvio, meno con fasi decisive del procedimento.

Il principio di libertà delle forme

L'articolo 121 introduce il principio di libertà delle forme: gli atti per i quali la legge non prescrive forme determinate possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo. Il concetto centrale è lo scopo dell'atto processuale. Il processo è una sequenza ordinata di atti: ciascun atto è esercizio di un potere processuale, conseguenza dell'atto precedente e presupposto di quello successivo. Lo scopo dell'atto è consentire l'esercizio dei poteri processuali consequenziali. La forma è dunque strumentale allo scopo. Il correttivo ha aggiunto che tutti gli atti devono essere redatti in modo chiaro e sintetico. Tale criterio è stato esteso a molte disposizioni (artt. 163, 167, 342, 366 c.p.c.). L'articolo 46 disp. att. c.p.c. disciplina la redazione degli atti e demanda a un decreto ministeriale la fissazione dei limiti dimensionali. Il DM 110/2023 ha introdotto limiti ampi e flessibili. Il mancato rispetto dei limiti dimensionali:

- non comporta invalidità dell'atto;
- può incidere sulla liquidazione delle spese.

La sinteticità, dunque, non è requisito di validità.

La nullità degli atti processuali

L'articolo 156 disciplina la nullità e contiene tre principi fondamentali:

1. Non può essere pronunciata la nullità se non nei casi previsti dalla legge (comma 1).
2. La nullità può essere pronunciata quando mancano i requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo (comma 2).
3. La nullità non può essere pronunciata se l'atto ha raggiunto il suo scopo (comma 3).

Il sistema è antiformalistico: la forma è strumentale allo scopo.

Convalidazione oggettiva

Il comma 3 introduce il primo meccanismo di sanatoria: la convalidazione oggettiva per raggiungimento dello scopo. Esempio: nullità della *vocatio in ius* nell'atto di citazione (art. 164 c.p.c.) sanata dalla tempestiva costituzione del convenuto.

Convalidazione soggettiva

L'articolo 157 stabilisce che:

- la nullità non può essere pronunciata senza istanza di parte, salvo diversa previsione;
- solo la parte nel cui interesse è stabilito il requisito può eccepirla;
- l'eccezione deve essere proposta nella prima difesa utile;
- la nullità non può essere opposta da chi l'ha causata o vi ha rinunciato.

Se la parte non solleva tempestivamente l'eccezione, si verifica la convalidazione soggettiva. Occorre coordinare tale disciplina con l'articolo 101 c.p.c., in tema di contraddittorio: la nullità è rilevante solo se ha inciso sul diritto di difesa, ossia se ha impedito l'esercizio di un potere processuale.

Rinnovazione degli atti nulli

Quando la nullità non sia stata sanata, interviene l'articolo 162. Il giudice che pronuncia la nullità deve disporre, quando possibile, la rinnovazione dell'atto e di quelli dipendenti. La rinnovazione comporta:

- ripristino della sequenza processuale;
- rimessione in termini per l'esercizio dei poteri consequenziali;
- superamento delle eventuali preclusioni maturate.

La Cassazione parla di oneri circolari: gli atti processuali sono inseriti in una catena logica e cronologica, e la rinnovazione riapre il segmento successivo.

La disciplina dell'invalidità degli atti processuali è strutturalmente antiformalistica, perché non ruota attorno a un'idea rigida di forma, ma attorno allo scopo dell'atto processuale. Per comprendere questa impostazione occorre partire dalla concezione del processo come procedimento: una sequenza logicamente e cronologicamente ordinata di atti, che prende avvio con la domanda giudiziale e si conclude con un provvedimento, normalmente di merito. Non vi è contrapposizione tra potere processuale e atto processuale: ogni atto è esercizio di un potere, e ogni potere si concreta in un atto. Gli atti sono tra loro collegati in una concatenazione necessaria: ciascun atto costituisce la conseguenza di quello precedente e il presupposto di quello successivo. La validità degli atti deve dunque essere valutata alla luce di questa dinamica funzionale. Se la legge non specifica determinati requisiti formali, essi devono essere ricostruiti in base allo scopo dell'atto. L'articolo 156 c.p.c. stabilisce che la nullità può essere pronunciata nei casi previsti dalla legge; tuttavia, il secondo comma precisa che l'atto è nullo anche quando manchino requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo. Il terzo comma introduce poi il primo meccanismo di sanatoria, la cosiddetta convalidazione oggettiva: la nullità non può essere pronunciata se l'atto ha comunque raggiunto lo scopo cui era destinato. A questa si affianca la convalidazione soggettiva prevista dall'articolo 157 c.p.c.: la nullità deve essere eccepita dalla parte nel cui interesse è stabilito il requisito violato, e deve essere fatta valere nella prima difesa o istanza successiva all'atto o alla sua conoscenza. Se la parte non si attiva tempestivamente, il vizio si sana.

L'articolo 157 prevede anche ipotesi di rilevabilità d'ufficio della nullità, quando la legge lo dispone. In ogni caso, il sistema impone di interrogarsi su un punto decisivo: la sanatoria e la rinnovazione operano retroattivamente (ex tunc) o solo per il futuro (ex nunc)? La risposta dipende dalla natura del vizio. Quando il **difetto formale impedisce di individuare il potere processuale esercitato**, come può accadere nell'atto introduttivo del giudizio, **la rinnovazione produce effetti ex nunc**. Se non era individuabile il potere esercitato, non è concepibile attribuire effetti retroattivi a un atto radicalmente inidoneo a identificare la domanda. Nella maggior parte dei casi, però, il vizio non impedisce di identificare il potere processuale. In tali ipotesi la sanatoria opera con efficacia retroattiva ex tunc. È il caso tipico della nullità della notificazione dell'atto di citazione: il giudice assegna un termine per rinnovare la notifica e, una volta rinnovata, gli effetti della domanda si retrodatano al momento dell'atto originario.

Esistono poi situazioni in cui il legislatore prevede soluzioni ancora diverse. In taluni casi, **la violazione di regole sul rito comporta semplicemente un mutamento di rito, senza travolgere gli atti già compiuti**. Si pensi all'erronea introduzione di una causa con rito ordinario anziché con rito del lavoro: il

giudice dispone il mutamento di rito, ma non annulla gli atti già compiuti. **Altre violazioni producono conseguenze esclusivamente extra-processuali.** Ad esempio, l'inosservanza delle regole sul calendario del processo può incidere sulla responsabilità disciplinare del magistrato o sulla valutazione della sua professionalità, ma non determina invalidità del processo. Nei giudizi di impugnazione la disciplina è invece più rigorosa. Qui non si parla di nullità sanabile, bensì di inammissibilità o improcedibilità. In tali casi non operano meccanismi di sanatoria: il rilievo dell'inammissibilità comporta la chiusura del processo e il consolidarsi della sentenza impugnata. L'irrigidimento si giustifica con l'esigenza di garantire la ragionevole durata del processo e con il fatto che una decisione di merito è già stata resa.

L'articolo 159 c.p.c. disciplina gli effetti della nullità sugli altri atti del processo. La nullità di un atto non si estende automaticamente agli atti precedenti o successivi che siano indipendenti. Se il vizio riguarda un atto collocato a metà della sequenza, esso non può travolgere gli atti che lo precedono, ma può incidere su quelli successivi se ne costituisce il presupposto necessario. Occorre distinguere tra atti necessari, inseriti in modo imprescindibile nella catena processuale, e atti facoltativi. Se il vizio colpisce un atto propulsivo, come l'atto introduttivo, la nullità può propagarsi all'intero procedimento. Diversamente, se il vizio riguarda un atto istruttorio, non necessariamente si estende alla sentenza: il giudice potrebbe non fondare la decisione su quella prova viziata. Il secondo comma dell'articolo 159 stabilisce inoltre che la nullità di una parte dell'atto non colpisce le parti autonome e indipendenti. L'atto di citazione, ad esempio, contiene sia l'*editio actionis sia la vocatio in ius*. Un vizio relativo alla *vocatio* non incide *sull'editio*, e gli effetti collegati a quest'ultima possono rimanere fermi. L'ultimo comma **dell'articolo 159 prevede che, se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può comunque produrre gli altri effetti per cui è idoneo.** Un atto di riassunzione eventualmente invalido, se presenta i requisiti dell'atto introduttivo, può valere come nuova domanda giudiziale. Particolarmente rilevante è **l'articolo 161 c.p.c., che introduce il principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di impugnazione.** Il primo comma stabilisce che la nullità delle sentenze soggette ad appello o ricorso per Cassazione può essere fatta valere solo nei limiti e secondo le regole proprie di tali mezzi. Il concetto di nullità della sentenza è inteso in senso ampio e comprende anche le nullità derivanti da atti processuali precedenti non indipendenti. Tutti i vizi, originari o derivati, devono essere fatti valere attraverso i mezzi di impugnazione previsti dal codice. Se la parte non li deduce nei termini e con le modalità stabilite, il vizio si sana e la sentenza passa in giudicato. Non sono ammesse azioni autonome di nullità contro la sentenza: il sistema tutela la stabilità del giudicato. Esistono tuttavia eccezioni. Il secondo comma dell'articolo 161 esclude dall'ambito della conversione la sentenza priva di sottoscrizione del giudice. In tal caso non si tratta di mera nullità, ma di inesistenza del provvedimento, poiché manca l'elemento che ne attesta la paternità. Altre ipotesi sottratte al principio di conversione sono individuate dalla giurisprudenza: la sentenza resa in assenza di un **litisconsorte necessario**, la sentenza pronunciata nei confronti di un *falsus procurator*, nonché i casi estremi di contenuto radicalmente incerto o impossibile. In tali situazioni il vizio è considerato talmente grave da non poter essere sanato nemmeno dal passaggio in giudicato. Il sistema nel suo complesso mostra una chiara opzione di fondo: privilegiare la stabilità e l'effettività del processo, limitando le invalidità ai casi in cui il vizio incide realmente sulla funzione dell'atto e sull'esercizio dei poteri processuali. La forma non è un fine autonomo, ma uno strumento al servizio dello scopo processuale.

I TERMINI PROCESSUALI (ARTT. 152 SS. C.P.C.)

La disciplina dei termini processuali è contenuta **negli articoli 152 e seguenti del codice di procedura civile e costituisce uno snodo centrale del sistema delle preclusioni**, incidendo direttamente sull'esercizio dei poteri processuali e, quindi, sul diritto di difesa delle parti. L'articolo 152 enuncia il **principio di tassatività dei termini perentori**. I termini per il compimento degli atti del processo sono stabiliti dalla legge e possono essere fissati dal giudice soltanto quando la legge lo consente espressamente. I termini previsti dalla legge sono ordinatori, salvo che la legge stessa li qualifichi espressamente come perentori. La regola generale è dunque l'ordinarietà; la perentorietà costituisce un'eccezione che deve risultare in modo espresso. La distinzione è fondamentale. Il termine perentorio è

posto a pena di decadenza: il suo mancato rispetto comporta la perdita definitiva del potere processuale cui è collegato. Il termine ordinatorio, invece, non determina decadenza, ma assolve a una funzione di ordinato svolgimento del processo. **L'articolo 153 stabilisce che i termini perentori non possono essere né abbreviati né prorogati**, nemmeno su accordo delle parti. La rigidità è coerente con la funzione di tali termini, che delimitano in modo definitivo l'esercizio dei poteri processuali. Diverso è il **regime dei termini ordinatori**, disciplinato dall'articolo 154. Prima della loro scadenza, il giudice può abbreviarli o prorogarli. La proroga non può superare la durata del termine originario; un'ulteriore proroga è ammessa soltanto per motivi particolarmente gravi e con provvedimento motivato. In questo ambito il sistema è elastico, poiché non è in gioco una decadenza.

Nel processo a cognizione piena, sia ordinario sia semplificato o del lavoro, opera un **sistema di preclusioni**. Il decorso di un termine perentorio comporta la chiusura di una fase e la perdita irreversibile del relativo potere processuale. Per questo motivo la disciplina dei termini incide direttamente sul diritto di difesa: un errore nel calcolo o nella gestione dei termini può tradursi nella perdita definitiva di facoltà decisive. Per lungo tempo l'ordinamento non ha previsto una disciplina generale della rimessione in termini per decadenze dovute a cause non imputabili alla parte. Esistevano solo ipotesi specifiche, tra cui l'**articolo 294 c.p.c., relativo alla contumacia involontaria**, che consente la rimessione in termini quando la mancata costituzione dipenda da nullità della notificazione o da eventi straordinari impeditivi. Ulteriori casi erano previsti, ad esempio, dall'articolo 650 c.p.c. in materia di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo. **Con la riforma del 1990 è stato introdotto un meccanismo più organico**, inizialmente nell'articolo 184-bis, poi confluito nell'attuale articolo 153, comma 2. Oggi è stabilito che la parte che dimostri di essere incorsa in una decadenza per causa a lei non imputabile può chiedere la rimessione in termini. Il giudice provvede secondo quanto previsto dall'articolo 294, secondo e terzo comma. La collocazione della norma nel primo libro del codice le conferisce carattere generale, rendendola applicabile anche ai termini per impugnare. La rimessione in termini deve tuttavia essere coordinata con l'esigenza di stabilità del processo e del provvedimento conclusivo. In questa prospettiva, la dottrina ha evidenziato la necessità di prevedere, da un lato, un termine finale di sbarramento oltre il quale non sia più possibile chiedere la rimessione e, dall'altro, un termine perentorio entro cui l'istanza debba essere proposta, decorrente dalla cessazione dell'evento impeditivo o dal momento in cui la parte abbia avuto conoscenza dell'atto. Un'applicazione significativa del bilanciamento tra decadenza e tutela del **diritto di difesa si rinviene nell'articolo 327 c.p.c.** In via generale, l'impugnazione deve essere proposta entro sei mesi dalla pubblicazione della sentenza, in mancanza di notificazione. Tuttavia, tale termine non si applica alla parte contumace che dimostri di non aver avuto conoscenza del processo a causa di nullità della citazione o della notificazione. In tal caso, l'ordinamento esclude che la decadenza possa operare nei confronti di chi non abbia potuto esercitare il proprio diritto di difesa per causa non imputabile. La disciplina dei termini processuali si fonda dunque su un equilibrio tra certezza e stabilità del processo, da un lato, e tutela effettiva del diritto di difesa, dall'altro.

L'ATTO DI CITAZIONE

L'atto di citazione è l'atto introduttivo del rito ordinario di cognizione. La sua disciplina rappresenta una applicazione paradigmatica dei principi in materia di nullità e sanatoria degli atti processuali di cui agli articoli 156 e seguenti c.p.c. L'atto di citazione è un atto complesso, al cui interno si distinguono due sotto-atti strutturalmente e funzionalmente diversi: l'**editio actionis** e la **vocatio in ius**.

Editio actionis

L'**editio actionis** consiste nell'esercizio del diritto di azione. Il suo destinatario è il giudice, poiché è al giudice che la domanda viene proposta ed è il giudice che deve pronunciarsi su di essa. I requisiti di forma-contenuto funzionali all'**editio actionis** sono quelli strumentali all'individuazione del diritto fatto valere in giudizio. In particolare: l'indicazione delle parti in senso sostanziale; il **petitum** (art. 163, n. 3 c.p.c.); le ragioni della domanda, ossia la **causa petendi** (art. 163, n. 4 c.p.c.).

Con riferimento alla causa petendi, occorre distinguere. I fatti posti a fondamento della domanda sono i fatti costitutivi. Tuttavia, non sempre i fatti costitutivi svolgono funzione individuatrice della domanda. Nei diritti autodeterminati — come la proprietà, la servitù e più in generale i diritti reali e gli altri diritti assoluti — l'individuazione del diritto non dipende dal titolo, ma dalla mera affermazione della titolarità. In tali casi, i fatti costitutivi non hanno funzione identificativa in senso stretto. La giurisprudenza ha qualificato come autodeterminata anche la domanda di nullità, ritenendo che il motivo di nullità non sia elemento identificativo della domanda. È stata inoltre considerata autodeterminata la domanda di protezione internazionale. Diverso è il caso dei diritti eterodeterminati, nei quali l'individuazione della situazione giuridica dipende dal fatto costitutivo allegato. Nelle fattispecie complesse, come quella di cui all'articolo 2043 c.c., non tutti gli elementi costitutivi svolgono necessariamente funzione individuatrice, ma la questione presenta profili problematici.

Vocatio in ius

La vocatio in ius è il sotto-atto funzionale all'attivazione del contraddittorio. Il suo destinatario è il convenuto, poiché il contraddittorio si instaura nei suoi confronti. I requisiti strumentali alla vocatio in ius comprendono: l'indicazione del giudice (art. 163, n. 1 c.p.c.); l'indicazione delle parti in senso formale; la data dell'udienza; l'invito a costituirsi nei termini di legge; l'avvertimento delle decadenze di cui agli articoli 38 e 167 c.p.c. (art. 163, n. 7). La funzione della vocatio è garantire al convenuto la possibilità effettiva di esercitare il proprio diritto di difesa. Il suo scopo è dunque l'attivazione del contraddittorio.

Effetti della domanda giudiziale

Prima di affrontare la disciplina della nullità dell'atto di citazione, è necessario analizzare gli effetti della domanda giudiziale. Questo passaggio è essenziale per comprendere se, in caso di nullità, la sanatoria produca effetti retroattivi (ex tunc) oppure solo per il futuro (ex nunc). La domanda giudiziale produce effetti sia processuali sia sostanziali. Qui si considerano gli effetti processuali. La domanda giudiziale non è un atto neutro. Con essa si apre il processo e si determina una serie di conseguenze giuridiche che investono tanto il piano processuale quanto quello sostanziale. In questa sede si considerano esclusivamente gli effetti processuali. In primo luogo, la proposizione della domanda determina la fissazione della giurisdizione e della competenza secondo il principio della perpetuatio iurisdictionis (art. 5 c.p.c.). La giurisdizione e la competenza si individuano con riferimento alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda; mutamenti successivi sono irrilevanti. Questo effetto è strettamente collegato al momento iniziale del processo e garantisce stabilità alla relazione processuale. In secondo luogo, la domanda determina la pendenza della lite, con conseguenze in tema di litispendenza (art. 39 c.p.c.). Dal momento della notificazione della citazione o del deposito del ricorso si radica la pendenza della causa e diventa operativo il criterio della prevenzione nei rapporti tra giudici diversi. Anche questo effetto si collega direttamente al momento genetico del processo. Un ulteriore effetto processuale è l'impedimento del giudicato. Finché la domanda è pendente o finché è pendente il termine per proporre impugnazione, la sentenza non può passare in giudicato formale. La proposizione del mezzo di impugnazione sospende la definitività della decisione e impedisce che si consolida come accertamento irretrattabile. La domanda produce inoltre effetti in ordine alla legittimazione delle parti. Ai sensi dell'articolo 111 c.p.c., se nel corso del processo il diritto controverso viene trasferito a un terzo, il processo prosegue tra le parti originarie. La proposizione della domanda, quindi, cristallizza la struttura soggettiva del processo, assicurando la continuità del giudizio anche in presenza di vicende circolatorie del diritto. Tutti questi effetti si ricollegano al momento della proposizione della domanda. Proprio per questo la questione della nullità dell'atto di citazione assume rilievo centrale: occorre stabilire se una domanda viziata sia comunque idonea a produrre tali effetti sin dall'origine, qualora venga successivamente sanata, oppure se gli effetti rimangano sospesi fino alla rinnovazione dell'atto. Se la sanatoria opera ex tunc, gli effetti processuali si considerano prodotti fin dal momento iniziale; se opera ex nunc, essi si producono soltanto dal momento della rinnovazione. La soluzione dipende dalla natura del vizio e dalla sua incidenza sulla possibilità di individuare il potere

processuale esercitato e lo scopo dell'atto. L'analisi degli effetti della domanda giudiziale costituisce dunque il presupposto necessario per comprendere la disciplina della nullità dell'atto di citazione e le conseguenze che ne derivano sul piano processuale.

Perpetuatio iurisdictionis

L'articolo 5 c.p.c. enuncia il principio della **perpetuatio iurisdictionis**, secondo cui la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda. Il momento rilevante è dunque quello della instaurazione del processo: per il rito ordinario, la notificazione dell'atto di citazione; per i procedimenti introdotti con ricorso, il deposito del ricorso. La regola comporta che eventuali mutamenti successivi — sia normativi sia fattuali — non incidano sulla giurisdizione o sulla competenza già radicate. Il processo, una volta validamente instaurato davanti a un determinato giudice, prosegue dinanzi a quel giudice anche se intervengono modifiche che, se esistenti al momento iniziale, avrebbero condotto a una diversa individuazione. L'esempio tipico riguarda la competenza territoriale fondata sulla residenza del convenuto: se, dopo la proposizione della domanda, il convenuto trasferisce la propria residenza in altro circondario, ciò non comporta lo spostamento del processo. La competenza resta ferma al giudice originariamente adito. La ratio del principio è evidente: garantire stabilità e certezza al processo, evitando che esso venga continuamente rimesso in discussione a causa di eventi sopravvenuti. Senza tale regola, il processo potrebbe essere paralizzato da mutamenti strumentali o casuali della situazione di fatto.

Il principio non è tuttavia assoluto. Restano salve le ipotesi in cui la legge attribuisca rilievo a sopravvenienze normative con efficacia immediata, come nei casi di soppressione dell'ufficio giudiziario o di modifiche legislative che incidano sulla giurisdizione in modo espresso. In tali situazioni, la disciplina speciale prevale. In linea generale, però, la **perpetuatio iurisdictionis** rappresenta un effetto tipico della domanda giudiziale: cristallizza il rapporto processuale sotto il profilo della giurisdizione e della competenza, assicurando continuità e stabilità allo svolgimento del giudizio.

La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda. Eventuali mutamenti successivi della legge o della situazione di fatto sono irrilevanti. Ad esempio, se la competenza territoriale è determinata dalla residenza del convenuto, un successivo trasferimento di residenza non comporta lo spostamento del processo.

Litispendenza

Se la stessa causa è proposta davanti a giudici diversi, il giudice successivamente adito deve, anche d'ufficio, **dichiarare la litispendenza e disporre la cancellazione della causa dal ruolo**. La litispendenza è disciplinata **dall'articolo 39 c.p.c. e rappresenta un effetto processuale della proposizione della domanda giudiziale**. Si ha litispendenza quando la stessa causa viene proposta davanti a giudici diversi. Per "stessa causa" si intende identità di:

1. Parti;
2. Petrum;
3. Causa petendi.

In presenza di tali **presupposti**, il giudice successivamente adito deve, anche d'ufficio e in qualunque stato e grado del processo, **dichiarare la litispendenza con ordinanza e disporre la cancellazione della causa dal ruolo**. Il fondamento dell'istituto è duplice:

1. Evitare il rischio di giudicati contrastanti;
2. Garantire economia processuale.

Per stabilire **quale giudice sia stato adito per primo**, l'**articolo 39, terzo comma, individua il criterio della prevenzione**. La prevenzione si determina con la notificazione dell'atto di citazione, se il processo è introdotto con citazione; con il deposito del ricorso presso il giudice, se il processo è introdotto con ricorso. Il momento rilevante è quindi diverso a seconda della forma dell'atto introduttivo. Nel processo

introdotto con citazione, la pendenza si collega alla notificazione, perché è con essa che si instaura il rapporto processuale nei confronti del convenuto. Nel processo introdotto con ricorso, invece, la pendenza si collega al deposito, poiché è con esso che si instaura il rapporto con il giudice.

Effetti della dichiarazione di litispendenza

Il giudice adito per secondo non entra nel merito della controversia. Egli deve limitarsi a chiudere il processo con ordinanza dichiarativa della litispendenza e disporre la cancellazione dal ruolo. La causa prosegue davanti al giudice preventivamente adito. La litispendenza va distinta dalla continenza di cause (disciplinata anch'essa dall'articolo 39), che ricorre quando tra due cause vi è un rapporto di contenuto più ampio e più ristretto, ma non piena identità. **La litispendenza presuppone, quindi, l'identità di parti, petitum e causa petendi.** Il momento determinante per stabilire quale giudice sia stato adito per primo è indicato dall'articolo 39, terzo comma: nel processo introdotto con atto di citazione, rileva la notificazione della citazione; nel processo introdotto con ricorso, rileva il deposito del ricorso presso il giudice. Il criterio è quello della prevenzione.

Effetto impeditivo del giudicato

Tra gli effetti processuali della domanda giudiziale rientra l'effetto impeditivo del giudicato.

Il giudicato formale si verifica quando una sentenza non è più soggetta ai mezzi di impugnazione ordinari, perché: è decorso inutilmente il termine per proporli oppure tali mezzi sono stati esperiti e definiti. La proposizione della domanda di impugnazione (appello, ricorso per cassazione, revocazione nei casi previsti) impedisce il passaggio in giudicato della sentenza impugnata. Finché il mezzo di impugnazione è pendente, la sentenza non diventa definitiva sotto il profilo formale. L'effetto impeditivo si collega alla pendenza del termine per impugnare. Anche prima della proposizione dell'impugnazione, la sentenza non passa in giudicato finché non sia decorso il termine di decadenza previsto dalla legge. Solo allo spirare del termine, in assenza di impugnazione, si forma il giudicato formale. L'effetto impeditivo tutela l'esigenza di stabilità delle decisioni, ma allo stesso tempo garantisce alle parti la possibilità di sottoporre la sentenza al controllo del giudice superiore. Il giudicato, infatti, presuppone l'esaurimento o la consumazione dei mezzi di impugnazione. Occorre distinguere il giudicato formale dal giudicato sostanziale. Il primo attiene alla irretrattabilità della decisione all'interno del processo; il secondo riguarda l'efficacia vincolante dell'accertamento contenuto nella sentenza nei successivi giudizi tra le stesse parti. L'effetto impeditivo incide sul giudicato formale: finché la sentenza è impugnabile o è stata impugnata, essa non è definitiva e non può consolidarsi come accertamento irretrattabile.

La proposizione della domanda o del mezzo di impugnazione impedisce il passaggio in giudicato della sentenza fino alla scadenza del termine di decadenza per impugnare. Finché il termine non decorre inutilmente, il giudicato formale non si consolida.

Perpetuatio legitimatis (art. 111 c.p.c.)

L'Articolo 111 Codice di procedura civile disciplina un'ipotesi delicata ma tutt'altro che rara: il trasferimento del diritto controverso nel corso del processo. Se, mentre la causa è pendente, una parte aliena o cede il diritto oggetto di lite, il processo non si interrompe né deve essere riassunto tra soggetti diversi. Prosegue tra le parti originarie. La regola risponde a un'esigenza di stabilità. Il processo non può diventare ostaggio delle vicende circolatorie del diritto sostanziale. Se così fosse, basterebbe trasferire il diritto per alterare la composizione soggettiva del giudizio, con evidenti rischi di strumentalizzazione. Se nel corso del processo una parte trasferisce a un terzo il diritto controverso, il processo prosegue tra le parti originarie. La parte che ha trasferito il diritto perde la legittimazione ordinaria, ma conserva una legittimazione straordinaria processuale, al fine di garantire la stabilità e la continuità del processo. L'analisi degli effetti della domanda giudiziale è decisiva per valutare le conseguenze della nullità dell'atto di citazione: a seconda che la sanatoria operi retroattivamente o meno, gli effetti processuali si considereranno prodotti fin dal momento della proposizione della domanda oppure solo dalla

rinnovazione dell'atto. La parte che ha trasferito il diritto perde la legittimazione ordinaria sostanziale, perché non è più titolare del rapporto. Tuttavia conserva una legittimazione straordinaria processuale. Si tratta di una legittimazione che non trova fondamento nella titolarità del diritto, ma in una scelta legislativa funzionale alla continuità del processo. L'ordinamento consente a chi non è più titolare del diritto di restare parte del giudizio per evitare che il processo debba ripartire da zero. Il terzo acquirente può intervenire o essere chiamato nel processo, ma non sostituisce automaticamente la parte originaria. La sentenza pronunciata nei confronti delle parti iniziali produce effetti anche nei confronti del successore a titolo particolare, secondo la disciplina della successione nel diritto controverso. È un'estensione dell'efficacia della decisione che tutela l'affidamento e impedisce la proliferazione di giudizi paralleli. Questa figura si collega direttamente al tema degli effetti della domanda giudiziale. La proposizione della domanda produce effetti processuali e sostanziali che si cristallizzano nel momento iniziale del processo. Se si ammettesse che il trasferimento del diritto azzeri la legittimazione o imponga la sostituzione automatica della parte, si comprometterebbe la stabilità di quegli effetti. Ed è proprio qui che l'analisi degli effetti della domanda diventa decisiva anche con riferimento alla nullità dell'atto di citazione. Se la nullità viene sanata con efficacia retroattiva, gli effetti processuali e sostanziali della domanda si considerano prodotti fin dal momento della proposizione originaria. Se invece la sanatoria opera solo ex nunc, gli effetti decorranno dalla rinnovazione dell'atto. La differenza non è teorica: incide su prescrizione, decadenze, competenza, litispendenza e, appunto, sulla stabilità della legittimazione. La perpetuatio legitimatis si inserisce quindi in un quadro più ampio di regole volte a preservare la continuità del processo. Il diritto sostanziale può cambiare titolare; il processo, salvo casi eccezionali, resta ancorato alle parti che lo hanno instaurato. È una scelta di sistema: meglio una legittimazione straordinaria che un processo instabile e continuamente esposto a mutamenti soggettivi.

Nullità dell'atto di citazione ed effetti sostanziali della domanda

Gli effetti sostanziali della domanda giudiziale si distinguono tradizionalmente in effetti conservativi ed effetti attributivi. Questa distinzione non è ornamentale, serve a capire cosa resta in piedi quando l'atto di citazione è nullo e cosa invece crolla. Gli effetti conservativi sono quelli che mirano a preservare una situazione giuridica già esistente. Non attribuiscono un nuovo bene della vita, ma impediscono che il diritto si estingua o si deteriori durante il tempo del processo. Il caso emblematico è l'interruzione della prescrizione, disciplinata **dall'articolo 2943 del codice civile**: la domanda giudiziale, se validamente proposta, interrompe il decorso del termine prescrizionale. Analogi rilievi ha l'impedimento della decadenza quando la legge collega alla proposizione della domanda l'effetto di neutralizzare il decorso del termine decadenziale. Si tratta di effetti che proteggono il diritto dall'erosione del tempo. Gli effetti attributivi, invece, sono quelli che si collegano all'eventuale accoglimento della domanda e comportano l'acquisizione di un bene della vita o la produzione di un effetto giuridico nuovo. Nelle azioni costitutive, ad esempio, l'effetto attributivo coincide con la modifica o l'estinzione del rapporto; nelle azioni di condanna, con la possibilità di procedere all'esecuzione forzata; nelle azioni di accertamento, con la stabilizzazione della situazione giuridica attraverso il giudicato. Quando l'atto di citazione è nullo, la sorte di questi effetti dipende dal regime della sanatoria previsto **dagli articoli 156 e seguenti del codice di procedura civile**. Se la nullità viene sanata con efficacia retroattiva, gli effetti sostanziali si considerano prodotti fin dal momento della proposizione della domanda. Questo significa che l'interruzione della prescrizione o l'impedimento della decadenza si collocano temporalmente al giorno della notificazione originaria dell'atto, non a quello della rinnovazione. Se, invece, la nullità non viene sanata oppure la sanatoria opera solo dal momento della rinnovazione, gli effetti conservativi non possono retroagire. In tal caso, la domanda invalida non è idonea a interrompere la prescrizione o a impedire la decadenza, perché manca un atto processuale idoneo a produrre quegli effetti. È qui che la distinzione tra effetti conservativi ed effetti attributivi diventa decisiva: i primi sono strettamente collegati alla validità dell'atto introduttivo, i secondi dipendono dall'esito del giudizio. La questione si intreccia con la natura della nullità. Se la nullità riguarda la vocatio in ius e incide sul contraddittorio, la sanatoria presuppone la costituzione del convenuto o la rinnovazione dell'atto. Solo in presenza di una sanatoria tempestiva si può parlare di conservazione degli effetti sostanziali. Se, invece, la nullità permane e conduce alla chiusura del processo in rito, la domanda non produce effetti attributivi e neppure conservativi.

Effetti conservativi

Gli effetti conservativi hanno la funzione di impedire che, durante la pendenza del processo, si producano fatti estintivi o impeditivi del diritto fatto valere in giudizio. In altre parole, servono a “congelare” la situazione sostanziale mentre il processo fa il suo corso, che notoriamente non è una corsa dei cento metri. Tra questi rientrano:

1. Sospensione e interruzione della prescrizione (art. 2945 c.c.): Nel processo civile la proposizione della domanda produce sia l'effetto interruttivo sia quello sospensivo della prescrizione. L'effetto interruttivo fa sì che il termine ricominci a decorrere da capo; l'effetto sospensivo blocca il decorso del tempo per tutta la durata del processo. Ciò significa che, una volta concluso il giudizio, la prescrizione riprende a decorrere ex novo. La durata del processo non erode il diritto. Questo è un tratto tipico del processo civile: la domanda non si limita a interrompere, ma sterilizza il tempo per tutto il periodo della pendenza.

2. Impedimento della decadenza (art. 2964 c.c.): Anche la decadenza viene impedita dalla proposizione della domanda giudiziale, quando la legge collega l'effetto impeditivo all'esercizio dell'azione in giudizio.

3. Trascrizione della domanda giudiziale (artt. 2652–2653 c.c.): La trascrizione ha effetto prenotativo: se la domanda viene accolta, gli effetti della sentenza retroagiscono alla data della trascrizione. Ne deriva che gli atti dispositivi compiuti dal convenuto dopo la trascrizione non sono opponibili all'attore vittorioso. È una forma di tutela preventiva contro manovre “creative” del convenuto.

4. Obbligo di custodia nel caso di rivendicazione (art. 948 c.c.): Il convenuto in un'azione di rivendicazione assume la posizione di custode del bene, con le relative responsabilità. Anche questo è un effetto conservativo: il bene non può essere trattato come se il processo non esistesse.

Effetti attributivi

Gli effetti attributivi operano in modo diverso. Non si limitano a conservare, ma anticipano, in caso di accoglimento, le conseguenze che l'attore avrebbe ottenuto se la domanda fosse stata accolta sin dal giorno della sua proposizione. Hanno funzione compensativa rispetto alla durata del processo: evitano che il tempo giochi a sfavore dell'attore. Esempi:

1. Restituzione dei frutti da parte del possessore di **buona fede** (art. 1148 c.c.): dal giorno della domanda il possessore è tenuto a restituire i frutti; *«Il possessore di buona fede fa suoi i frutti naturali separati fino al giorno della domanda giudiziale e i frutti civili maturati fino allo stesso giorno. Egli, fino alla restituzione della cosa, risponde verso il rivendicante dei frutti percepiti dopo la domanda giudiziale e di quelli che avrebbe potuto percepire dopo tale data, usando la diligenza di un buon padre di famiglia.»*
2. **Anatocismo giudiziale** (art. 1283 c.c.): gli interessi sugli interessi decorrono dalla domanda; *«In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi.»*
3. **Decorrenza dell'obbligo alimentare** (art. 445 c.c.): gli alimenti sono dovuti dalla domanda. Sono effetti che neutralizzano il danno da durata fisiologica del processo: *«Gli alimenti sono dovuti dal giorno della domanda giudiziale o dal giorno della costituzione in mora dell'obbligato, quando questa costituzione sia entro sei mesi seguita dalla domanda giudiziale.»*

Effetti producibili anche in via stragiudiziale

Esiste poi una categoria di effetti che possono derivare sia dalla domanda giudiziale sia da atti stragiudiziali. L'esempio tipico è l'interruzione della prescrizione dei diritti di credito (art. 2943 c.c.), che

può avvenire anche mediante messa in mora del debitore. In questo caso la notifica dell'atto di citazione non è l'unico strumento idoneo. Analogi discorsi vale per l'impugnazione delle rinunce e transazioni in materia di lavoro (art. 2113 c.c.), che può avvenire anche in via stragiudiziale.

Collegamento con la nullità della *vocatio in ius*

Quando l'atto di citazione è nullo come *vocatio in ius*, ma resta riconoscibile come esercizio del diritto, si pone il problema se gli effetti sostanziali si producano comunque. Se la nullità viene sanata con efficacia retroattiva, gli effetti sostanziali e processuali si considerano prodotti sin dalla prima notificazione. Se invece il processo si estingue per mancata rinnovazione, cadono: tutti gli effetti processuali (*perpetuatio iurisdictionis, litispendenza, perpetuatio legitimationis*); gli effetti sostanziali che presuppongono un processo in corso o una futura sentenza di accoglimento (come la trascrizione o l'obbligo di custodia). Rimangono invece, secondo l'opinione prevalente, gli effetti che l'atto avrebbe potuto produrre anche in via stragiudiziale, come l'interruzione della prescrizione nei casi in cui la legge la collega a qualsiasi atto idoneo a costituire in mora. Diversa e più delicata è la questione per i diritti per cui l'interruzione può avvenire solo mediante domanda giudiziale: qui la soluzione dipende dalla ricostruzione della natura dell'atto invalido e dalla sua idoneità a integrare comunque esercizio del diritto.

Nullità dell'*edictio actionis* e effetti

Quando invece la nullità riguarda l'*edictio actionis*, cioè impedisce l'individuazione del diritto fatto valere in giudizio, la situazione cambia radicalmente. Se il diritto non è identificabile, non ha senso parlare di effetti sostanziali prodotti dalla domanda. In questi casi la sanatoria opera *ex nunc*: gli effetti si producono solo dal momento in cui l'atto viene rinnovato o integrato validamente. Ed è coerente: se non è chiaro quale diritto si sta esercitando, non si può pretendere che l'ordinamento inizi a proteggerlo. Nullità dell'atto di citazione è disciplinato dall'art. 164 c.p.c.:

- (1) «*La citazione è nulla se è omesso o risulta assolutamente incerto alcuno dei requisiti stabiliti nei numeri 1) e 2) dell'art. 163, se manca l'indicazione della data dell'udienza di comparizione, se è stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge ovvero se manca l'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163.*
- (2) *Se il convenuto non si costituisce in giudizio, il giudice, rilevata la nullità della citazione ai sensi del primo comma, ne dispone d'ufficio la rinnovazione entro un termine perentorio. Questa sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione. Se la rinnovazione non viene eseguita, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo e il processo si estingue a norma dell'art. 307, comma terzo.*
- (3) *La costituzione del convenuto sana i vizi della citazione e restano salvi gli effetti sostanziali e processuali di cui al secondo comma; tuttavia, se il convenuto deduce l'inosservanza dei termini a comparire o la mancanza dell'avvertimento previsto dal n. 7) dell'art. 163, il giudice fissa una nuova udienza nel rispetto dei termini.*
- (4) *La citazione è altresì nulla se è omesso o risulta assolutamente incerto il requisito stabilito nel n. 3) dell'art. 163 ovvero se manca l'esposizione dei fatti di cui al n. 4) dello stesso articolo.*
- (5) *Il giudice, rilevata la nullità ai sensi del comma precedente, fissa all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione o, se il convenuto si è costituito, per integrare la domanda. Restano ferme le dacydenze maturate e salvi i diritti quesiti anteriormente alla rinnovazione o alla integrazione.»*

La disciplina generale della nullità degli atti processuali è contenuta negli Articolo 156 Codice di procedura civile e seguenti. Un atto è nullo se manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento del suo scopo. Nel caso dell'*editio actionis*, lo scopo è la precisa delimitazione dell'oggetto del processo. Se questo scopo non è raggiunto, la nullità è inevitabile. A differenza della

nullità della *vocatio in ius*, che può essere sanata dalla costituzione del convenuto, la nullità dell'*editio actionis* non è automaticamente sanabile con la semplice comparsa in giudizio della controparte. La costituzione del convenuto può sanare i vizi che incidono sul contraddittorio, ma non può integrare d'ufficio un contenuto mancante o radicalmente indeterminato della domanda. Il giudice, rilevata la nullità, deve assegnare un termine perentorio per la rinnovazione o integrazione dell'atto, secondo il meccanismo previsto **dall'Articolo 164 Codice di procedura civile**. Se l'attore provvede tempestivamente a integrare la domanda, la nullità è sanata. La questione decisiva riguarda gli effetti temporali della sanatoria. Se l'integrazione avviene nei termini assegnati, la domanda conserva gli effetti sostanziali e processuali fin dal momento della proposizione originaria, quindi con efficacia retroattiva. Questo significa, ad esempio, che l'interruzione della prescrizione si considera prodotta dalla notificazione iniziale dell'atto di citazione, non dalla successiva integrazione. Se invece l'attore non ottempera all'ordine del giudice, la domanda resta invalida e il processo deve essere chiuso in rito. In tal caso, gli effetti sostanziali della domanda non si consolidano. La prescrizione continua a decorrere e le eventuali decadenze non sono impediti. L'atto nullo, non sanato, non è idoneo a produrre effetti. La **nullità dell'*editio actionis* incide dunque sul cuore del processo**: la delimitazione dell'oggetto del giudizio. Senza una domanda chiara, il processo non può svolgersi correttamente e il giudice non può pronunciarsi nel merito. Se il vizio è sanato, il sistema tende a salvare gli effetti già prodotti; se non lo è, la domanda rimane priva di efficacia e l'intera costruzione processuale si arresta.

LA LEGITTIMAZIONE DEL GIUDICE

La disciplina della legittimazione del giudice costituisce attuazione diretta del principio del giudice naturale precostituito per legge, sancito dall'Articolo 25 Costituzione Italiana e collocato tra i principi fondamentali dell'ordinamento. Il significato della disposizione è chiaro: il giudice chiamato a decidere una controversia deve essere individuato sulla base di criteri predeterminati dalla legge, anteriori alla nascita della lite. Non deve esistere alcuno spazio per una scelta discrezionale del giudice da parte delle parti o di altri soggetti. Il principio è strettamente collegato alla garanzia di terzietà e imparzialità del giudice, oggi espressamente consacrata dall'Articolo 111 Costituzione Italiana. La precostituzione legale del giudice è uno dei meccanismi che impediscono la manipolazione dell'organo giudicante e assicurano che la decisione provenga da un soggetto imparziale.

Nel linguaggio normativo il termine “giudice” assume significati diversi. Talvolta indica la persona fisica del magistrato; altre volte designa l'ufficio giudiziario nel suo complesso. Ai fini del principio del giudice naturale, la nozione rilevante è quella della persona fisica: il magistrato che concretamente tratterà la controversia deve essere individuato secondo criteri oggettivi e predeterminati.

La sequenza dei criteri di legittimazione

L'individuazione del giudice avviene attraverso una sequenza logica e cronologica:

- Giurisdizione
- Competenza
- Costituzione del giudice
- Sistema tabellare

Si tratta di un percorso progressivo: prima si individua l'ordine giurisdizionale, poi l'ufficio giudiziario, quindi la concreta articolazione interna dell'ufficio e, infine, il magistrato persona fisica. Giurisdizione e competenza sono discipline tipiche, applicabili nei casi espressamente previsti dalla legge. La costituzione del giudice, invece, è regolata in via generale dagli articoli 158 e 161 c.p.c. Il sistema tabellare completa il percorso assicurando l'assegnazione della causa secondo criteri predeterminati.

La giurisdizione

La giurisdizione costituisce il primo livello della legittimazione del giudice. Le questioni di giurisdizione sono tipiche e tassative. L'Articolo 37 Codice di procedura civile disciplina due ipotesi:

1. Difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.
2. Difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali.

A queste si aggiunge una terza questione, relativa ai limiti della giurisdizione italiana, disciplinata dalla Legge 218/1995 e da fonti sovranazionali.

La prima ipotesi dell'articolo 37 riguarda il cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione. Si verifica quando il privato fa valere nei confronti della pubblica amministrazione una situazione priva di rilevanza giuridica, cioè una situazione di mero fatto. In tal caso nessun giudice può pronunciarsi, perché manca una situazione soggettiva tutelata dall'ordinamento. La qualificazione come questione di giurisdizione è frutto di una scelta legislativa storicamente condizionata. In realtà, il giudice, dichiarando il difetto di giurisdizione, accerta l'inesistenza del diritto sostanziale fatto valere. La questione è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

Riparto tra giudice ordinario e giudici speciali

La seconda ipotesi riguarda il riparto tra giudice ordinario e giudici speciali.

Il criterio generale di riparto rispetto al giudice amministrativo è enunciato dall'Articolo 103 Costituzione Italiana:

- se si fa valere un interesse legittimo, la giurisdizione appartiene al giudice amministrativo;
- se si fa valere un diritto soggettivo, appartiene al giudice ordinario.

Esistono inoltre ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nelle quali il criterio torna ad essere quello della materia. A differenza del difetto assoluto, questa questione è rilevabile d'ufficio solo nel giudizio di primo grado; nei gradi di impugnazione può essere esaminata solo se oggetto di specifico motivo.

Limiti della giurisdizione italiana

La terza questione riguarda la delimitazione della giurisdizione italiana nelle controversie con elementi di internazionalità. Il criterio generale, oggi, è quello del domicilio o della residenza del convenuto in Italia, ai sensi dell'articolo 3 della legge 218/1995. Il precedente criterio della nazionalità è stato abbandonato, perché non garantiva un collegamento effettivo con il territorio dello Stato. La disciplina della giurisdizione italiana si coordina con fonti sovranazionali, in particolare con il Regolamento Bruxelles I-bis n.1215/2012, che stabilisce criteri uniformi tra gli Stati membri dell'Unione Europea. La giurisdizione italiana può inoltre sussistere per accettazione espressa o tacita delle parti (articolo 4 legge 218/1995). L'eccezione di difetto di giurisdizione deve essere sollevata dal convenuto nel primo atto difensivo; in mancanza, si verifica accettazione tacita.

Effetti delle decisioni sulla giurisdizione

Occorre distinguere tra decisioni del giudice di merito e decisioni della Corte di Cassazione. La Corte di Cassazione, ai sensi dell'Articolo 382 Codice di procedura civile, quando decide sulla giurisdizione, "statuirà" su di essa. Le sue decisioni hanno efficacia vincolante per tutti i giudici: si parla di efficacia pan-processuale. Le sentenze del giudice di merito che declinano la giurisdizione possono essere impugnate con appello. Se la declinatoria riguarda il rapporto tra giudice ordinario e giudice speciale, trova applicazione la disciplina della *translatio iudicij* introdotta dall'Articolo 59 Legge 69/2009. La *translatio* consente il trasferimento della medesima domanda al giudice munito di giurisdizione, con conservazione degli effetti sostanziali e processuali, purché la riassunzione avvenga entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria.

L'Articolo 41 Codice di procedura civile disciplina il regolamento di giurisdizione. Si tratta di un'istanza mediante la quale ciascuna parte può chiedere alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di risolvere in via anticipata le questioni di giurisdizione, finché la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado. Non è un mezzo di impugnazione, ma uno strumento preventivo.

Dopo la riforma del 1990, la proposizione del regolamento non determina più automaticamente la sospensione del processo: il giudice a quo sospende solo se l'istanza non appare manifestamente inammissibile o infondata. L'istituto è stato oggetto di critiche, soprattutto in relazione alla compatibilità con il diritto di azione e con la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, poiché può comportare una decisione anticipata su questioni strettamente intrecciate con il merito.

LA COMPETENZA

La competenza costituisce il secondo requisito di legittimazione del giudice e opera all'interno della giurisdizione. Una volta accertato che la controversia appartiene alla giurisdizione ordinaria, occorre stabilire quale ufficio giudiziario sia chiamato a trattarla. Non si tratta quindi di stabilire "se" il giudice possa conoscere della causa, ma "quale" giudice, tra quelli appartenenti allo stesso ordine giurisdizionale, sia legittimato a decidere. **Nel primo grado di giudizio gli uffici sono due: il giudice di pace e il tribunale.** L'individuazione del giudice di appello è automatica e non pone particolari problemi, poiché segue rigidamente la struttura del doppio grado. Il vero snodo è dunque il primo grado. Il problema della competenza si articola su due piani distinti. Da un lato vi sono gli spostamenti verticali, che impongono di stabilire se la causa spetti al giudice di pace oppure al tribunale. Dall'altro lato vi sono gli spostamenti orizzontali, poiché non esiste un unico giudice di pace o un unico tribunale, ma una pluralità di uffici distribuiti sul territorio nazionale; occorre quindi individuare quale tra essi sia territorialmente competente. I criteri per gli spostamenti verticali sono due: il criterio per valore e il criterio per materia. Per gli spostamenti orizzontali si applicano invece i criteri di competenza territoriale. La competenza si determina, ai sensi dell'Articolo 5 Codice di procedura civile, con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda. In base all'Articolo 39 Codice di procedura civile, la domanda si considera proposta, nei processi introdotti con citazione, nel giorno della notificazione dell'atto di citazione; nei processi introdotti con ricorso, nel giorno del deposito del ricorso. Da quel momento la competenza resta fissata: eventuali mutamenti successivi della legge o dello stato di fatto non producono effetti. La disciplina della competenza per valore e per materia si rinvie nelle prime disposizioni del codice di procedura civile. **La competenza del giudice di pace è regolata dall'Articolo 7 Codice di procedura civile; quella del tribunale dall'Articolo 9 Codice di procedura civile.** Il tribunale è giudice a competenza generale e residuale. Il primo comma dell'articolo 9 stabilisce che esso è competente per tutte le cause che non sono attribuite ad altro giudice. Il secondo comma individua invece materie di competenza esclusiva, come le cause in materia di imposte e tasse, quelle relative allo stato e alla capacità delle persone, la querela di falso, l'esecuzione forzata e, in via generale, le cause di valore indeterminabile. In tali ipotesi la competenza è determinata per materia, indipendentemente dal valore. Il giudice di pace, invece, ha una competenza che si fonda su un criterio prevalentemente misto. In base **al primo comma dell'articolo 7** è competente per le cause relative a beni mobili di valore non superiore a 10.000 euro, quando la legge non le attribuisca a un altro giudice. In base al secondo comma è competente per le cause di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, entro il limite di 25.000 euro. Accanto a queste ipotesi, il medesimo articolo prevede competenze per materia, indipendenti dal valore, relative ad esempio alle controversie in tema di distanze tra alberi e siepi, uso dei servizi condominiali, immissioni che superano la normale tollerabilità, nonché agli interessi su prestazioni previdenziali o assistenziali. La determinazione del valore della causa è regolata dagli articoli 10 e seguenti del codice. L'Articolo 10 Codice di procedura civile stabilisce che il valore si determina dalla domanda. Se nello stesso processo sono proposte più domande contro la medesima persona, esse si sommano. Si sommano altresì gli interessi scaduti, le spese e i danni anteriori alla proposizione della domanda. Per le cause relative a somme di denaro o a beni mobili, l'Articolo 14 Codice di procedura civile dispone che il valore si determina in base alla somma indicata o al valore dichiarato dall'attore. Se manca l'indicazione, la causa si presume di competenza del giudice adito. Il convenuto può contestare il valore, ma soltanto nella prima difesa; il giudice decide ai soli fini della competenza sulla base degli atti e senza istruzione. Questa disciplina specifica si applica esclusivamente

alle controversie relative a beni mobili. Negli altri casi trova applicazione la disciplina generale dell'Articolo 38 Codice di procedura civile.

La competenza per territorio individua il giudice in base al luogo. I criteri possono essere derogabili o inderogabili. L'Articolo 28 Codice di procedura civile stabilisce che la competenza territoriale è derogabile per accordo delle parti, salvo le ipotesi tassative in cui la legge la dichiara inderogabile, come nei procedimenti con intervento necessario del pubblico ministero, nei procedimenti cautelari e possessori, nell'esecuzione forzata e in altri casi espressamente previsti. I criteri generali sono disciplinati dagli articoli 18 e 19. L'Articolo 18 Codice di procedura civile prevede, per le persone fisiche, il foro generale del convenuto, individuato nel luogo della residenza o del domicilio; se questi sono sconosciuti, nel luogo della dimora. L'Articolo 19 Codice di procedura civile disciplina il foro generale delle persone giuridiche, individuato nel luogo della sede o dello stabilimento con rappresentante autorizzato a stare in giudizio. Accanto ai fori generali esistono fori speciali. L'Articolo 20 Codice di procedura civile prevede un **foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazione**, individuato nel luogo in cui l'obbligazione è sorta o deve essere eseguita. Vi sono poi **fori esclusivi**, come quelli previsti dagli articoli 21, 22 e 23 del codice, che si applicano **in via preferenziale rispetto ai fori generali**. La competenza, pur essendo criterio di legittimazione del giudice, non costituisce requisito di validità della domanda giudiziale. La domanda proposta davanti a un giudice incompetente è valida e produce effetti. L'Articolo 50 Codice di procedura civile disciplina la riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente: se la riassunzione avviene tempestivamente, il processo continua senza che vengano meno gli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria. Ne consegue che la competenza è requisito di validità del provvedimento del giudice, non della domanda in sé.

L'ECCEZIONE DI INCOMPETENZA

L'eccezione di incompetenza è disciplinata dall'Articolo 38 Codice di procedura civile e si inserisce nel sistema delle preclusioni che governano la fase introduttiva del giudizio. Non è una questione marginale: incide direttamente sulla legittimazione del giudice e, quindi, sulla validità del provvedimento che sarà eventualmente pronunciato. Il collegamento con l'atto di citazione è esplicito. L'Articolo 163 Codice di procedura civile, al numero 7, impone all'attore di avvertire il convenuto delle decadenze di cui agli articoli 38 e 167 c.p.c. Se l'avvertimento manca, si produce una nullità della *vocatio in ius*. Questo perché la decadenza dall'eccezione di incompetenza è un effetto processuale particolarmente incisivo: il convenuto deve essere posto in condizione di conoscere il rischio. La regola è netta: l'incompetenza per materia, per valore e per territorio deve essere eccepita, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata. Il termine è perentorio. Se il convenuto si costituisce tardivamente, ha già perso il potere di sollevare l'eccezione. Non esistono recuperi creativi. Con riferimento alla competenza per territorio, l'eccezione è considerata come non proposta se non contiene anche l'indicazione del giudice ritenuto competente. Non basta dire "questo giudice non è competente": occorre indicare quale lo sia. È un onere di precisione che evita contestazioni meramente dilatorie.

Competenza per territorio derogabile

Il secondo comma dell'articolo 38 disciplina specificamente la competenza per territorio derogabile, che rappresenta la regola generale. Se il convenuto eccepisce l'incompetenza e le parti costituite aderiscono all'indicazione del giudice competente, la competenza del giudice indicato resta ferma se la causa è riassunta entro tre mesi dalla cancellazione della causa dal ruolo. In questo caso, una volta riassunta la causa davanti al giudice indicato, la questione non può più essere rimessa in discussione. Il secondo giudice è vincolato.

Rilievo d'ufficio

L'incompetenza per materia, per valore e per territorio inderogabile può essere rilevata anche d'ufficio. Nel rito ordinario, il rilievo può avvenire in sede di verifiche preliminari ai sensi dell'Articolo 171-bis Codice di procedura civile. Negli altri procedimenti, il rilievo è consentito non oltre la prima udienza. Il

termine entro cui il giudice può rilevare l'incompetenza non coincide con quello imposto al convenuto. Il convenuto deve eccepire nella comparsa tempestiva; il giudice può intervenire successivamente, ma solo entro i limiti temporali stabiliti. Se il convenuto omette l'eccezione e il giudice non la rileva, la questione resta definitivamente preclusa. Non può essere riproposta come motivo di impugnazione. Il giudice non era obbligato a rilevarla e la parte ha perso il potere.

Decisione sulla competenza

L'ultimo comma dell'articolo 38 stabilisce che le questioni di incompetenza sono decise ai soli fini della competenza, in base a ciò che risulta dagli atti e, quando necessario, sulla base di sommarie informazioni. La decisione è quindi:

- sommaria;
- assunta allo stato degli atti;
- priva di efficacia vincolante sul merito.

Il giudice, ai fini della competenza, può determinare il valore della causa in un certo modo; ciò non impedisce che, a istruttoria completa, accolga la domanda per un importo diverso. La valutazione è funzionale esclusivamente alla determinazione del giudice competente. Quando il giudice si pronuncia soltanto sulla competenza, il provvedimento assume la forma dell'ordinanza, ai sensi dell'Articolo 279 Codice di procedura civile.

Si possono avere:

- ordinanze declinatorie di competenza, che chiudono il processo davanti al giudice adito;
- ordinanze affermative di competenza, che respingono l'eccezione.

Effetti della declinatoria

Se il giudice si dichiara incompetente, entrano in gioco gli Articolo 44 Codice di procedura civile e Articolo 45 Codice di procedura civile. L'articolo 44 stabilisce che l'ordinanza che dichiara l'incompetenza, se non è impugnata con regolamento necessario di competenza, rende incontestabile:

- l'incompetenza del giudice che l'ha pronunciata;
- la competenza del giudice indicato, purché la causa sia riassunta nei termini dell'Articolo 50 Codice di procedura civile.

Questo meccanismo vale per l'incompetenza per valore e per territorio derogabile. In tali ipotesi, il secondo giudice è vincolato. Diversa è la disciplina nei casi di incompetenza per materia o per territorio inderogabile. In tali ipotesi opera l'articolo 45: il secondo giudice, se ritiene a sua volta di essere incompetente, deve richiedere d'ufficio il regolamento di competenza alla Corte di Cassazione. Non è vincolato alla decisione del primo giudice.

La distinzione tra incompetenza per valore, per materia e per territorio inderogabile aveva un senso nella disciplina originaria, in cui il regime del rilievo era differenziato. Dopo la riforma dell'articolo 38, che ha uniformato in larga parte il sistema delle preclusioni, alcuni autori hanno sostenuto che la permanenza del regolamento d'ufficio ex articolo 45 sia incoerente. Si tratta però di una posizione dottrinale minoritaria, non accolta dalla giurisprudenza né dalla prevalente dottrina. L'eccezione di incompetenza si inserisce quindi in un sistema rigoroso di preclusioni e controlli, nel quale il legislatore ha cercato di bilanciare due esigenze: evitare che il processo si celebri davanti a un giudice privo di legittimazione e, al tempo stesso, impedire che la competenza diventi uno strumento di tattica dilatoria. Nel processo civile il tempo è una risorsa scarsa, e la disciplina della competenza è costruita per non sprecarlo inutilmente.

L'atto introduttivo del processo e la domanda giudiziale

Nel processo civile a cognizione piena, l'atto introduttivo del rito ordinario è **l'atto di citazione**. Si tratta

di un atto complesso, la cui struttura riflette in modo puntuale i principi generali in materia di nullità degli atti processuali, sanciti dagli articoli 156 e seguenti del codice di procedura civile. La complessità dell'atto di citazione deriva dal fatto che al suo interno si distinguono due sotto-atti, ciascuno dotato di una funzione autonoma e rivolto a un diverso destinatario.

1. Il primo è il sotto-atto di ***editio actionis***, che rappresenta l'esercizio del diritto di azione. Attraverso questo sotto-atto l'attore individua la situazione giuridica che intende far valere in giudizio e formula la domanda giudiziale. I requisiti di forma-contenuto che vi si collegano sono strumentali all'identificazione del diritto dedotto e, in particolare, l'indicazione delle parti in senso sostanziale, il *petitum* e le ragioni poste a fondamento della domanda. Il destinatario dell'*editio actionis* è il giudice, poiché è a lui che la domanda viene proposta ed è lui che deve pronunciarsi su di essa.

2. Il secondo sotto-atto è la ***vocatio in ius***, che ha invece la funzione di attivare il contraddittorio. I requisiti che vi si collegano sono quelli necessari a consentire al convenuto di difendersi: l'indicazione del giudice adito, l'indicazione delle parti in senso ampio, la data dell'udienza di comparizione, l'invito a costituirsi nei termini di legge e l'avvertimento relativo alle decadenze previste dagli articoli 38 e 167 c.p.c. Il destinatario di questo sotto-atto è il convenuto, poiché è nei suoi confronti che il contraddittorio deve essere instaurato. Con riferimento alla causa petendi, occorre ricordare che i fatti allegati a fondamento della domanda sono, in linea generale, i fatti constitutivi del diritto. Tuttavia, non sempre tali fatti svolgono una funzione individuatrice. Nei diritti cosiddetti autodeterminati, come la proprietà o gli altri diritti reali assoluti, l'indicazione del fatto constitutivo non è indispensabile per individuare la situazione giuridica dedotta in giudizio. La giurisprudenza di legittimità ha esteso questo carattere autodeterminato anche ad altre domande, come quella di nullità o la domanda di protezione internazionale. Nei diritti eterodeterminati, invece, l'individuazione del diritto dipende, almeno in parte, dai fatti allegati, anche se nelle fattispecie complesse non tutti gli elementi svolgono necessariamente una funzione individuatrice. La proposizione della domanda giudiziale produce una pluralità di effetti, che si distinguono in effetti processuali ed effetti sostanziali. Tra gli effetti processuali assume rilievo, innanzitutto, la *perpetuatio iurisdictionis*: la giurisdizione e la competenza si determinano con riferimento alla legge e allo stato di fatto esistenti al momento della proposizione della domanda, e non sono influenzate da mutamenti successivi. Un ulteriore effetto è la *litispendenza*, che si verifica quando la stessa causa è proposta davanti a giudici diversi: in tal caso, il giudice adito per secondo deve dichiarare la *litispendenza* e disporre la cancellazione della causa dal ruolo. La pendenza della causa si determina, nei processi introdotti con atto di citazione, con la notificazione della citazione, mentre nei processi introdotti con ricorso con il deposito di quest'ultimo presso il giudice. La domanda giudiziale produce anche l'effetto di impedimento del giudicato, poiché la sentenza non può passare in giudicato formale finché non siano decorsi inutilmente i termini per l'impugnazione. A ciò si aggiunge la *perpetuatio legitimacionis*: se nel corso del processo una parte trasferisce a un terzo il diritto controverso, il processo prosegue tra le parti originarie, al fine di garantire la stabilità del giudizio. Sul piano sostanziale, la domanda giudiziale produce effetti conservativi ed effetti attributivi. Gli effetti conservativi mirano a evitare che, durante il processo, il diritto fatto valere si estingua o si perda. Tra questi rientrano la sospensione e l'interruzione della prescrizione, l'impedimento della decadenza, l'effetto prenotativo della trascrizione della domanda giudiziale e, in alcune azioni, l'obbligo di custodia del bene da parte del convenuto. Gli effetti attributivi, invece, consentono all'attore di ottenere, in caso di accoglimento, gli stessi effetti che avrebbe conseguito se la sentenza fosse intervenuta al momento della proposizione della domanda, neutralizzando così i pregiudizi derivanti dalla durata del processo. La disciplina delle nullità dell'atto di citazione è contenuta nell'articolo 164 c.p.c., che distingue nettamente tra i vizi relativi alla *vocatio in ius* e quelli relativi all'*editio actionis*, in ragione della diversa funzione e del diverso destinatario dei due sotto-atti. Le nullità attinenti alla *vocatio in ius* riguardano la mancanza o l'incertezza di requisiti essenziali come l'indicazione del giudice, delle parti, della data dell'udienza, l'assegnazione di termini inferiori a quelli di legge o l'omissione dell'avvertimento sulle decadenze. In tali ipotesi, se il convenuto non si costituisce, il giudice rileva d'ufficio la nullità e ordina la rinnovazione dell'atto entro un termine perentorio. Se la rinnovazione avviene, la sanatoria ha efficacia retroattiva e gli effetti della

domanda si producono fin dalla prima notificazione. In caso di mancata rinnovazione, il processo si estingue e vengono meno gli effetti processuali e sostanziali legati alla pendenza del giudizio, mentre restano fermi quegli effetti che l'atto può produrre anche in via stragiudiziale, come l'interruzione della prescrizione. (Perché la sanatoria ha efficacia retroattiva o non retroattiva? La diversa efficacia della sanatoria degli atti processuali dipende dalla **funzione dell'atto viziato** e dal **momento in cui lo scopo dell'atto viene effettivamente raggiunto**. Il criterio generale è quello sancito dall'articolo 156 c.p.c., secondo cui la nullità non può essere pronunciata se l'atto ha comunque raggiunto il suo scopo. La sanatoria, dunque, opera solo quando e nella misura in cui lo scopo dell'atto risulti realizzato. Nel caso delle nullità relative alla **vocatio in ius**, il vizio incide su un atto destinato al convenuto e finalizzato all'instaurazione del contraddittorio. Lo scopo della vocatio in ius è consentire alla parte convenuta di avere conoscenza del processo e di difendersi. Quando il convenuto si costituisce in giudizio o quando l'atto viene rinnovato correttamente, lo scopo dell'atto risulta pienamente raggiunto. In queste ipotesi, la sanatoria ha **efficacia retroattiva**, poiché si considera che il contraddittorio, pur irregolarmente instaurato, si sia comunque realizzato fin dall'inizio. Di conseguenza, gli effetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale si producono dalla data della prima notificazione dell'atto. Diversa è la situazione delle nullità relative all'**editio actionis**, che incidono sull'individuazione del diritto fatto valere in giudizio. In questo caso, il vizio non riguarda il rapporto con il convenuto, ma la possibilità stessa per il giudice di comprendere su quale situazione giuridica sia chiamato a pronunciarsi. Se mancano o sono assolutamente incerti il petitum o la causa petendi, non è possibile individuare l'oggetto del giudizio. In tali ipotesi, prima dell'integrazione dell'atto non può dirsi esistente una domanda giudiziale in senso tecnico. Proprio per questo motivo, la sanatoria delle nullità dell'editio actionis non può avere efficacia retroattiva. L'integrazione dell'atto non perfeziona uno scopo già raggiunto, ma consente per la prima volta l'individuazione del diritto dedotto in giudizio. La sanatoria opera quindi **ex nunc**, dal momento dell'integrazione, poiché solo da quel momento il giudice è posto nelle condizioni di esercitare validamente la funzione giurisdizionale. Frase "chiave" da orale: *La sanatoria retroagisce quando lo scopo dell'atto è stato comunque raggiunto; non retroagisce quando il vizio impedisce l'individuazione stessa dell'oggetto del giudizio.*). La diversa efficacia della sanatoria riflette quindi una distinzione strutturale: quando il vizio incide su un atto che ha comunque consentito il raggiungimento del suo scopo, la sanatoria retroagisce; quando invece il vizio impedisce la stessa esistenza funzionale della domanda, la sanatoria non può retroagire, perché lo scopo dell'atto viene raggiunto solo successivamente. Se il convenuto si costituisce, i vizi della vocatio in ius si considerano sanati, poiché lo scopo dell'atto è stato comunque raggiunto. Il convenuto può tuttavia eccepire la violazione dei termini a difesa, ottenendo eventualmente un differimento dell'udienza, senza che ciò incida sulla validità della domanda. Più complessa è la disciplina delle nullità relative all'editio actionis, che si verificano quando manca o è assolutamente incerto il petitum o l'esposizione dei fatti constitutivi. In questi casi il vizio impedisce l'individuazione del diritto fatto valere. Il giudice rileva la nullità anche d'ufficio e assegna all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione o integrare la domanda. La sanatoria, tuttavia, opera solo ex nunc, poiché prima dell'integrazione non può dirsi individuata la situazione giuridica dedotta in giudizio. Se il vizio non viene sanato, il processo può essere definito con un provvedimento di rigetto in rito. Qualora un vizio dell'editio actionis emerga solo in grado di appello, la conseguenza è particolarmente grave: il giudice d'appello deve annullare la sentenza di primo grado e dichiarare inammissibile la domanda, poiché l'integrazione in appello costituirebbe una domanda nuova, vietata dall'articolo 345 c.p.c.

Rimessione in termini, contumacia involontaria e tutela del contraddittorio

Nel sistema del processo civile, la disciplina delle nullità dell'atto di citazione non esaurisce tutti i problemi connessi alla mancata partecipazione di una parte al giudizio. Può infatti accadere che, nonostante la presenza di un vizio nella notificazione dell'atto introduttivo, il processo prosegua fino alla decisione senza che il giudice rilevi la nullità e senza che il convenuto si costituisca. In tali ipotesi si

pone il problema della tutela della parte che non ha potuto esercitare il proprio diritto di difesa. Questa situazione viene qualificata come **contumacia involontaria**, ossia come mancata costituzione in giudizio non imputabile a una scelta consapevole della parte, ma a un vizio che ha impedito la conoscenza del processo. L'articolo 294 del codice di procedura civile assume qui un ruolo centrale, poiché consente di distinguere tra i casi in cui la notificazione, pur viziata, abbia comunque raggiunto il suo scopo, e quelli in cui il vizio abbia effettivamente impedito al convenuto di venire a conoscenza della pendenza del giudizio. Se il vizio della notificazione non ha inciso sulla conoscenza del processo, la contumacia è considerata volontaria e i vizi dell'atto di citazione si considerano sanati per effetto della convalidazione soggettiva prevista dall'articolo 157 c.p.c. In tal caso, la mancata costituzione del convenuto comporta la definitiva stabilizzazione del processo e dei suoi effetti.

Diversa è l'ipotesi in cui il vizio della notificazione abbia impedito al convenuto di avere conoscenza del processo. In questo caso, il sistema processuale appronta uno specifico rimedio: la **rimessione in termini**. Tale istituto consente alla parte che non ha potuto compiere un'attività processuale per causa a essa non imputabile di essere riammessa all'esercizio dei propri diritti processuali, in funzione di tutela del contraddittorio e del diritto di difesa garantito dall'articolo 24 della Costituzione. La rimessione in termini non opera automaticamente, ma deve essere **espressamente richiesta** dalla parte interessata. La richiesta è soggetta a un **termine perentorio**, che decorre dal momento in cui cessa l'evento impeditivo o dal giorno in cui la parte acquisisce conoscenza dell'atto o del processo. Questo limite temporale è fondamentale, poiché risponde all'esigenza di garantire la stabilità delle decisioni giudiziarie e di evitare che il processo resti indefinitamente esposto a contestazioni tardive. Il collegamento con l'articolo 327 c.p.c. è particolarmente rilevante. Tale norma stabilisce che il termine lungo di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza non si applica nei confronti della parte che dimostri di non aver avuto conoscenza del processo a causa della nullità della citazione o della notificazione. In questi casi, il legislatore riconosce che non può operare una decadenza fondata su un atto di cui la parte non ha mai avuto conoscenza, poiché ciò comporterebbe una violazione del diritto di difesa. La rimessione in termini opera dunque come **rimedio ex post**, distinto dalla disciplina delle nullità dell'atto di citazione. Mentre l'articolo 164 c.p.c. interviene nella fase iniziale del processo, consentendo la rinnovazione o l'integrazione dell'atto invalido, la rimessione in termini interviene quando il processo si è già svolto e si è eventualmente concluso, al fine di rimediare agli effetti pregiudizievoli derivanti dalla mancata conoscenza del giudizio. Questo istituto non incide sulla validità in astratto della sentenza, ma consente alla parte lesa di recuperare la possibilità di esercitare i propri diritti processuali, evitando che il giudicato si formi in modo incompatibile con i principi costituzionali. La rimessione in termini rappresenta quindi il punto di equilibrio tra due esigenze contrapposte: da un lato, la tutela effettiva del contraddittorio; dall'altro, la certezza e la stabilità delle decisioni giudiziarie. Il ricorso e la legittimazione del giudice: giurisdizione

Nei procedimenti a cognizione piena che non si introducono con atto di citazione, come il rito del lavoro o il rito semplificato, l'atto introduttivo è il ricorso. A differenza dell'atto di citazione, il ricorso presenta una struttura diversa, poiché contiene integralmente il sotto-atto di *editio actionis*, ma solo una parte della *vocatio in ius*. In particolare, nel ricorso sono indicati il giudice adito e le parti, ma non la data dell'udienza, che viene fissata dal giudice con decreto successivo al deposito del ricorso. Il procedimento si articola in due momenti: dapprima l'attore deposita il ricorso presso l'ufficio giudiziario competente; successivamente il giudice fissa con decreto la data della prima udienza e dispone che il ricorso e il decreto siano notificati al convenuto. Il decreto di fissazione dell'udienza non costituisce un atto autonomo, ma si pone come completamento dell'atto introduttivo, integrando la *vocatio in ius*. Anche per il ricorso, in mancanza di una disciplina specifica, occorre applicare i principi generali ricavabili dall'articolo 164 c.p.c., distinguendo tra i vizi che incidono sull'*editio actionis* e quelli che incidono sulla *vocatio in ius*. Qualora manchino o risultino assolutamente incerti elementi essenziali dell'*editio actionis*, come il *petitum* o la *causa petendi*, il vizio è rilevabile d'ufficio dal giudice, aprescindere dalla costituzione del convenuto. In tal caso, il giudice ordina all'attore di rinnovare la notifica di un ricorso

valido, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza. La sanatoria opera solo ex nunc, dal momento della nuova notificazione, poiché prima di tale momento non può dirsi individuato il diritto fatto valere. Diversa è l'ipotesi dei vizi relativi alla *vocatio in ius*, come l'incertezza sull'indicazione del giudice o delle parti, oppure le irregolarità nella notificazione del ricorso e del decreto. Se il convenuto si costituisce, tali vizi si considerano sanati, in quanto lo scopo dell'atto, cioè l'instaurazione del contraddittorio, è stato comunque raggiunto. Se invece il convenuto non si costituisce, il giudice deve rilevare d'ufficio la nullità e ordinare la rinnovazione della notificazione. In queste ipotesi la sanatoria opera retroattivamente. Nei procedimenti introdotti con ricorso, la litispendenza si determina, in via generale, con il deposito del ricorso presso il giudice adito, come espressamente previsto dall'articolo 39, terzo comma, c.p.c. Tuttavia, esistono regole speciali che derogano a questo principio. In particolare, ai fini dell'interruzione della prescrizione, l'articolo 2943 c.c. attribuisce rilevanza alla notificazione dell'atto al convenuto. Di conseguenza, mentre gli effetti processuali decorrono dal deposito del ricorso, alcuni effetti sostanziali si producono solo con la notificazione. Tra gli effetti sostanziali della domanda giudiziale rientrano anche specifici obblighi che gravano sul convenuto durante il processo. In particolare, in alcune azioni reali, come l'azione di rivendicazione, il convenuto è tenuto a obblighi di custodia del bene controverso, assumendo responsabilità analoghe a quelle del custode. In altri casi, l'effetto attributivo della domanda consente all'attore, in caso di accoglimento, di ottenere retroattivamente prestazioni patrimoniali, come la restituzione dei frutti, il pagamento di interessi o la decorrenza di obblighi legali, neutralizzando i pregiudizi derivanti dalla durata del processo. Chiariti gli aspetti relativi agli atti introduttivi, è possibile passare all'analisi della legittimazione del giudice, che costituisce attuazione diretta del principio costituzionale del giudice naturale precostituito per legge, sancito dall'articolo 25 della Costituzione. Tale principio è volto a garantire la terzietà e l'imparzialità del giudice, impedendo che le parti possano scegliere il giudice cui affidare la controversia. L'individuazione del giudice avviene attraverso una sequenza logica e cronologica di istituti: prima si determina la giurisdizione, poi la competenza dell'ufficio giudiziario, successivamente la costituzione del giudice all'interno dell'ufficio e, infine, il sistema tabellare che consente di individuare il magistrato persona fisica. Giurisdizione e competenza sono discipline tipiche, applicabili solo nei casi espressamente previsti dalla legge, mentre la costituzione del giudice ha carattere generale. Le questioni di giurisdizione sono disciplinate dall'articolo 37 c.p.c. e sono tre.

1. La prima riguarda il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica **amministrazione**. Si tratta di ipotesi in cui il cittadino fa valere nei confronti della pubblica amministrazione una situazione di mero fatto, priva di tutela giuridica. In questi casi si parla di difetto assoluto di giurisdizione, poiché nessun giudice può pronunciarsi su una situazione non giuridicamente rilevante. Pur essendo qualificata come questione di giurisdizione, questa ipotesi conduce sostanzialmente a una decisione di merito, che accerta l'inesistenza del diritto dedotto.
2. La seconda ipotesi riguarda il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o degli altri giudici speciali. Qui si pone il problema del riparto di giurisdizione. In linea generale, il riparto avviene per materia, ma per il giudice amministrativo il criterio fondamentale è quello della natura della situazione giuridica dedotta in giudizio. Se il privato fa valere un interesse legittimo, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo; se fa valere un diritto soggettivo, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario. Esistono tuttavia ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nelle quali il criterio torna a essere quello della materia.
3. La terza questione di giurisdizione concerne i limiti della giurisdizione italiana nelle controversie **caratterizzate da elementi di internazionalità**. In tali casi occorre distinguere tra la giurisdizione, che attiene all'individuazione del giudice competente a conoscere della controversia, e la legge applicabile, che riguarda il diritto sostanziale da applicare. Le due questioni non coincidono necessariamente, poiché il giudice italiano può essere chiamato ad applicare una legge straniera. La disciplina della giurisdizione italiana è contenuta nella legge n. 218 del 1995, che ha abbandonato il criterio della nazionalità del convenuto, sostituendolo con quello della residenza o del domicilio in Italia, in linea con le soluzioni

adottate dal diritto dell’Unione europea. Accanto alla normativa interna, rilevano le norme sovranazionali, le convenzioni internazionali e, in particolare, il regolamento Bruxelles I-bis, che si applica direttamente in tutti gli Stati membri dell’Unione europea. La giurisdizione italiana può inoltre fondarsi sull’accettazione espressa o tacita delle parti. L’accettazione espressa deriva da un accordo scritto, come una clausola compromissoria o un compromesso, mentre l’accettazione tacita si realizza quando il convenuto compare in giudizio senza eccepire il difetto di giurisdizione nel primo atto difensivo. L’eccezione di difetto di giurisdizione italiana è infatti rimessa, di regola, alla parte convenuta e deve essere sollevata tempestivamente. Solo in ipotesi eccezionali il difetto di giurisdizione italiana può essere rilevato d’ufficio dal giudice, in particolare quando il convenuto è rimasto contumace o quando la giurisdizione è esclusa da una norma internazionale. Anche questa disciplina risponde all’esigenza di favorire la giurisdizione nazionale, come dimostra la possibilità che la giurisdizione italiana si formi nel corso del processo in presenza di fatti o norme sopravvenute.

La costituzione del giudice

La costituzione del giudice rappresenta il momento in cui il giudice viene **validamente investito** del potere di decidere una determinata controversia. Essa si colloca logicamente dopo l’individuazione della giurisdizione e della competenza, ma non si identifica con esse. Giurisdizione e competenza stabiliscono se e quale giudice debba conoscere della causa; la costituzione del giudice riguarda invece **le modalità concrete** attraverso cui quel giudice esercita la funzione giurisdizionale nel singolo processo. L’articolo 158 c.p.c. stabilisce che il giudice è costituito secondo le norme che regolano la sua designazione. Questa disposizione richiama l’insieme delle regole sull’organizzazione giudiziaria e sul sistema tabellare, che disciplinano la composizione degli organi giudicanti e la distribuzione degli affari all’interno dell’ufficio. La corretta costituzione del giudice è quindi garantita solo se il processo è deciso dal magistrato individuato secondo i criteri predeterminati dalla legge e dalle tabelle. La costituzione del giudice non è una mera formalità. Essa costituisce una garanzia fondamentale del principio del giudice naturale precostituito per legge, poiché assicura che la controversia sia decisa da un giudice terzo e imparziale, non scelto discrezionalmente né dalle parti né dall’amministrazione. Anche quando il giudice appartiene all’ufficio competente, una violazione delle regole sulla sua designazione comporta un vizio che incide sulla validità del processo. È importante distinguere la costituzione del giudice dalla competenza. Un giudice può essere competente, ma non regolarmente costituito, ad esempio quando la causa è decisa da un magistrato diverso da quello designato secondo il sistema tabellare. In questi casi il vizio non riguarda la ripartizione della funzione giurisdizionale tra uffici, ma il corretto esercizio di tale funzione da parte del singolo giudice.

Le nullità insanabili derivanti dalla costituzione del giudice

Le conseguenze della violazione delle regole sulla costituzione del giudice sono disciplinate dagli articoli 159 e 161 c.p.c. e si collocano su un piano diverso rispetto alla disciplina generale delle nullità degli atti processuali. Qui non si applica il principio del raggiungimento dello scopo di cui all’articolo 156 c.p.c., poiché il vizio non attiene al modo in cui l’atto è stato compiuto, ma alla legittimazione stessa del giudice a esercitare la funzione giurisdizionale. L’articolo 159 c.p.c. stabilisce che la nullità derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice **non può essere sanata** dalla costituzione delle parti né dal loro comportamento processuale. Anche se il contraddittorio si è svolto regolarmente e le parti hanno partecipato attivamente al processo, il vizio permane, perché colpisce un presupposto strutturale del giudizio. L’articolo 161 c.p.c. chiarisce poi il regime di rilevabilità di tali nullità. In linea generale, la nullità derivante dalla costituzione irregolare del giudice **si converte in motivo di impugnazione**. Ciò significa che la sentenza non è inesistente, ma può e deve essere impugnata nei modi e nei termini previsti dall’ordinamento. Se non viene impugnata, la sentenza può passare in giudicato, nonostante il vizio originario. Il secondo comma dell’articolo 161 individua tuttavia ipotesi particolarmente gravi, in cui il vizio assume carattere radicale. Quando manca del tutto la giurisdizione o quando la decisione non

proviene da un giudice in senso proprio, la nullità è assoluta e può essere fatta valere **in ogni stato e grado del processo**. In questi casi non si è in presenza di una semplice irregolarità, ma di una violazione del principio stesso del giudice naturale. Le nullità derivanti dalla costituzione del giudice sono dunque qualificate come **insanabili**, perché non possono essere rimosse per effetto del comportamento delle parti. Esse si distinguono sia dalle nullità relative agli atti processuali, che sono in larga parte sanabili, sia dai vizi di competenza, che sono soggetti a preclusioni e possono consolidarsi nel corso del processo.

Rilevabilità del difetto di giurisdizione, translatio iudicii e rapporti con l'impugnazione

La disciplina della giurisdizione non si esaurisce nell'individuazione dei criteri di riparto, ma presenta profili di particolare rilievo con riferimento alla rilevabilità del difetto di giurisdizione e agli effetti che derivano dalla sua declaratoria. L'articolo 37 c.p.c. prevede infatti regole differenziate a seconda del tipo di questione di giurisdizione che viene in rilievo, segnando una netta distinzione tra le diverse ipotesi. Con riferimento al difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione, la questione è rilevabile d'ufficio in qualunque stato e grado del processo. Questa ampia rilevabilità si giustifica in ragione della natura del vizio, che attiene all'inesistenza stessa della situazione giuridica dedotta in giudizio. Poiché la domanda ha ad oggetto una situazione di mero fatto, priva di tutela giuridica, nessun giudice può pronunciarsi su di essa, e la questione non può essere preclusa dal comportamento delle parti. Diversa è la disciplina del difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o degli altri giudici speciali. In questo caso, il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio solo nel giudizio di primo grado. Nei giudizi di impugnazione, invece, può essere fatto valere esclusivamente come specifico motivo di impugnazione. Questa soluzione, oggi espressamente prevista dall'articolo 37 c.p.c., recepisce un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità ed è ispirata all'esigenza di stabilità delle decisioni giurisdizionali, evitando che questioni di giurisdizione possano essere sollevate tardivamente, con effetti paralizzanti sul processo. Per quanto riguarda la giurisdizione italiana nelle controversie con elementi di internazionalità, la regola generale è che il difetto di giurisdizione deve essere eccepito dal convenuto nel primo atto difensivo. Se il convenuto non solleva tempestivamente l'eccezione, si verifica un'accettazione tacita della giurisdizione italiana. Il difetto di giurisdizione può essere rilevato d'ufficio dal giudice solo in ipotesi eccezionali, come nei casi in cui il convenuto sia rimasto contumace o quando la giurisdizione italiana sia esclusa da una norma internazionale. Particolarmente rilevante è la disciplina della **translatio iudicii**, che riguarda il passaggio della causa da un giudice privo di giurisdizione al giudice munito di giurisdizione. Per lungo tempo l'ordinamento è rimasto privo di una disciplina espressa, con la conseguenza che la declaratoria di difetto di giurisdizione comportava la necessità di riproporre ex novo la domanda davanti al giudice competente, con perdita degli effetti sostanziali e processuali già prodotti. Questo assetto è stato superato grazie a un fondamentale intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, successivamente recepito dal legislatore. Oggi, quando un giudice dichiara il proprio difetto di giurisdizione, la causa può essere riassunta davanti al giudice munito di giurisdizione entro un termine perentorio. In tal caso, gli effetti sostanziali e processuali della domanda si conservano, producendo effetti fin dal momento della proposizione originaria della domanda. La translatio iudicii consente così di evitare che l'errore sull'individuazione del giudice si traduca in una perdita irreversibile di tutela per la parte. La conservazione degli effetti della domanda incontra tuttavia un limite importante: il giudice adito in sede di riassunzione non è vincolato alle valutazioni compiute dal giudice privo di giurisdizione, né in punto di diritto né in punto di fatto. La translatio iudicii opera esclusivamente sul piano degli effetti, ma non comporta alcuna continuità decisionale tra i due giudizi. La disciplina della giurisdizione presenta poi significativi riflessi nel giudizio di appello. Qualora il difetto di giurisdizione venga rilevato in appello, occorre distinguere. Se si tratta di una questione rilevabile d'ufficio anche in grado di impugnazione,

il giudice d'appello deve dichiarare il difetto di giurisdizione e annullare la sentenza di primo grado. Se invece la questione non è rilevabile d'ufficio in appello e non è stata dedotta come motivo di impugnazione, la sentenza di primo grado passa in giudicato sul punto, consolidando la giurisdizione del giudice adito. Nei casi in cui il giudice d'appello dichiari il difetto di giurisdizione, si pone il problema della rimessione della causa al giudice di primo grado o della prosecuzione del giudizio davanti al giudice competente. La soluzione non è uniforme e dipende dal tipo di vizio rilevato. In linea generale, il giudice d'appello, dichiarato il difetto di giurisdizione, non può decidere nel merito, ma deve limitarsi a pronunciarsi sul vizio, lasciando alle parti la riassunzione della causa davanti al giudice munito di giurisdizione. La disciplina della giurisdizione si collega infine al principio del giudice naturale preconstituito per legge, che impone che la controversia sia decisa dal giudice individuato sulla base di criteri predeterminati e oggettivi. La rigorosa regolamentazione della rilevabilità del difetto di giurisdizione e della *translatio iudicij* risponde proprio all'esigenza di bilanciare, da un lato, la garanzia di imparzialità del giudice e, dall'altro, il diritto di difesa delle parti e l'effettività della tutela giurisdizionale.

Legittimazione delle parti e competenza

Accanto ai requisiti di legittimazione del giudice, il processo civile presuppone anche la sussistenza dei requisiti di legittimazione delle parti. Si tratta di requisiti di natura **extraformale**, che non attengono alla struttura degli atti processuali, ma alla possibilità stessa che il processo si svolga validamente. Essi sono tradizionalmente individuati nella legittimazione ad agire, nella capacità di essere parte, nella capacità di stare in giudizio e nell'interesse ad agire. La **legittimazione ad agire**, o *legitimatio ad causam*, si fonda sulla normale correlazione tra la titolarità affermata della situazione giuridica dedotta in giudizio e la titolarità dell'azione. È legittimato ad agire colui che si afferma titolare del diritto fatto valere. Non è richiesta l'effettiva titolarità del diritto, poiché l'accertamento della sua esistenza spetta al giudice all'esito del processo. È sufficiente la mera affermazione, altrimenti il processo si ridurrebbe a un'attività preliminare di accertamento fattuale, incompatibile con la funzione giurisdizionale. È fondamentale non confondere il difetto di legittimazione ad agire con l'infondatezza della domanda. Quando il giudice rigetta la domanda perché ritiene che l'attore non sia titolare del diritto dedotto, la decisione è una sentenza di **merito**, non una pronuncia sulla legittimazione. Le vere questioni di legittimazione sono, in realtà, piuttosto rare e si pongono soprattutto nei processi con pluralità di parti, nei quali occorre verificare se il soggetto che agisce o resiste in giudizio sia correttamente individuato rispetto alla situazione giuridica dedotta. Diversa dalla legittimazione ad agire è la **capacità di essere parte**, che consiste nell'idoneità a essere titolari di situazioni giuridiche soggettive e, quindi, a essere destinatari degli effetti del processo. In linea generale, essa coincide con la capacità giuridica e spetta a tutte le persone fisiche e ai soggetti collettivi cui l'ordinamento riconosce personalità o comunque soggettività giuridica. La **capacità di stare in giudizio**, talvolta indicata come *legitimatio ad processum*, riguarda invece l'idoneità a compiere validamente gli atti processuali. Essa coincide, di regola, con la capacità di agire e può mancare in capo a soggetti che, pur essendo capaci di essere parte, necessitano di una rappresentanza o di un'assistenza, come nel caso dei minori o degli incapaci. In tali ipotesi il processo si svolge validamente solo se il soggetto è rappresentato o assistito secondo le forme previste dalla legge. L'**interesse ad agire** costituisce infine il requisito che giustifica il ricorso alla tutela giurisdizionale. L'azione è ammissibile solo se l'attore ha un interesse concreto e attuale a ottenere una pronuncia del giudice, inteso come utilità pratica derivante dall'accoglimento della domanda. L'interesse ad agire funge da limite all'esercizio dell'azione, evitando che il processo venga utilizzato per finalità astratte, meramente teoriche o esplorative. Dai requisiti di legittimazione delle parti si passa al tema della **competenza**, che rappresenta il secondo criterio di legittimazione del giudice, operante all'interno della giurisdizione. Attraverso la disciplina della competenza si individua l'ufficio giudiziario concretamente chiamato a conoscere della controversia. I giudici di primo grado sono il giudice di pace e il tribunale. La competenza del giudice d'appello, invece, è automatica e non pone problemi di individuazione. La disciplina della competenza deve quindi risolvere, da un lato, il problema degli spostamenti **verticali**,

ossia stabilire se la causa spetti al giudice di pace o al tribunale, e, dall'altro, quello degli spostamenti **orizzontali**, cioè individuare quale tra i numerosi uffici giudiziari territorialmente distribuiti sia competente. I criteri di competenza sono tre: per **valore**, per **materia** e per **territorio**. La competenza per valore e per materia è disciplinata dalle disposizioni iniziali del codice di procedura civile: l'articolo 7 individua la competenza del giudice di pace, mentre l'articolo 9 individua quella del tribunale. La competenza territoriale, invece, consente di stabilire quale ufficio giudiziario, tra quelli astrattamente competenti, debba conoscere della causa in concreto. La competenza si determina secondo il principio della **perpetuatio**, sancito dall'**articolo 5 c.p.c.** Essa si stabilisce con riferimento alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda. Nei processi introdotti con atto di citazione, tale momento coincide con la notificazione della citazione; nei processi introdotti con ricorso, coincide con il deposito del ricorso presso il giudice adito. I mutamenti successivi, sia normativi sia fattuali, non incidono sulla competenza già determinata. La disciplina della competenza si colloca quindi in una posizione intermedia **tra giurisdizione e costituzione del giudice**. Mentre la giurisdizione attiene alla possibilità stessa per il giudice ordinario di conoscere della controversia, la competenza individua l'ufficio giudiziario specifico all'interno della giurisdizione, assicurando il rispetto del principio del giudice naturale precostituito per legge.

Approfondimento – La competenza dei giudici

La competenza costituisce il secondo livello di individuazione del giudice, successivo alla giurisdizione. Mentre quest'ultima risponde alla domanda se il giudice ordinario possa conoscere di una determinata controversia, la competenza serve a stabilire **quale ufficio giudiziario**, all'interno della giurisdizione ordinaria, sia chiamato a decidere il caso concreto. La competenza opera dunque come criterio di distribuzione interna della funzione giurisdizionale ed è espressione diretta del principio del giudice naturale precostituito per legge. Nel sistema del codice di procedura civile, i giudici di primo grado sono il giudice di pace e il tribunale. La competenza del giudice d'appello non pone particolari problemi, poiché è determinata automaticamente in base all'ufficio che ha pronunciato la decisione impugnata. La disciplina della competenza deve quindi risolvere due questioni fondamentali: individuare se la causa spetti al giudice di pace o al tribunale, e stabilire quale, tra i numerosi uffici territorialmente distribuiti, sia competente a conoscerla. Il primo problema, quello degli spostamenti verticali, viene risolto attraverso i criteri della **competenza per valore** e della **competenza per materia**. Il codice attribuisce al giudice di pace una competenza limitata, individuata in parte in base al valore della causa e in parte in base alla materia. L'articolo 7 c.p.c. individua le controversie di competenza del giudice di pace, mentre l'articolo 9 attribuisce al tribunale una competenza generale e residuale. Ciò significa che tutte le controversie che non rientrano nella competenza espressamente attribuita al giudice di pace appartengono al tribunale. La **competenza per valore** si fonda sull'entità economica della domanda ed è determinata sulla base del petitum, ossia del bene della vita richiesto dall'attore. In questa prospettiva, il valore della causa non dipende dall'effettiva fondatezza della domanda, ma dall'utilità economica che l'attore afferma di voler conseguire. Il valore deve essere determinato secondo le regole stabilite dal codice e rileva esclusivamente ai fini della competenza, non incidendo sul merito della controversia. Accanto al criterio del valore opera il criterio della materia, che attribuisce la competenza a un determinato giudice in ragione della natura della controversia. In questi casi, il valore della causa è irrilevante, poiché il legislatore ha ritenuto che determinate materie richiedano una cognizione affidata a uno specifico giudice. La competenza per materia prevale sempre su quella per valore, in quanto risponde a esigenze di specializzazione e di coerenza del sistema. Risolto il problema della competenza verticale, occorre affrontare quello degli spostamenti orizzontali, che attengono alla **competenza territoriale**. Poiché esistono numerosi uffici giudiziari appartenenti allo stesso grado, è necessario individuare quale tra essi sia competente a conoscere della causa. La competenza territoriale è disciplinata attraverso una pluralità di criteri, che tengono conto del collegamento tra la controversia e un determinato luogo. Il criterio generale è quello del foro del convenuto, fondato sulla residenza o sul domicilio di quest'ultimo. Questo criterio

risponde a un'esigenza di tutela del diritto di difesa, poiché consente al convenuto di difendersi davanti a un giudice territorialmente vicino. Accanto al foro generale, il codice prevede una serie di **fori speciali**, applicabili in relazione a determinate tipologie di controversie. In tali ipotesi, l'attore può scegliere tra più fori alternativi, esercitando una facoltà che non incide sulla validità della domanda, ma soltanto sull'individuazione dell'ufficio giudiziario competente. La competenza territoriale può essere distinta in competenza **inderogabile** e competenza **derogabile**. La competenza territoriale inderogabile è stabilita dalla legge in considerazione di interessi pubblici e non può essere modificata né dalla volontà delle parti né per effetto di comportamenti processuali. In questi casi, il difetto di competenza può essere rilevato d'ufficio dal giudice. La competenza territoriale derogabile, invece, è stabilita nell'interesse delle parti e può essere modificata mediante accordo oppure per effetto della mancata tempestiva eccezione. Il principio che governa l'intera disciplina della competenza è quello della **perpetuatio**, sancito dall'articolo 5 c.p.c. La competenza si determina in base alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda. Nei processi introdotti con atto di citazione, tale momento coincide con la notificazione dell'atto; nei processi introdotti con ricorso, coincide con il deposito del ricorso. I mutamenti successivi, sia normativi sia fattuali, non incidono sulla competenza già determinata, garantendo stabilità e certezza al processo. La competenza assume rilievo anche sotto il profilo delle conseguenze processuali del suo difetto. In linea generale, il difetto di competenza deve essere eccepito dalla parte interessata nei termini stabiliti dalla legge, pena la sua preclusione. Solo in ipotesi specifiche, previste espressamente, il difetto di competenza può essere rilevato d'ufficio dal giudice. Questo assetto riflette l'esigenza di evitare che il processo venga paralizzato da contestazioni tardive, favorendo la concentrazione e la ragionevole durata del giudizio. La disciplina della competenza si inserisce così in un equilibrio delicato tra esigenze di ordine pubblico, tutela del diritto di difesa e funzionalità del processo. Essa non mira soltanto a distribuire il carico di lavoro tra gli uffici giudiziari, ma concorre a garantire l'imparzialità del giudice e la correttezza dello svolgimento del processo, completando il sistema di individuazione del giudice naturale.

Eccezione di incompetenza e regolamento di competenza

La disciplina dell'eccezione di incompetenza è contenuta principalmente nell'articolo 38 del codice di procedura civile e rappresenta uno snodo fondamentale del processo, perché incide direttamente sulla possibilità che il giudice adito possa validamente decidere la controversia. Si tratta di una disciplina che bilancia due esigenze contrapposte: da un lato, il rispetto del principio del giudice naturale preconstituito per legge; dall'altro, l'esigenza di stabilità e di economia processuale, che impone di evitare contestazioni tardive e dilatorie. Occorre innanzitutto chiarire **chi può eccepire l'incompetenza**. In linea generale, l'eccezione di incompetenza è rimessa alla parte convenuta, poiché la competenza, soprattutto quella territoriale, è posta a tutela del diritto di difesa di chi subisce l'azione. Il legislatore, tuttavia, distingue a seconda del tipo di competenza in gioco. L'incompetenza per materia e per valore può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, poiché attiene alla corretta distribuzione della funzione giurisdizionale ed è collegata a interessi di rilievo pubblico.

Diversa è la competenza territoriale, che, salvo i casi di inderogabilità espressamente previsti dalla legge, è rimessa alla disponibilità delle parti. Quanto al momento in cui l'eccezione deve essere proposta, l'**articolo 38 c.p.c.** stabilisce una regola molto rigorosa. L'eccezione di incompetenza, sia per materia, sia per valore, sia per territorio, deve essere proposta dal convenuto a pena di decaduta nella comparsa di risposta, ossia nel primo atto difensivo. La ratio di questa previsione è evidente: evitare che il processo si svolga inutilmente davanti a un giudice che potrebbe essere dichiarato incompetente solo in una fase avanzata del giudizio. La competenza deve essere verificata all'inizio, non a processo inoltrato. La disciplina conosce tuttavia alcune importanti distinzioni. L'incompetenza per materia e per valore, come anticipato, è rilevabile d'ufficio dal giudice, ma solo entro limiti temporali precisi. Anche il giudice, infatti, deve rilevare tali vizi **non oltre la prima udienza di trattazione**. Dopo questo momento, la

competenza si consolida e non può più essere messa in discussione. La competenza territoriale, invece, è rilevabile d'ufficio solo nei casi in cui sia **inderogabile**; negli altri casi, se il convenuto non eccepisce tempestivamente l'incompetenza, essa si considera definitivamente sanata. Questa disciplina consente di chiarire la **differenza tra competenza per materia, per valore e per territorio** sotto il profilo delle preclusioni. La competenza per materia e per valore ha una dimensione più "pubblicistica": non può essere modificata dalla volontà delle parti e può essere rilevata anche dal giudice, sebbene entro limiti temporali stringenti. La competenza territoriale, invece, ha natura prevalentemente privatistica e tutela l'interesse del convenuto a difendersi in

un determinato luogo. Proprio per questo, essa è normalmente derogabile e soggetta a sanatoria per effetto della mancata eccezione. Il tema della **competenza territoriale inderogabile** merita un approfondimento specifico. In alcune materie il legislatore ritiene che la controversia debba essere decisa da un giudice determinato in modo rigido, per ragioni che trascendono l'interesse delle parti. In questi casi, la competenza territoriale è stabilita in funzione di interessi pubblici, come la tutela di soggetti deboli o la necessità di concentrare determinate controversie presso uffici specializzati. Proprio per questo, il difetto di competenza territoriale inderogabile può essere rilevato d'ufficio dal giudice e non è suscettibile di sanatoria per acquiescenza delle parti. La disciplina delle preclusioni è il punto di arrivo di questo sistema. Se l'eccezione di incompetenza non viene proposta tempestivamente, oppure non viene rilevata d'ufficio nei casi consentiti, la competenza del giudice adito si consolida definitivamente. Questo consolidamento non equivale a una "competenza sopravvenuta" in senso tecnico, ma rappresenta una scelta di politica processuale volta a garantire la stabilità del processo. Accanto all'eccezione di incompetenza si colloca il **regolamento di competenza**, che rappresenta uno strumento del tutto peculiare e di carattere eccezionale. Esso consente di sottoporre direttamente alla Corte di Cassazione la questione relativa all'individuazione del giudice competente, prima che il processo prosegua nel merito. La funzione del regolamento di competenza è quella di prevenire lo svolgimento di un intero processo davanti a un giudice incompetente. Attraverso questo strumento, la Corte di Cassazione interviene in una fase anticipata per stabilire quale sia il giudice competente, evitando il rischio di decisioni inutili o di successive declaratorie di incompetenza che costringerebbero a ricominciare il processo davanti a un altro giudice. Il regolamento di competenza ha una **natura eccezionale** perché comporta un coinvolgimento anticipato della Corte di Cassazione, che, per sua funzione istituzionale, non è un giudice del fatto e non è chiamata a svolgere attività istruttoria. Proprio per questo motivo, il legislatore ne limita l'ammissibilità e ne disciplina rigidamente le modalità di proposizione. Non si tratta di un mezzo ordinario di impugnazione, ma di uno strumento speciale, utilizzabile solo per risolvere in via definitiva e preventiva la questione di competenza. Nel regolamento di competenza, la Corte di Cassazione non entra nel merito della controversia, ma si limita a individuare il giudice competente. La sua decisione ha efficacia vincolante e consente al processo di proseguire davanti al giudice indicato, evitando ulteriori contestazioni sul punto. Questo spiega il forte collegamento tra regolamento di competenza e Cassazione: solo la Corte, in quanto giudice di legittimità, è ritenuta idonea a garantire un'interpretazione uniforme delle norme sulla competenza. Il carattere eccezionale del regolamento spiega anche perché esso non sia pensato come uno strumento di uso frequente. Il sistema processuale preferisce che le questioni di competenza siano risolte all'interno del giudizio di primo grado, attraverso le eccezioni delle parti e i poteri officiosi del giudice. Il regolamento interviene solo quando si ritiene necessario un chiarimento immediato e definitivo, tale da giustificare l'intervento anticipato della Corte di Cassazione. Il collegamento tra **competenza e nullità** emerge con particolare evidenza nella fase introduttiva del processo.

La verifica della competenza è una delle prime attività che il giudice è chiamato a compiere. Se il giudice procede pur essendo incompetente e la questione non viene tempestivamente sollevata o rilevata, il processo può giungere a una decisione di merito che, in presenza di preclusioni ormai maturate, resta valida. La competenza, infatti, a differenza della giurisdizione, non incide sulla validità assoluta del

processo, ma è soggetta a un regime di sanatoria. Diverso è il caso in cui il difetto di competenza sia rilevato nei tempi e nei modi previsti dalla legge. In tale ipotesi, il giudice deve dichiarare la propria incompetenza e indicare il giudice competente, determinando la prosecuzione del processo davanti a quest'ultimo. Il collegamento con le nullità emerge qui chiaramente: non si è in presenza di una nullità dell'atto introduttivo in senso proprio, ma di una patologia del processo che viene sanata attraverso il meccanismo della prosecuzione davanti al giudice competente, senza necessità di rinnovare la domanda.