



A.A. 2025/2026

**BLAB**  
**DISPENSA**

**DIRITTO  
PROCESSUALE  
CIVILE  
(MODULO 1)**

**A CURA DI**

**GIORGIO COLLEONI**



TEACHING DIVISION

“

**Questa dispensa è scritta da studenti senza alcuna intenzione di sostituire i materiali universitari.**

**Essa costituisce uno strumento utile allo studio della materia, ma non garantisce una preparazione altrettanto esaustiva e completa al fine del superamento dell'esame quanto il materiale consigliato dall'università.**

**Il contenuto potrebbe contenere errori e non è stato in alcun modo rivisto né approvato dai docenti. Si consiglia di utilizzarlo come supporto integrativo, da affiancare in ogni modo alle fonti e materiali ufficiali indicate nei programmi d'esame.**



# Diritto processuale civile I

## Premessa

Il diritto processuale civile contiene le norme che regolano il processo civile, come strumento per la tutela giurisdizionale dei diritti al verificarsi di situazioni in cui si viene a determinare un conflitto di interessi. I due elementi centrali della definizione sono:

- a. **il processo civile:** si tratta dell'**oggetto** della disciplina
- b. **la tutela giurisdizionale dei diritti:** identifica la **funzione**, lo scopo, alla cui realizzazione mira il processo. Le norme sostanziali si rivolgono ai privati prescrivendo o vietando comportamenti. La violazione delle norme sostanziali genera un conflitto di interessi tra i privati (c.d. **controversia**) a cui l'ordinamento giuridico deve porre rimedio. I rimedi contro la violazione della legge sono modi per dare attuazione della legge. Non è l'unico strumento di risoluzione di una controversia.

Il diritto processuale civile è una branca del diritto pubblico che regola l'esercizio di una funziona pubblica: la **giurisdizione**, che garantisce l'attuazione del diritto civile. Pur essendo molto legato al diritto civile non appartiene al mondo privato. La ragione sta nel fatto che l'oggetto del diritto processuale civile è il processo, ma il processo è il risultato dell'esercizio di una funziona pubblica, la "giurisdizione", esercitata da un organo pubblico, il **giudice**.

## La giurisdizione civile

La giurisdizione è l'attività di **affermazione del diritto nel caso concreto** ed è quindi volta a stabilire, tra soggetti determinati, cosa dice il diritto nei loro confronti (*chi ha ragione e chi ha torto*); non è perciò affermazione del diritto mediante regole generali ed astratte, in quanto trattasi del compito del legislatore per mezzo della legge. La giurisdizione trova quindi il suo fondamento nel conflitto di interessi tra i privati (c.d. **lite o controversia**) che nasce dalla violazione del diritto sostanziale; la violazione implica delle conseguenze, chiamate **lesioni di interessi**, a cui il diritto presta (normalmente) rimedio tramite la **tutela giurisdizionale dei diritti** (attività del giudice nel processo).

L'ordinamento prevede o, comunque, ammette vari rimedi contro le violazioni della legge (rimedi economici vs rimedi giuridici; rimedi conciliativi vs rimedi processuali). Il processo civile non è però l'unico rimedio ai conflitti tra privati. Vi sono alcuni metodi alternativi teorizzati alla fine degli anni '70 nel dibattito statunitense, noti come **Alternative Dispute Resolution Methods (punti 1 e 2)**:

1. **Negotiation:** nell'ordinamento italiano, a questa categoria appartengono:
  - a. Transazione (un contratto regolato dall'art. 1965 c.c., caratterizzato da reciproche concessioni, che comporta la rinuncia consensuale ad una parte delle relative pretese).
  - b. Negoziazione assistita (introdotta dal Decreto-legge n.132 del 12 settembre 2014): le parti possono fare una negoziazione con i propri avvocati. Vi sono più garanzie procedurali che obbligano le parti a rispettare certi termini; ad esempio, la parte che è stata invitata alla negoziazione deve rispondere entro tre mesi. Se questa negoziazione riesce l'accordo è dotato di una efficacia pari alla sentenza condannatoria, con la differenza che per ottenere la sentenza condannatoria servono 2/3 anni, mentre l'accordo di negoziazione assistita si può avere dopo pochi mesi.
2. **Mediation:** procedura di mediazione introdotta dal d.lgs. 28/2010. In questo caso le parti non vogliono o non possono trovare una soluzione da sole; dunque, ricorrono all'aiuto di un terzo detto mediatore. Sebbene anche il mediatore, come il giudice è un soggetto terzo, diversamente dal giudice riceve un incarico dalle parti, non adempie semplicemente ad un dovere impostogli dalla legge come organo dello stato. Inoltre, il mediatore a differenza del giudice non è tenuto a trovare la soluzione del conflitto tra le parti applicando la legge, egli può proporre anche una soluzione secondo equità. Infine, la sentenza del giudice è obbligatoria per le parti, mentre la soluzione del

conflitto elaborata dal mediatore viene proposta alle parti che possono scegliere di vincolarsi alla proposta o ignorarla.

3. **Arbitration (arbitrato)**: si affida ad un privato che si chiama arbitro che risolva il conflitto in base al diritto. L'arbitrato prevede che la soluzione (chiamata lodo arbitrale) pronunciata dall'arbitro sia sempre vincolante, con l'effetto di una sentenza. La differenza principale tra arbitrato e processo riguarda il fatto che l'arbitro è sempre e solo un privato mentre il giudice è un organo pubblico; pertanto, quest'ultimo può esercitare dei poteri che il privato non ha, un esempio è il **potere cautelare** (= la possibilità di adottare delle misure che consentono di tutelare temporaneamente una situazione giuridica, es: il sequestro). Dopo la riforma del 2022 si può assegnare agli arbitri il potere cautelare. L'arbitrato si avvicina ancor di più al processo civile rispetto alla mediazione, poiché oltre all'intervento di un terzo è caratterizzato dalla vincolatività della decisione da questo assunta.

### Il processo civile

Il processo è un **procedimento**, vale a dire una **sequenza di atti finalizzati a conseguire uno scopo comune** che è la decisione della controversia da parte del giudice in base al diritto civile vigente. Gli atti processuali, inclusi quelli delle parti e frutto di un potere dispositivo, producono soltanto gli effetti voluti dalla legge e costituiscono in particolare il presupposto per l'atto successivo (al contrario degli **atti negoziali** che sono strutturati in modo tale da produrre gli effetti giuridici voluti dalle parti. Il DPC regola lo svolgimento del procedimento e il contenuto formale dei singoli atti processuali di cui il procedimento si compone, incluso l'atto finale che prende il nome di **sentenza**. Essa potrà essere dichiarata nulla per vizi suoi propri ovvero perché conseguenza della nullità di un atto precedente (nonostante l'intrinseca perfezione formale).

Il processo civile è il rimedio istituzionale contro la violazione della legge che si attua per il tramite dell'esercizio della giurisdizione. Tale rimedio va però inteso come **extrema ratio**, in quanto l'ordinamento prevede diversi **rimedi di natura extra-processuale** (in aggiunta ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie menzionati poc'anzi). *Prendiamo ad esempio il caso dell'inadempimento di un contratto: l'ordinamento prevede che la risoluzione possa avvenire senza intervento del giudice in caso di **diffida ad adempire** (1454 c.c.), **clausola risolutiva espressa** (1456 c.c.), **termine essenziale** (1457 c.c.); è infine prevista la **clausola penale** (1382 c.c.). Questi istituti permettono di evitare il ricorso al processo civile per ottenere la risoluzione giudiziale per inadempimento di non scarsa rilevanza (1453 c.c.).*

### Il Codice di procedura civile

Il Codice di Procedura civile del 1940, entrato in vigore nel 1942, si inserisce in un periodo rilevante per la codificazione (insieme al Codice civile, alla legge fallimentare...). Si tratta di un codice dogmaticamente molto solido, suddiviso in 4 libri, che ad oggi include circa 900 norme.

- Il **I libro** contiene i principi generali
- Il **II libro** tratta del **processo di cognizione** (accertamento dei diritti soggettivi)
- Il **III libro** tratta del **processo di esecuzione** (seconda forma di tutela giurisdizionale, diversa dall'autotutela, che consente perlopiù di espropriare il patrimonio del debitore con assegnazione diretta o vendita ai pubblici incanti ad opera dell'ufficiale giudiziario)
- Il **IV libro** tratta dei **procedimenti speciali**, in particolare di quello **cautelare** che ha lo scopo di assicurare gli effetti della sentenza di accertamento quando questa giunga (es. *vincolando temporaneamente il patrimonio del debitore mediante sequestro conservativo*)

### Principi fondamentali

Ci sono principi fondamentali che regolano il processo civile, ricavabili sia dai Codici civile e di procedura civile che dalla Costituzione. Essi si applicano a tutti e tre i tipi di tutela giurisdizionale e sono i seguenti:

1. **Il principio della domanda (o principio dispositivo)**: art. 24, comma 1, Cost; art. 2907 c.c. e art. 99 c.p.c.:

- a. **Art. 24, comma 1, Cost.**: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*”. L’attività giurisdizionale non è mai il risultato di una iniziativa pubblica ma bensì privata ed individuale; infatti, la tutela dei diritti (= rimedio alla violazione della norma sostanziale) è una possibilità del soggetto interessato, non è un obbligo, è **un diritto e al tempo stesso un onere** (=situazione soggettiva per cui taluno deve fare qualcosa solo se vuole evitare che si verifichi una certa conseguenza. L’obbligo non è soggetto ad alcuna condizione). La parte è chiamata a ricorrere al processo se ritiene sussista la violazione di un diritto.
  - b. **Art. 2907 c.c.** (rubricato “della tutela dei diritti”): la tutela dei diritti è l’insieme degli strumenti che servono a tutelare e salvaguardare i diritti in caso di violazione. Tra questi strumenti il codice civile si occupa anche della tutela giurisdizionale, ossia quella tutela che si realizza nel processo. La tutela giurisdizionale **viene sempre fatta valere dall’individuo**, tranne in alcuni casi espressamente previsti dalla legge in cui **spetta al PM** (*quando la violazione della norma penale implica anche la lesione di un interesse pubblico egli può intervenire in ambito civile; es. dichiarazione di falsità di un atto notarile*). In passato esistevano alcune ipotesi di processo d’ufficio, istruito direttamente dal Tribunale (*ultimo grande es. fallimento d’ufficio, abrogato nel 2006*).
  - c. **Art. 99 c.p.c.**: stabilisce che chi voglia far valere un diritto in giudizio debba proporre domanda al giudice competente. Ribadisce la duplice natura di diritto ed onore della domanda, ma anche il legame tra l’iniziativa della parte ed il legame giurisdizionale.
2. **L’interesse ad agire**: **art. 100 c.p.c.**: “*Per proporre una domanda o per contraddirne alla stessa è necessario avere un interesse*”. La tutela giurisdizionale dipende da un bisogno di tutela, è condizionata alla violazione di una norma sostanziale che implica la lesione di un diritto soggettivo. L’interesse ad agire deve essere, salvo casi eccezionali, **attuale e concreto** e secondo la giurisprudenza è sufficiente che esso **sussista al momento della decisione**, e non necessariamente sin dal momento della domanda. Qualora la parte proponga una domanda in assenza della lesione o nell’incapacità di dimostrare che vi sia stata tale lesione, la domanda non verrà presa in considerazione dal giudice. *N.B. La domanda di divorzio costituisce un’eccezione in quanto non c’è né lesione né interesse ad agire*.
3. **Il principio di disponibilità delle prove**: **art. 115 c.p.c.**: “*Il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti*”. È un corollario del principio della domanda; non è sufficiente che la domanda sia ammissibile, serve anche che sia fondata nel merito. Lo strumento che nel processo civile e penale consente di dimostrare la verità dei fatti narrati è **la prova**. Le prove possono essere introdotte nel processo solo se la parte a cui favore la prova opera **decide di farla valere nel processo**. Vi sono casi tassativamente previsti dalla legge in cui la prova può essere acquisita direttamente dal giudice (es. *consulenza tecnica richiesta d’ufficio dal giudice*).
4. **La giurisdizione e la competenza del giudice**: **art. 25, co 1, Cost.**: “*Nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge*” La Costituzione delinea due fondamentali qualifiche del giudice in quanto organo pubblico:
- a. **La giurisdizione**: è la funzione pubblica di amministrare la giustizia; in questo caso, però, si parla di giurisdizione intendendo quella porzione del potere giurisdizionale che spetta al singolo giudice, rispetto ad un altro giudice o alla pubblica amministrazione.
  - b. **La competenza**: individua la porzione del potere giurisdizionale che spetta ad un giudice rispetto ai giudici speciali, ovvero quei giudici che per legge si devono occupare di alcune materie, come i giudici amministrativi o tributari. La competenza può anche essere di territorio ed è quella che determina se la questione si risolverà o meno dinanzi a un giudice di pace.
5. **Il dovere del giudice di essere imparziale e indipendente**: non c’è una norma specifica che sancisca questi due requisiti, c’è però una norma (art. 52 c.p.c.) che prevede la **ricusazione del giudice**, un istituto processuale a disposizione delle parti che consente di ottenere la riassegnazione del processo ad altro giudice qualora emerga

un **conflitto di interessi**. Ciò in virtù del diritto di ciascuna parte di essere giudicata da un giudice terzo, della cui imparzialità non si possa in alcun modo dubitare.

6. **Il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato**: art. 112 c.p.c. “*Il giudice si deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa, e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti*”. Decidere su una domanda giudiziale è complesso non solo perché la parte può **formulare più domande** ma anche perché devono essere svolti degli accertamenti pregiudiziali (sono diritti soggettivi) su aspetti su cui la parte non ha chiesto una pronuncia del giudice ma che sono altrettanto fondamentali per decidere. È essenziale che il giudice si pronunci su ciascuna domanda e che non intervenga su questioni non sollevate.

## **Giurisdizione civile**

### **Giurisdizione**

La giurisdizione può essere intesa in due modi distinti:

1. **Giurisdizione in senso soggettivo:** funzione (o potere) giurisdizionale assegnata dalla legge costituzionale agli organi pubblici a cui è demandato il compito di amministrare la giustizia (giudici).
    - Disciplina costituzionale sulla giurisdizione in senso soggettivo:
      - a. **Art. 25 Cost:** “Nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge”. Dunque, la disciplina ordinaria della giurisdizione prevede che il giudice sia identificato sulla base di alcuni criteri individuati solo e soltanto dalla legge, attraverso previsioni generali ed astratte. I criteri sono quelli della **giurisdizione territoriale** e della **competenza**, la cui applicazione non consente però di individuare un giudice persona fisica ma un ufficio giudiziario (specifica articolazione dell’organizzazione giudiziaria) a cui spetta il potere di risolvere la controversia talvolta in via esclusiva, altre volte in via concorrente. La persona chiamata a risolvere la controversia sarà determinata sulla base di regole organizzative interne.
      - b. **Art. 101 Cost e ss:** “I giudici sono soggetti solo alla legge” => la legge, non solo identifica il giudice legittimato a decidere la controversia ma rappresenta anche il **parametro di giudizio** a cui il giudice civile si deve attenere per risolvere la controversia stessa. In alcuni casi, la legge ordinaria consente, con il consenso delle parti, che il giudice decida sulla base di un parametro di giudizio diverso dal diritto, l'**equità**, che implica l’individuazione da parte del giudice di un criterio di risoluzione della lite adatto alla particolarità del caso concreto. In questi casi, per quanto limitati, egli deroga al diritto e si ispira a dei principi da lui elaborati, che non contraddicono i valori fondamentali dell’ordinamento giuridico (es: il principio per cui chi provoca un danno ingiusto deve risarcire il danno). Tuttavia, il fatto che l’art 101 e seguenti facciano riferimento alla subordinazione del giudice alla legge, implica anche che il giudice debba essere imparziale ed indipendente. In caso di mancata imparzialità, il giudice deve astenersi; se egli non si astiene, ciascuna delle parti ha il diritto di chiedere la ricusazione del giudice. Questa istanza è rimessa ad un altro giudice che deve valutare se sussistano i requisiti richiesti dalla legge.
    - Distinzione tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali: Quando si verifica una controversia che ha ad oggetto rapporti di diritto civile, il ricorso al giudice è un ricorso alla **giurisdizione ordinaria** (la cui definizione è dunque residuale, è tutto ciò che non appartiene ad una giurisdizione speciale). Le **giurisdizioni speciali** sono tipologie di giurisdizione caratterizzate da particolari elementi qualificanti che riguardano la natura o la qualità di uno dei contendenti o la natura del rapporto giuridico che intercorre tra i contendenti. Gli esempi più importanti di giurisdizioni speciali sono quella **tributaria** (speciale in forza del rapporto giuridico che è un rapporto tributario) e **amministrativa** (speciale in quanto una delle due parti è la PA).
2. **Giurisdizione in senso oggettivo:** forma di tutela dei diritti soggettivi che si realizza mediante il processo civile
    - Disciplina costituzionale della giurisdizione in senso oggettivo:
      - a. **Art. 24, comma 1, Cost.:** “Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”. Condizione necessaria per agire in giudizio è l’esistenza di un **interesse ad agire**, che deriva dalla necessità di tutela dei propri diritti, da parte di chi decide di agire in giudizio (violazione di una norma sostanziale). Dunque, i diritti tutelabili nel processo sono quelli appartenenti alla sfera giuridica personale di chi agisce, salvo casi in cui l’ordinamento consente di **far valere un diritto altrui** nel processo (es: *azione surrogatoria*); tali iniziative straordinarie, devono essere giustificate come necessarie per l’interesse di chi agisce. Inoltre, vi è il caso dei **diritti collettivi** (es. *azione di classe*) dove entra in gioco un meccanismo di rappresentazione degli interessi sostanziali di una collettività indeterminata a priori di soggetti.

- b. **Art. 24, comma 2, Cost.:** “*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.*” Sancisce il **diritto/onere** di difendersi in giudizio. Il diritto di difesa è qualificato come una **garanzia fondamentale**, un diritto inviolabile della parte.
- c. **Art. 111, comma 2, Cost.:** “*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.*” La disposizione, che stabilisce i valori del **giusto processo**, ha subito una riforma nel 1999 che ha semplicemente esplicitato valori già desumibili dalle norme precedentemente esistenti. Il testo fa riferimento anche alla **ragionevole durata**: ai sensi dell’art. 6 CEDU, la durata deve essere proporzionata alle esigenze di giustizia del caso concreto. Il principio della ragionevole durata del giusto processo viene utilizzato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione come metodo di interpretazione delle norme processuali volte ad **irrigidire lo svolgimento delle attività processuali**: sulla base del principio costituzionale, dunque superiore alla legge ordinarie, la Corte di cassazione interpreta in senso restrittivo norme che riconoscono poteri o prerogative alle parti. (*Es. la Corte di cassazione ha proposto, e si è venuta ad affermare, una interpretazione restrittiva della disposizione per cui la carenza di giurisdizione viene fatta valere in primo grado, altrimenti non può più essere fatta valere. Si tratta di una interpretazione abrogativa della disposizione del codice.*)
- d. **Art. 111, comma 6, Cost.:** “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.*” La **motivazione** è fondamentale in quanto consente di evincere le **ragioni di fatto e di diritto** che hanno indotto il giudice a risolvere la controversia in un certo modo. Il giudice può incorrere in due tipi di errori: procedurali (violazione delle norme) e di giudizio (sbaglia nell’interpretare la legge, le attribuisce un significato diverso, o sbaglia nell’applicare la legge al caso concreto). La motivazione, dunque, consente alle parti di capire se la sentenza sia giusta o sbagliata e, in caso di errore, gli consente di **impugnarla**.
- e. **Art. 111, comma 7, Cost.:** consente di **ricorrere in Cassazione**, contro tutte le sentenze, in caso di **violazione della legge**. Nella maggior parte dei casi l’iniziativa è prerogativa delle sole parti ma, in caso di interesse collettivo, tale potere costituzionale è riconosciuto al P.M. presso la Corte di cassazione, ovvero il **procuratore generale**.

### Tipi di giurisdizione

Esistono tre tipi di giurisdizione ordinaria, che forniscono forme diverse di tutela dei diritti soggettivi lesi:

1. **Tutela giurisdizionale cognitoria (o di cognizione):** è la giurisdizione civile che fornisce una forma di tutela basilare; è la più importante e frequente in ambito civile. L’esercizio di questo tipo di giurisdizione si realizza mediante la cognizione, ossia la conoscenza, l’accertamento e la dichiarazione da parte del giudice dell’esistenza o del modo d’essere di un diritto soggettivo nel caso di lesione della situazione giuridica soggettiva (violazione di una norma del diritto civile sostanziale). La tutela cognitoria si traduce in una **sentenza dichiarativa**.
  - **Incontrovertibile:** Affinché questa giurisdizione produca pienamente i suoi effetti, è necessario che la decisione del giudice sia incontrovertibile. A tal fine, l’ordinamento opera un bilanciamento tra interessi contrapposti:
    - A. Da un lato c’è l’interesse vivo della parte che ha ragione affinché quella dichiarazione del diritto raggiunga un grado di certezza piena ed assoluta, che non possa più essere messa in discussione.
    - B. Dall’altra, vi è l’esigenza opposta che interessa soprattutto la parte che soccombe in giudizio, ma anche l’intera amministrazione della giustizia, che deriva dalla possibilità di errore da parte del giudice. È necessario evitare che una sentenza valida ma ingiusta, poiché viziata da errori procedurali o di giudizio, produca i suoi effetti

Per tale motivo esiste il **processo di appello**. La sentenza di primo grado può essere impugnata **entro 30 gg dalla notificazione** della sentenza da parte della parte vincente alla controparte. Se tale termine decorre, la

sentenza diventa incontrovertibile. In tal caso, così come quando siano esaurite le possibilità di impugnare, la sentenza **passa in giudicato**.

- **Procedimenti**: Vi sono due modi diversi di attuare la giurisdizione cognitoria, entrambi regolati nel Libro II del c.p.c., intitolato “Del processo di cognizione”, orientato alla tutela cognitoria. La maggior parte delle norme sono dedicate al procedimento ordinario (artt. 163-337) mentre quello semplificato è regolato dai soli artt. 281-decies-281-terdecies:
  - A) **Procedimento ordinario di cognizione**: l'accertamento del diritto soggettivo è conseguito realizzando la **pienezza delle garanzie processuali** e dunque si può ambire alla decisione più “giusta”. Ciò non significa che il giudice non possa sbagliare, ma realizzandosi tutte le garanzie processuali (principio della domanda, del contraddittorio e della prova) si riduce il rischio che egli trascuri o sottovaluti qualche elemento rilevante e conseguentemente produca una decisione erronea.
  - B) **Procedimento semplificato di cognizione**: consente di ottenere la tutela cognitoria mediante **forme processuali più semplici e veloci ma meno garantistiche**; vengonoificate alcune garanzie processuali delle parti come il diritto al contraddittorio che può esplicarsi solo entro un numero limitato di atti processuali, così come anche il diritto alla prova. Il tempo del processo infatti, per quanto ragionevole, garantisce che siano applicate le garanzie processuali. Quando il codice entrò in vigore, non esisteva un procedimento semplificato, introdotto nel 2009 con il nome di **procedimento sommario** di cognizione. Con la riforma apportata dal d.lgs. 149/2022 furono introdotte le norme oggi vigenti sul **procedimento semplificato di cognizione**. Ciò che cambia tra sommario e semplificato è che il procedimento semplificato ha un ambito di applicazione molto più vasto; un **numero consistente di cause civili** può o deve essere introdotto con le forme del procedimento semplificato, quello ordinario invece rimane dedicato alle cause più complesse e costose, tutto ciò per favorire una **riduzione dei tempi** medi del processo civile. Infatti, le controversie che possono introdursi davanti al giudice con il procedimento semplificato sono caratterizzate da semplicità istruttoria pochi i fatti che devono essere accertati).
- 2. **Tutela giurisdizionale esecutiva**: attuazione forzosa, anche contro la volontà del diretto interessato, del diritto soggettivo accertato e dichiarato con la tutela cognitoria o con altro strumento avente efficacia di accertamento ex lege, per **conseguire la realizzazione del diritto soggettivo accertato**. È regolata dal **libro III** del Codice di procedura civile. È uno strumento processuale utile quando si deve realizzare materialmente un diritto relativo (es: diritto di credito) riconosciuto dalla sentenza di cognizione.
  - **Diritti di credito**: la caratteristica di questi diritti è che vi è naturale **scissione tra momento di esercizio e di realizzazione del diritto**, in quanto la realizzazione del diritto di credito dipende dall'adempimento spontaneo del debitore. Anche a fronte di sentenza che condanna il debitore ad adempiere, se questo rimane inadempiente, il creditore deve ricorrere alla giurisdizione esecutiva per realizzare il suo diritto. In un ordinamento in cui vige il **divieto di autotutela**, è necessario ricorrere a questa peculiare forma di tutela giurisdizionale che permette di realizzare il proprio diritto per mezzo del monopolio statale della forza. L'esecuzione forzata si realizza di regola mediante il **pignoramento del patrimonio del debitore** ad opera dell'ufficiale giudiziario, che pone un vincolo di assoluta indisponibilità sul patrimonio del debitore.
    - In tal senso i diritti relativi si distinguono da quelli **assoluti** (es. reali e della personalità); in relazione a questi ultimi, infatti, **momento di esercizio e realizzazione coincidono** in quanto non è richiesta alcuna forma di cooperazione da parte di soggetti terzi
  - **L'ufficiale giudiziario**, che è organo dello Stato, ha così il potere di **espropriare il patrimonio** e di assegnarlo al creditore o di venderlo all'asta ed assegnare il ricavato della vendita, detratte le spese di procedura, al creditore stesso (molto più frequente).

3. **Tutela giurisdizionale cautelare:** salvaguardia di una situazione giuridica soggettiva di cui si sospetta la probabile lesione mediante l'imposizione di un **vincolo temporaneo di indisponibilità patrimoniale** o l'anticipazione temporanea di taluni effetti della sentenza di cognizione: Libro IV (Titolo I – Capo III) del c.p.c. Dunque, opera in tutti quei casi in cui la parte che intende agire con la tutela cognitoria, **teme che nel tempo necessario per ottenere la sentenza definitiva vengano meno le condizioni per soddisfare la propria pretesa.**

Questa si può cautelare mediante l'imposizione di un vincolo temporaneo di indisponibilità patrimoniale o l'anticipazione temporanea di taluni effetti della sentenza di cognizione. La misura cautelare non è legata all'efficacia del giudicato, essa produce i suoi effetti **fintanto che non interviene la tutela cognitoria**. Il rimedio più efficace è il **sequestro** (ad es. sequestro conservativo), vincolo temporaneo di indisponibilità patrimoniale per la durata del processo cognitorio; il debitore non può disporre, fino alla sentenza definitiva, del proprio patrimonio.

### **La tutela giurisdizionale di cognizione**

- **Tipi:** La tutela giurisdizionale cognitoria si può esplicare in tre forme:
  - Tutela di mero accertamento
  - Tutela condannatoria
  - Tutela costitutiva
- **Elementi comuni:** In tutte le sue forme, la tutela cognitoria è caratterizzata da alcuni elementi comuni:
  1. **Lesione:** Si è verificato un evento lesivo del diritto soggettivo imputabile alla condotta di uno o più soggetti determinati, anche se vi sono situazioni in cui la tutela cognitoria è ottenibile anche in assenza di un evento lesivo. Infatti, chiunque si rivolge al giudice con domanda giudiziale per chiedere uno di questi 3 tipi di tutela cognitoria deve essere in grado di **rappresentare e provare un evento lesivo di un proprio diritto soggettivo**. Uno dei requisiti essenziali per agire in diritto è infatti l'interesse ad agire. Sono "lesioni del diritto soggettivo" tutti quei comportamenti altrui che impediscono al titolare del diritto di trarne il legittimo vantaggio.
  2. **Diritto di azione:** L'ordinamento assegna al titolare del diritto soggettivo che abbia subito una lesione il **diritto di agire in giudizio per conseguire la tutela giurisdizionale** (art. 24, comma 1, Cost.)
    - a. L'azione è un concetto teorico risalente alla elaborazione dogmatica della Pandettistica tedesca di metà dell'Ottocento: Nasce quando il diritto processuale civile – inteso come diritto positivo e come scienza - si è reso autonomo dal diritto civile sostanziale.
    - b. Lo statuto giuridico dell'azione si è risolto nel riconoscimento della stessa come vero e proprio **diritto soggettivo processuale**, in quanto vale solo all'interno del processo, diversamente dal diritto di credito o di proprietà che sono diritti sostanziali.
    - c. Tale diritto di natura processuale spetta a condizione che chi esercita l'azione possa affermare (i) che è **titolare del diritto soggettivo** dedotto in giudizio (*legittimazione ad agire*) e (ii) che **tal diritto è stato leso** dal comportamento altrui (*interesse ad agire*).
      - **In senso astratto**, l'azione è intesa come un diritto/onere ad ottenere un provvedimento; esso spetta dunque se si è legittimati ad agire, cioè se si allega la titolarità di un diritto
      - **In senso concreto**, l'azione è intesa come un diritto/onere ad ottenere un provvedimento favorevole; si tratta dunque di un diritto riconoscibile soltanto a chi ha ragione
- **Caratteri della domanda**
  1. **Ammissibilità:** I **requisiti formali** previsti dal c.p.c. consentono di promuovere un processo per il solo fatto che **l'attore allega (dichiara) di aver subito una lesione di un diritto di cui si afferma titolare**; la mera allegazione è quindi sufficiente per instaurare un processo e condiziona l'ammissibilità della domanda; se manca un'idonea allegazione, la domanda sarà inammissibile e il giudice non sarà autorizzato a esaminarla.

2. **Fondatezza**: Per avere una sentenza che dia ragione all'attore servono altre condizioni, che si riassumono nel **merito**, ossia nella fondatezza della domanda. Il giudice esamina le prove indicate e, se le ritiene sufficienti, dichiarerà fondata la domanda ammessa. **Il giudizio di fondatezza dipende dalle prove** (art. 115 c.p.c.), poiché solo se si ha la prova della legittimazione alla parte attore può essere data ragione.

a. ***Principio di efficienza economica***: L'esame nel merito della questione ad opera del giudice avviene soltanto a patto che la domanda sia ammissibile (possesso dei requisiti formali), per ragioni di **efficienza economica**.

### **Tutela cognitoria di condanna**

Rispetto alla tutela di mero accertamento e alla tutela costitutiva, la tutela condannatoria è meno moderna; per capire questo tipo di azione cognitoria è necessario capire, in concreto, quale è il tipo di:

- a. **Lesione**: **inadempimento di un rapporto obbligatorio** derivante da un contratto, da un fatto illecito o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni in base all'ordinamento giuridico (la tutela condannatoria presuppone l'esistenza di un rapporto obbligatorio; *si veda l'art. 1173 c.c. sulle fonti delle obbligazioni*).
- b. **Tutela**: si tratta di **tutela condannatoria**, una tutela cognitoria mediante la quale il giudice è chiamato anzitutto ad **(i) accettare l'esistenza del diritto soggettivo** (di credito) inosservato, leso dall'inadempimento a cui si aggiunge **(ii) la condanna del debitore** (responsabile della lesione) **ad eseguire la prestazione dovuta**. La condanna alla realizzazione del rapporto obbligatorio costituisce una forma di tutela giurisdizionale dei diritti relativi in ragione della peculiare struttura di tali situazioni giuridiche soggettive. Infatti, a differenza dei diritti assoluti, nei quali il momento della realizzazione del diritto (condanna), consistente nel conseguimento dell'utilità materiale sottesa al diritto da parte del suo titolare, è contestuale a quello del suo esercizio (accertamento), i diritti relativi si contraddistinguono per l'indipendenza dei due momenti.
- c. **Provvedimento giudiziario**: **sentenza di condanna**, a cui la legge riconduce i seguenti effetti
  - ✓ **Efficacia esecutiva**: La legge 353/1990 (che ha modificato l'art. 282 c.p.c.) ha previsto che il principale effetto della tutela condannatoria – l'effetto esecutivo – si produca **immediatamente fin dal momento della pubblicazione della sentenza**, senza attendere il passaggio in giudicato (ma è anche provvisorio in quanto è possibile avere una sospensione in caso di impugnazione). L'effetto esecutivo consiste, in particolare, nell'idoneità della sentenza condannatoria a fungere da **titolo esecutivo**, cioè da **documento legittimante l'avvio di quell'ulteriore forma di tutela giurisdizionale che è la tutela esecutiva**. Fino al 1990, tale effetto esecutivo si produceva soltanto a seguito del passaggio in giudicato della pronuncia condannatoria; passavano quindi anni prima che la sentenza diventasse esecutiva, perché l'esigenza di certezza era considerata di maggior importanza rispetto all'esigenza di soddisfare interessi economici.
  - ✓ **Efficacia ipotecaria**: in forza della sentenza di condanna, il creditore è legittimato ad iscrivere ipoteca sul patrimonio del debitore (art. 2818 c.c.). Tale effetto è considerato anch'esso **immediato** al pari dell'effetto esecutivo, in quanto è ad esso strettamente collegato e funzionale. **L'ipoteca giudiziale** consente infatti al creditore di costituire a proprio vantaggio un **diritto di prelazione sul patrimonio del debitore**. L'iscrizione dell'ipoteca non è automatica; il creditore deve dunque attivarsi al fine di potersi soddisfare in via preferenziale rispetto a tutti i creditori chirografari e ai creditori ipotecari successivi.
  - ✓ **Effetto prescrizionale**: tale effetto è una sorta di "premio" per il creditore che è dovuto ricorrere alla tutela giurisdizionale per vedere riconosciuto e tutelato il suo diritto. **Il passaggio in giudicato** della sentenza di condanna **rende decennale il termine prescrizionale del diritto** di credito tutelato, indipendentemente dal regime legale della sua prescrizione. L'effetto prescrizionale, quindi, è l'unico non immediato.

### **Forme speciali di condanna**

Accanto all'ipotesi della tutela condannatoria tradizionale, l'ordinamento processuale conosce alcuni tipi di condanna speciale in cui **viene a mancare l'attualità dell'interesse ad agire** (la sua sussistenza al momento della proposizione della domanda) o la **quantificazione della prestazione** oggetto dell'obbligo condannatorio.

1. **Condanna generica (art. 278 c.p.c.):** essa è un'ipotesi antica e speciale di tutela condannatoria, in quanto consente al creditore di ottenere un provvedimento giurisdizionale che, pur **limitandosi ad accertare e dichiarare l'esistenza del diritto di credito azionato dall'attore (an)**, è idoneo a produrre taluni degli effetti tipici delle sentenze di condanna; è invece rimesso all'ulteriore svolgimento del processo o anche all'instaurazione di un nuovo autonomo giudizio la determinazione dell'oggetto della prestazione dovuta (quantum). Ciò può avvenire in situazioni eterogenee, nelle quali vi è in concreto un interesse del creditore a veder accertato il prima possibile che, anzitutto, egli è il creditore, potendo invece tollerarsi un'attesa in relazione alla quantificazione del credito. **È una condanna generica proprio perché non quantifica la prestazione**, si limita ad accettare il diritto di credito.

- ⇒ **Sentenze:** la sentenza di condanna generica non è idonea a definire il processo, in quanto la definizione del giudizio e i conseguenti effetti dipendono invece dalla pronuncia con cui, all'esito dell'attività istruttoria, verrà quantificata la prestazione dovuta (es. casi di danno non patrimoniale). Le sentenze si possono pertanto distinguere in **definitive** (chiudono il processo, es. sentenza di condanna) e **non definitive** (es. condanna generica, poiché non può produrre tutti i suoi effetti fino alla determinazione del quantum).
- ⇒ **Effetto esecutivo e ipotecario:** la sentenza di condanna generica, pur avendo un contenuto di mero accertamento, **produce l'effetto ipotecario** che è tipico della tutela condannatoria; al contrario, **l'effetto esecutivo** si potrà produrre solo a seguito della pronuncia della sentenza definitiva con cui viene non solo quantificata la prestazione dovuta, ma anche condannato il debitore alla sua esecuzione.

2. **Condanna in futuro (art. 614-bis c.p.c.):** in casi espressamente previsti, è possibile una **deroga ai principi di attualità e concretezza** dell'interesse ad agire. La condanna in futuro, infatti, consente di ottenere una pronuncia di condanna per una **lesione che non si è ancora verificata** (*interesse solo astratto ed eventuale*). Si tratta pertanto di una **condanna condizionale**, in quanto i suoi effetti dipendono dal successivo verificarsi della lesione.

*Esempio: Misura coercitiva indiretta:* introdotta nel nostro ordinamento su influsso dell'ordinamento francese dalla L. 69/2009 nel nuovo art. 614-bis c.p.c.; costituisce un tipo di **tutela che si aggiunge a quella condannatoria** per l'inadempimento della **prestazione di facere infungibile o di non facere**. In tali casi, infatti, la tutela esecutiva non sarebbe efficace in quanto le prestazioni infungibili non possono essere eseguite dall'ufficiale giudiziario.

- ⇒ **Pagamento per ogni ritardo:** Non essendo le opere di facere infungibili o di non facere eseguibili forzosamente ad opera di un terzo, il creditore può chiedere al giudice che condanni il debitore non solo all'esecuzione della prestazione dovuta (e all'eventuale risarcimento del danno da ritardo), ma anche al **pagamento di una somma di denaro «per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento» ovvero «per ogni violazione o inosservanza successiva»** all'inadempimento allegato dall'attore. L'obbligo al pagamento della somma di denaro non risponde ad alcun interesse attuale, poiché **ulteriori ritardi e violazioni sono soltanto eventuali**; in caso si verifichi l'inosservanza da parte del debitore dell'obbligo condannatorio, l'efficacia della condanna al pagamento della somma sarà immediatamente esecutiva.
- ⇒ **Coercibilità indiretta:** espropriazione del patrimonio per l'obbligazione infungibile o negativa non adempiuta spontaneamente, tranne quando appaia manifestatamente iniquo. Questo perché l'esecuzione forzata opera sulla base della fungibilità della prestazione, e per le **obbligazioni infungibili** l'unico modo per soddisfare il creditore è con il **risarcimento**. Le misure di coercibilità indiretta consentono di **incentivare l'adempimento spontaneo** del debitore, conformandosi alla sentenza di condanna (*non potendo costringere fisicamente il debitore ad adempiere, lo si scoraggia pecuniariamente dal sottrarsi ai suoi obblighi*)
- ⇒ **Liquidazione e quantificazione:** il criterio generale utilizzato è quello della **liquidazione periodica**. Il sistema che utilizza l'art. 614-bis impone infatti il pagamento **per ogni prestazione dovuta** ma non eseguita in caso

di periodicità; per gli altri tipi di inadempimento, è dovuta una somma di denaro **per ogni giorno di ritardo**. I criteri che la legge stabilisce per la determinazione delle somme di denaro dovute sono i seguenti:

- a. **Valore della controversia**: si desume, per il tramite della domanda, dal valore della prestazione infungibile non eseguita come risulta dal contratto (o da altro titolo)
- b. **Natura della prestazione**: necessario valutare il tipo prestazione (opera d'arte, software...) e quali interessi del creditore sono stati lesi (interessi fondamentali o secondari)
- c. **Danno quantificato o prevedibile**: danno già arrecato, in tutto o in parte, dall'inadempimento
- d. **Ogni altra circostanza utile** ai fini della quantificazione (clausola di chiusura)
- e. **Vantaggio per l'obbligato** derivante dall'inadempimento (*riforma Cartabia*): vantaggio conseguito dal debitore inadempiente principalmente in termini di risparmio di costi

⇒ Momento in cui il debitore condannato è diventato inadempiente rispetto all'ordine del giudice di eseguire il contratto: scelta del creditore che beneficia della senza di condanna. Non vi è un limite imposto dalla legge; ci possono però essere accordi transattivi tra le parti, che stabiliscono quando attuare la misura coercitiva indiretta, che ha efficacia immediatamente esecutiva.

Es. Contratti di locazione immobiliare: tra le varie ipotesi di condanna in futuro, l'ordinamento processuale annoverava già quella dell'art. 664 c.p.c. in tema di contratti di locazione. Con il **provvedimento speciale dell'intimazione di sfratto per morosità**, che è fondamentalmente un'azione di risoluzione del contratto per inadempimento con condanna del conduttore inadempiente a liberare l'immobile, il locatore può chiedere che, unitamente alla risoluzione del contratto, il conduttore che sia stato inadempiente all'obbligo di pagamento dei canoni locativi sia condannato a **versare non solo i canoni scaduti, ma anche quelli che devono ancora scadere al momento della proposizione della domanda «fino all'esecuzione dello sfratto»**.

### Tutela cognitoria di mero accertamento

Questo tipo di tutela consiste nel semplice accertamento circa la titolarità di un diritto soggettivo; la sentenza si limita ad **accettare una situazione giuridica soggettiva**, senza imporre obblighi alla parte soccombente.

- **Lesione**: negazione illegittima del diritto soggettivo altrui che può concretizzarsi in tre tipi di situazioni lesive
  1. **Contestazione del diritto soggettivo altrui**: in questo caso la lesione consiste in una dichiarazione con cui taluno nega (o, comunque, in un comportamento idoneo a negare) l'esistenza di un diritto altrui. Tale lesione giustifica il ricorso alla tutela di mero accertamento quando la negazione del diritto è posta in essere in un contesto fattuale **idoneo a produrre un pregiudizio** al titolare del diritto negato.

⇒ *Esempio: situazione in cui il proprietario di un fondo vede contestata l'esistenza o il modo d'essere del suo diritto di proprietà. Se qualcuno ne contesta il modo di essere, per esempio invadendo il fondo o costruendo un'opera propria sul fondo, la semplice affermazione dell'esistenza o del modo d'essere del diritto di proprietà del soggetto su quel fondo ne tutela gli interessi, ribadendo che Tizio è l'unico proprietario e quindi, per legge, l'unico che può costruirvi sopra un'opera senza bisogno del consenso altrui, e riconoscendo l'illegittimità del comportamento di chi ha invece deciso di costruire un'opera propria sul fondo altrui.*

⇒ **Azione di mero accertamento in positivo**: rimedia alla contestazione del diritto altrui attraverso una sentenza è l'**azione di rivendicazione** dell'art. 948 c.c., in tutti i casi in cui chi rivendica la proprietà conserva il possesso del bene. Non sarà però quasi mai sufficiente solo un mero accertamento, si dovrà quasi sicuramente cumulare una sentenza che condanni il soccombente.
  2. **Affermazione di un diritto soggettivo incompatibile col diritto altrui**: L'affermazione di un diritto incompatibile costituisce invece un evento lesivo del diritto altrui in quanto, sebbene non determini necessariamente la negazione del diritto altrui, ne presuppone tuttavia una diversa qualificazione giuridica o una diversa estensione oggettiva.

- ⇒ Esempio: l'esistenza di un diritto di servitù di passaggio sul fondo altrui non comporta una negazione del diritto (di proprietà) altrui ma, al contrario, ne presuppone l'esistenza; però potrebbe comportare illegittimamente che il titolare abbia una possibilità di godimento del proprio fondo più limitata rispetto a quella che sarebbe assicurata da un diritto di proprietà non gravato dall'altrui servitù di passaggio. La tutela di mero accertamento offre un rimedio alla lesione del diritto che subisce un'illegittima compressione a causa dell'affermazione del diritto incompatibile, specialmente nella misura in cui riconosce l'inesistenza del diritto altrui.
- ⇒ Azione di mero accertamento in negativo: il cui obiettivo è una sentenza che non solo accerta il diritto di proprietà, ma che nega l'esistenza di un diritto di servitù in favore della parte convenuta in giudizio, che andava a danneggiare la sfera giuridica del proprietario. Il nostro ordinamento prevede, a tal proposito, una specifica azione: l'**azione negatoria**, consistente nell'accertamento negativo del diritto di servitù altrui sul proprio fondo (art 949 c.c.).
3. **Insorgenza di una situazione di apparenza giuridica:** L'apparenza giudica, infine, si verifica quando il compimento di un atto giuridico, che sia di per sé inidoneo a produrre legalmente i suoi effetti per la mancanza dei requisiti essenziali o per l'esistenza di una diversa volontà negoziale delle parti, si limita a documentare tra le stesse parti o rispetto ai terzi l'esistenza di un rapporto giuridico soltanto apparente. Quindi si tratta di situazioni che sono **idonee a generare nei terzi di buona fede l'affidamento nei confronti di una situazione giuridica che non corrisponde alla realtà** dei fatti a causa della nullità o della simulazione.
- ⇒ Esempio: un **contratto nullo** è chiaramente inefficace, ma, fintanto che la sua invalidità non è accertata, è idoneo a generare l'apparenza giuridica di un contratto valido ed efficace. Lo stesso vale per un **contratto con simulazione assoluta o relativa**: esso non è inefficace come il contratto nullo, ma è idoneo a nascondere l'effettiva volontà delle parti. Nei casi in cui ci sia **pregiudizio**, si può agire in giudizio per accertare la nullità o la simulazione del contratto: qui la tutela è di mero accertamento, per accettare le situazioni che rendono l'atto inidoneo a produrre i suoi effetti.
- ⇒ Azioni tipiche: sono, quindi, l'**azione di simulazione** del contratto ex artt. 1414 ss. c.c. e l'**azione di nullità** del contratto ex artt. 1418 ss. c.c. L'azione di nullità del contratto suggerisce il concetto per cui la nullità del contratto può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice (art. 1421 c.c.), il che non significa che il giudice la possa dichiarare senza una qualsiasi domanda giudiziale che renda possibile la conoscenza del contratto da parte del giudice, bensì che, sulla scorta di una domanda che non chiede accertamento, ma, per esempio, l'adempimento del contratto, il giudice, venendo legittimamente a conoscenza del contratto, se lo dovesse reputare nullo, lo potrebbe dichiarare tale anche se nessuna parte lo ha chiesto.
- **Tutela cognitoria atipica:** Sebbene la tutela di mero accertamento sia idonea a salvaguardare soprattutto situazioni giuridiche soggettive corrispondenti ai **diritti assoluti** come ad esempio i diritti reali, la giurisprudenza di legittimità sostiene che la tutela di mero di accertamento sia una tutela giurisdizionale atipica, esperibile cioè anche nei casi in cui la legge non preveda espressamente la possibilità di tutelare un certo tipo di diritto soggettivo mediante una sentenza meramente dichiarativa. L'unica condizione richiesta dalla giurisprudenza per esperire legittimamente la tutela di mero accertamento al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge è che il titolare del diritto che si assume leso dalla negazione altrui possa **allegare l'esistenza di un pregiudizio concreto ed attuale** della propria sfera giuridica per effetto della negazione altrui nel momento in cui chiede al giudice di accettare il suo diritto e di dichiararne giudizialmente l'esistenza.
- **Sentenza di accertamento:** L'effetto della tutela di mero accertamento consiste, dunque, nella dichiarazione di esistenza (o inesistenza) del diritto soggettivo fatto valere in giudizio; la sentenza ha i seguenti effetti:
- ✓ **Effetto dichiarativo:** si produce necessariamente a seguito del **passaggio in giudicato** della sentenza di mero di accertamento. Sebbene l'effetto dichiarativo dipenda dal passaggio in giudicato della sentenza, esso è destinato a **retroagire al momento** in cui si è verificato l'evento lesivo o, meglio, **in cui si è messa in dubbio l'esistenza del diritto soggettivo a seguito della lesione**, poiché l'accertamento dell'esistenza o meno del

diritto soggettivo leso deve valere, senza soluzione di continuità, fin dal momento in cui tale esistenza (o inesistenza) è stata messa in discussione mediante la negazione del diritto soggettivo. È pertanto incompatibile con qualunque momento di incertezza circa la sussistenza o meno di tale diritto: un momento di incertezza sarebbe, in assenza della regola della retrodatazione del termine di produzione dell'effetto dichiarativo, il periodo intercorrente tra il prodursi dell'evento lesivo, che ha messo in discussione l'esistenza (o inesistenza) del diritto, e il passaggio in giudicato della pronuncia di mero accertamento. Se non vi fosse efficacia retroattiva ex post, tutti gli atti dispositivi compiuti in tale periodo sarebbero incerti, ossia illegittimi, inidonei a produrre i loro effetti, mentre in questo modo sono validi.

- ✓ **Effetto esecutivo:** l'art. 282 c.p.c., secondo l'interpretazione letterale del quale tutte le sentenze cognitorie di primo grado hanno efficacia esecutiva immediata e provvisoria, vale in realtà solo per le sentenze di condanna. L'accertamento **può infatti essere solo definitivo**, perché, se fosse provvisorio, sarebbe contraddittorio: è logicamente incompatibile con un'anticipazione dei suoi effetti rispetto al giudicato, per questo dipende da tale condizione di assoluta incontrovertibilità.

### Tutela cognitoria costitutiva

La tutela di mero accertamento è finalizzata a riconoscere che un diritto è sempre o non è mai esistito; quella condannatoria è destinata a riconoscere che un diritto di credito è sempre esistito (e condannare) o che non è mai esistito. La tutela costitutiva è destinata invece a **creare una nuova situazione giuridica**, che consegue all'accertamento di un diritto soggettivo; essa serve a innovare l'ordinamento, facendo qualcosa di più simile all'attività della legge che all'attività del giudice. **Essa è infatti finalizzata a ottenere la costituzione, modifica o estinzione di un rapporto giuridico o di una situazione giuridica soggettiva per effetto dell'accertamento giudiziale dei presupposti individuati dalla legge per la produzione di tale effetto**. Quindi determina – a seconda dei casi – **l'insorgenza di un rapporto giuridico nuovo, la modificazione degli elementi essenziali di un rapporto giuridico esistente o, infine, la sua estinzione** (la sentenza costitutiva fa qualcosa che la legge fa in via generale e astratta, ovvero ciò che potrebbe fare l'autonomia privata delle parti → non sempre, es. sentenza di divorzio)

- ✓ **Principio di tipicità:** art. 2908 c.c. Sia i casi di tutela costitutiva necessaria sia quelli di tutela costitutiva non necessaria sono ammessi solo se espressamente previsti dalla legge: **principio di tassatività** della tutela costitutiva.
  - a. **Effetto (anche in mancanza di lesione di un diritto):** Questa sua caratteristica svincola la sua concessione da parte del giudice dall'esistenza di una lesione alla sfera giuridica della parte che domanda tale tutela: a differenza della tutela di mero accertamento e di quella condannatoria, in cui l'intervento del giudice dipende dal bisogno di porre rimedio ad un episodio lesivo del diritto soggettivo fatto valere (negazione o inosservanza del diritto altrui), **la tutela costitutiva ha ragione di esistere anche in assenza di un evento lesivo**.
- ✓ **Strumento per i diritti potestativi:** la tutela costitutiva viene interpretata come lo strumento con cui dare realizzazione ad un particolare tipo di diritti soggettivi: i c.d. **diritti potestativi**, caratterizzati dal fatto di attribuire ai loro titolari il potere di **produrre direttamente un effetto costitutivo**, modificativo o estintivo di un rapporto giuridico **nei confronti di determinati soggetti, sui quali grava una condizione di mero pati** (dal latino "soggezione") alla decisione del titolare del diritto di avvalersi di tale potere. Il convenuto infatti subisce l'azione costitutiva, perché il soggetto attivo può avvalersi del diritto potestativo **anche senza spontanea cooperazione**, che è invece indispensabile per i diritti relativi.
  - A. Esempio: l'**art 1453 c.c. (azione di risoluzione del contratto)** consente di agire in giudizio per chiedere al giudice di risolvere il contratto, previo accertamento dell'inadempimento ad opera della controparte. Il diritto soggettivo che viene fatto valere, secondo questa interpretazione originaria, tradizionale, è il diritto potestativo alla risoluzione del contratto. Ma che lesione subisce questo diritto in caso di inadempimento del contratto? Nessuna, tanto è vero che lo si esercita per ottenere la risoluzione del contratto. **L'inadempimento è sì una lesione, ma ciò non lede il diritto potestativo alla risoluzione del contratto, bensì il diritto di credito della**

**parte non inadempiente.** La parte non inadempiente non vuole però tutelare il suo diritto di credito con una sentenza di condanna (in quanto non vuole la condanna della controparte all'adempimento del contratto, non vi ha più interesse), ma vuole tutelare la lesione del suo diritto di credito con la risoluzione del contratto per inadempimento, cioè con la liberazione dal vincolo contrattuale, la quale, poiché il contratto è sinallagmatico, è vincolante anche per la parte non inadempiente che sta agendo per la risoluzione per le prestazioni residue. Dunque, la lettura della tutela costitutiva come strumento per rimediare alla lesione del diritto potestativo è utile ai fini didattici, ma sostanzialmente imprecisa, in quanto la lesione che giustifica l'azione di risoluzione del contratto, non ha come oggetto il diritto potestativo, ma il diritto di credito (che però non è valere in giudizio).

- B. Esempio: **l'art. 2901 c.c. (azione revocatoria)** attribuisce al creditore una particolare azione a tutela della garanzia patrimoniale contro gli atti fraudolenti posti in essere dal debitore per danneggiare la garanzia stessa; il diritto potestativo di esercitare l'azione revocatoria (e il conseguente ottenimento di un effetto costitutivo) non si spiega in ragione di una lesione del diritto potestativo, bensì del diritto di credito (viene lesa la garanzia).

- ✓ Evoluzione concettuale della tutela costitutiva: si può dire che questa tutela sia passata:
  - a. Da strumento di tutela di un diritto soggettivo leso (diritto potestativo)
  - b. Ad uno strumento per
    1. l'accertamento delle condizioni stabilite dalla legge per produrre la modificazione giuridica richiesta (la ricorrenza di queste condizioni assegna il diritto a ottenere la modificazione giuridica prevista dalla legge)
    2. la pronuncia del mutamento del rapporto giuridico o della situazione giuridica soggettiva.
- ✓ Diritto alla modificazione giuridica: il diritto a ottenere la modificazione giuridica può essere:
  - A) **In via di eccezione:** per difendersi in giudizio proposto da altri, quindi solo per ottenere il rigetto della domanda e non la modificazione giuridica. L'eccezione è lo strumento principale con cui chi è chiamato in un processo ordinario si può difendere. Nel caso dell'eccezione, il diritto è riconosciuto come **imprescrittibile**, nonostante il suo contenuto sia lo stesso di quello esercitato in via di azione. La disparità è giustificata in quanto quest'ultima possibilità è una forma di tutela per la parte debole del contratto (quella che ha subito il vizio). → es. *eccezione di annullamento per far rigettare l'azione di condanna all'adempimento dell'attore*
  - B) **In via di azione:** si prescrive in **cinque anni** dalla conclusione del contratto o dalla scoperta del vizio.
- ✓ Tutela costitutiva necessaria e non necessaria: La tutela costitutiva può essere di due tipologie diverse:
  - A) **Azioni costitutive non necessarie:** l'effetto costitutivo si potrebbe ottenere anche con l'autonomia privata, mediante il compimento di atti negoziali e senza necessità di ricorrere dal giudice, poiché l'ordinamento ha sempre riconosciuto l'esercizio di diritti potestativi anche al di fuori di processi o sentenze. Ciò può però accadere soltanto nei casi espressamente previsti per legge; se non c'è accordo, si deve ricorre al giudice.
    - ⇒ L'azione di risoluzione del contratto per inadempimento non risulta necessaria, in quanto si produce un effetto costitutivo automatico (la risoluzione), soltanto qualora ricorra una delle seguenti condizioni:
      1. **Clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.):** le parti di un contratto a prestazioni corrispettive possono prevedere l'eventualità per cui la contestazione dell'intervenuto inadempimento alla parte inadempiente comporta la **risoluzione di diritto del contratto (risoluzione ex lege)**; l'effetto costitutivo consegue in tal caso ad un diritto potestativo che non deve essere esercitato in un processo, ma che è la conseguenza di un accordo negoziale. Dunque, se la parte non inadempiente contesta formalmente l'inadempimento della controparte, produce immediatamente la risoluzione del contratto. Può accadere che la parte che riceve la contestazione possa **ritenere di non essere stata inadempiente**, il che comporta la possibilità di instaurare un processo, ma non con un'azione di risoluzione per inadempimento (in quanto il contratto si è già risolto di diritto), bensì con un'**azione di mero accertamento**, la quale deve accertare se l'effetto risolutivo si è davvero prodotto. Questo accertamento è sufficiente a rimediare alla lesione consistente nella contestazione.

2. **Termine essenziale (art. 1457 c.c.):** si definisce "essenziale" in quanto, una volta decorso il termine previsto nell'accordo negoziale, una parte **perde interesse a ricevere la prestazione pattuita**. Il suo decorso rende irrilevante, per la parte interessata, l'adempimento tardivo della prestazione pattuita, questo perché, un adempimento tardivo è, in quanto tale, inidoneo a soddisfare l'interesse patrimoniale che ha portato la parte non inadempiente a stipulare il contratto con il termine essenziale. Dunque, il decorso del termine essenziale comporta la **risoluzione di diritto** del contratto.
3. **Diffida ad adempiere (art. 1454 c.c.):** si tratta di un avviso, una dichiarazione, una comunicazione che viene mandata dalla parte non inadempiente alla controparte inadempiente affinché quest'ultima esegua la prestazione dovuta entro un **termine perentorio stabilito dalla parte non inadempiente** (in genere 15 gg, ma varia in funzione del tipo di prestazione). In questo caso, la controparte si è già resa inadempiente, in quanto non ha eseguito le prestazioni alle condizioni pattuite nel contratto, ma la parte non inadempiente, avendo interesse ad un **adempimento tardivo**, può intimare la controparte ad adempiere indicando che, se non lo farà entro il termine stabilito, il contratto si risolverà automaticamente a causa dell'inadempimento per effetto della legge. Ciò avviene comunemente tutte le volte in cui non sia stata pattuita una clausola risolutiva espressa.

⇒ I casi in cui si parla di tutela costitutiva non necessaria sono:

1. **Azione di divisione della cosa comune:** i comproprietari di un bene, se non trovano un accordo, possono chiedere la divisione giudiziale del bene; tale azione presuppone l'accertamento della comproprietà e del diritto ad ottenere la divisione giudiziale. In conseguenza di questi accertamenti, i comproprietari chiedono **l'estinzione del rapporto giuridico di comproprietà e la costituzione di tanti diritti di proprietà individuale quanti sono i soggetti**. La sentenza estingue quindi il rapporto di proprietà comune e costituisce tanti rapporti di proprietà individuale; la situazione giuridica pre e post sentenza è diversa: ora ci sono diritti individuali su parti di quella che era la res comune.
2. **Azione per la sentenza di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto (art. 2932 c.c.):** si tratta di un'azione cognitoria costitutiva che costituisce un rimedio molto efficace nei casi di inadempimento. Infatti, nell'eventualità di un **inadempimento di un contratto preliminare**, che ha solo effetti obbligatori, l'ordinamento prevede che sarà l'autorità giudiziaria a sostituire e porre rimedio al mancato consenso del contraente **non con una tutela condannatoria**, bensì costitutiva, in quanto la prima sarebbe **ottenibile ma non eseguibile** in quanto concerne una prestazione infungibile (solo il contraente può disporre della propria volontà). Mediante provvedimento giudiziario si attua quindi un effetto traslativo, poiché la sentenza accerta che vi è stato inadempimento e l'offerta della controprestazione da parte del contraente adempiente, per poi trasferire il diritto oggetto dal contratto in capo all'acquirente. **La sentenza diventa dunque un titolo di acquisto del diritto** se la parte non inadempiente ha fatto tutto il possibile per stipulare il contratto. Con tale sentenza si costituisce un vincolo contrattuale che prima non c'era e che produrrà gli stessi effetti di quello che doveva essere il contratto definitivo, anche senza il consenso della controparte, proprio in forza del contratto preliminare, le cui prestazioni sono state inadempite.
3. **Servitù tra fondi:** se il **proprietario del fondo servente non dà il consenso** a costituire il contratto di servitù e il passaggio al fondo pubblico è eccessivamente gravoso per l'altra parte, quest'ultima può adire l'autorità giudiziaria per ottenere una sentenza che tenga conto dell'assenza del consenso. È un'azione non necessaria perché solo se il consenso non è stato prestato, l'attore può ottenere dal giudice tale sentenza, che **costituisce un diritto di servitù prediale**.
4. **Azione estimatoria nel contratto di vendita:** l'accertamento di alcuni vizi della cosa venduta, tali da non far perdere l'interesse dell'acquirente alla conservazione della proprietà del bene, giustifica una domanda estimatoria (di riduzione del prezzo). L'effetto costitutivo è la modifica del rapporto

giuridico: il contratto rimane valido, ma la sentenza modifica le condizioni giuridiche di quel rapporto sotto forma di ridefinizione del corrispettivo ( $\neq$  azione redibitoria, di risoluzione).

- B) **Azioni costitutive necessarie:** soltanto attraverso l'intervento del giudice si può ottenere l'effetto costitutivo.  
Esempi di azioni costitutive necessarie sono:

1. **Azione di risoluzione del contratto per inadempimento** (art. 1453 c.c.): a fronte di un inadempimento di non scarsa rilevanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., la parte non inadempiente che perde interesse al mantenimento del vincolo contrattuale può chiederne la risoluzione, ossia l'estinzione del rapporto giuridico contrattuale. Il giudice accerta la gravità dell'inadempimento ed eventualmente dichiara risolto il contratto, così che entrambe le parti siano sciolte dal vincolo contrattuale a seguito della sentenza (effetto costitutivo estintivo). *L'azione è di regola necessaria, salvi i casi elencati in precedenza.*
2. **Azione di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta** (art. 1467 c.c.)
3. **Azione di rescissione del contratto** (art. 1448 c.c.): se il contratto è stato concluso in stato di pericolo o vi è stata una lesione (i.e. grave sproporzione tra prestazioni), si può agire per chiedere al giudice una pronuncia estintiva degli effetti giuridici di quel contratto.
4. **Azione di annullamento per vizio del consenso** (art. 1427 c.c.): ciò che la giustifica può essere l'accertamento di incapacità di agire dei contraenti (es. minore età) o l'esistenza di un vizio del consenso (errore, dolo, violenza). Si produce un effetto estintivo, ma il contratto produce i suoi effetti fino al momento della sentenza del giudice (*a differenza della dichiarazione di nullità, opera ex nunc*).
5. **Azione di divorzio** (art. 3, l. n. 898/1970): il divorzio è il cambiamento di uno status (da coniuge a ex-coniuge), che ha conseguenze patrimoniali; perciò, tale modifica necessita della sentenza di un giudice.
6. **Azione di separazione personale dei coniugi** (art. 150 c.c.)
7. **Azione di disconoscimento della paternità** (art. 244 c.c.)

- ✓ **Sentenza costitutiva:** la sentenza ha **efficacia irretroattiva dipendente dal passaggio in giudicato**, al pari della sentenza di mero accertamento; serve infatti un grado di assoluta incontrovertibilità, questo perché prevede da un lato **l'accertamento dei presupposti di fatto** da cui deriva la pretesa di ottenere una certa modificazione giuridica e, dall'altro, perché le conseguenze che possono scaturire da un'eventuale riforma della sentenza costituiva possono essere dannose per la parte. Non c'è nulla cui dare esecuzione in quanto tutti gli effetti sono realizzati dalla sentenza, che dispone per l'avvenire a partire dal passaggio in giudicato.

- a. **Casi eccezionali:** efficacia retroattiva per legge a un momento anteriore al passaggio in giudicato:

1. **Momento dell'apertura della successione** nella sentenza che costituisce lo status di **indegno a succedere** (art. 464 c.c.), al fine di evitare che l'indegno possa beneficiare dei frutti dei beni ereditari di cui egli sia stato, medio tempore, il possessore.
  2. **Momento in cui è sorto il rapporto contrattuale** che è stato risolto in caso di azione di **risoluzione di contratto per inadempimento**, quando il contratto aveva ad oggetto **prestazioni periodiche e continuative** (art. 1458 c.c.). Questa eccezione vi è per assicurare alla parte non inadempiente, che quindi ha eseguito prestazioni periodiche/continuative, la **possibilità di recuperare ciò che ha eseguito**; infatti, la parte inadempiente deve restituire le prestazioni continuative o periodiche.
- b. **Problema:** Quando però una sentenza ha **contenuto complesso**, in quanto la domanda che ha aperto il processo aveva un contenuto complesso (come avviene il più delle volte), il fatto che gli effetti della sentenza dipendano da momenti diversi può generare alcuni problemi. La tutela di cognizione non si presenta infatti quasi mai in concreto sotto forma di un'unica domanda, ma **soltamente al giudice si sottopone un cumulo di**

**domande**, che possono essere **dello stesso tipo** (tipicamente condannatorie, per cui si chiede risarcimento di più tipi di danno alla stessa parte) o **più domande cognitorie di tipo diverso** (caso più frequente: domanda costitutiva legata a una o più domande condannatorie).

- ⇒ Si deve tenere conto del fatto che il cumulo di più domande giudiziali nello stesso atto non è del tutto discrezionale, bensì è necessario che ci sia un **collegamento qualificato tra le domande** che si cumulano, affinché l'attività giurisdizionale sia efficiente.
- ⇒ Necessario **nesso di dipendenza/subordinazione** tra le domande (**vincolo di consequenzialità**):
  - A. Se il giudice rigetta la prima domanda (**capo costitutivo pregiudiziale** o principale), allora nemmeno le altre domande (**capi condannatori dipendenti**) potranno essere accolte.
  - B. Laddove tutte le domande vengano accolte, la sentenza che conclude il processo di cognizione avrà **plurimi capi** (art. 112 c.p.c.: corrispondenza tra chiesto e pronunciato). Il problema che sorge riguarda il **momento di efficacia** di una sentenza che consta sia di un **capo costitutivo pregiudiziale** (che risponde alla domanda di risoluzione) ed è efficace con il passaggio in giudicato, sia di un **capo condannatorio dipendente** (che condannerà la parte inadempiente a risarcire il danno maturato dall'inadempimento alla risoluzione) i cui effetti, dipendendo dalla pubblicazione, sono immediati.
    - a) In passato, si era pensato a uno **sdoppiamento**, tenendo distinti i momenti di efficacia, ma ciò ha prodotto e produrrebbe ancora conseguenze assurde, creando **pregiudizi patrimoniali gravi** se non irrimediabili. Il vincolo di subordinazione costituisce un vincolo logico-giuridico, è privo di senso dare esecutività al capo dipendente se il **capo principale è ancora incerto**.
    - b) Per evitare rischi di riforme in appello, si è giunti alla soluzione di individuare uno **stesso momento per l'efficacia di entrambi i capi della sentenza**, in cui gli stessi producono i relativi effetti. Le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che a "comandare" è il capo pregiudiziale, ossia quello da cui dipende l'altro capo (in questo caso, quello della domanda costitutiva). Pertanto, non è sempre vero che la sentenza condannatoria è immediatamente esecutiva, in quanto non è sempre autonoma. È infatti **immediatamente esecutiva** in tutti i casi in cui **non è un capo dipendente** da un capo pregiudiziale costitutivo (es. risoluzione).
    - c) Discorso diverso si ha nell'ipotesi in cui, in una situazione di questo tipo, la parte soccombente (quella inadempiente al contratto, in questo caso) impugni, per scelta o per errore, solo il capo pregiudiziale della sentenza. La legge stabilisce che, **in caso di impugnazione parziale, il capo della sentenza che non è stato impugnato passa in giudicato**, si intende rinunciato, il che però genera il suddetto rischio per cui l'esito del giudizio di appello sul capo pregiudiziale possa portare a una riforma. Qui il contrasto è con una decisione: quella relativa al capo condannatorio non impugnato e passato in giudicato); vedremo in futuro come si rimedia.

## Il diritto d'azione e la domanda giudiziale

Il **potere di agire in giudizio**, cioè di far valere un evento lesivo, è il diritto di azione. L'azione è un concetto relativamente recente dato che come categoria dogmatica risale alla **pandettistica tedesca dell'800**. Il concetto di azione allude ad un **diritto soggettivo processuale** cioè un insieme di facoltà esercitabile solamente nel contesto del processo. È inoltre un **onere**, in quanto strumento **necessario**, secondo l'ordinamento giuridico, per ottenere **tutela rispetto ad una lesione che ha colpito un diritto soggettivo sostanziale**. Il diritto di azione è dunque collegato al principio della domanda: l'esercizio della funzione giurisdizionale dipende dalla **proposizione della domanda giudiziale**.

### **Le condizioni dell'azione (elemento soggettivo)**

Trattandosi di un diritto-onere, questo presuppone il coinvolgimento di due soggetti: il soggetto che propone la domanda giudiziale e colui verso cui è proposta. In gergo tecnico, questi due soggetti sono noti come:

1. **Attore (o soggetto attivo)**: titolare del diritto-onere che decide come e se avvalersene; corrisponde solitamente con il titolare del diritto soggettivo leso, per la cui tutela si agisce in giudizio
2. **Convenuto (o soggetto passivo)**: destinatario dell'azione; di regola è il responsabile dell'evento lesivo

Le condizioni dell'azione, da cui dipende l'**accogliibilità in astratto della domanda**, sono due e sono rilevanti solo ai fini dell'ammissibilità; l'accertamento nel merito della questione, diversamente, costituisce la fondatezza. Vi è dunque un **rapporto di pregiudizialità logica tra il piano della ammissibilità della domanda**, che dovrà essere quindi accertato in via preliminare dal giudice, e **quello della sua fondatezza**, che è invece dipendente dalla previa verifica della ammissibilità della domanda. Le condizioni da cui dipende l'ammissibilità della domanda sono:

1. **Legittimazione ad agire**: allegazione della **titolarità del diritto** soggettivo fatto valere.
2. **Interesse ad agire**: allegazione della **lesione arrecata al diritto** soggettivo fatto valere.

➤ **Fenomeni processuali diversi**: Il requisito processuale della legittimazione ad agire, che ha una rilevanza prevalentemente teorica, va tenuto però distinto da due fenomeni processuali che, pur coinvolgendo il tema della legittimazione ad agire, non possono essere confusi con essa:

- A. **La sostituzione processuale**: l'art. 81 c.p.c. (o legittimazione ad agire in via straordinaria) prevede che il fenomeno della sostituzione processuale si verifica soltanto nei casi in cui, eccezionalmente, la legge processuale **consente a chi non è titolare di un diritto soggettivo di chiederne la tutela giurisdizionale nel proprio interesse** o, come stabilisce l'articolo, «in nome proprio», quando cioè questo diritto realizza in concreto un proprio interesse (legittimazione straordinaria). In questi casi, l'attore promuove la tutela di un diritto soggettivo che non afferma essere suo, bensì il diritto soggettivo di cui è titolare un altro soggetto (ne dichiara l'altruistà). Allegare tale legittimazione ad agire straordinaria costituisce una possibilità problematica per un ordinamento in cui il diritto di azione è garantito per ottenere tutela dei propri diritti. Nonostante ciò, l'articolo non ha mai subito un giudizio di illegittimità costituzionale, perché esso e le norme che lo attuano non violano il precezzo costituzionale, in quanto prevedono un **potere derogatorio limitato ai soli casi espressamente previsti** (riserva di legge).

- Esempio: **l'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c.** è l'esempio più significativo di sostituzione processuale. Essa si inserisce nel rapporto creditore-debitore ed è uno strumento che tutela la garanzia patrimoniale. Il creditore surrogante è legittimato ad agire per la tutela del diritto di credito che il suo debitore (c.d. debitore surrogato) vanta nei confronti di un proprio debitore (c.d. debitor debitoris) ma che intenzionalmente e, dunque, fraudolentemente omette di far valere per ledere la garanzia patrimoniale del creditore. *Altro esempio è l'azione revocatoria ex art. 2901 c.c.*

- Dal punto di vista del processo ciò fa sì che il **creditore surrogante** sia un **sostituto processuale** (non rappresentante), che fa valere in giudizio un diritto altrui nel proprio interesse, e che il **debitore surrogato** sia un **sostituito processuale**.
    - Il creditore surrogante compie gli atti processuali (capacità di stare in giudizio)
    - Il debitore surrogato (insieme al debtor debitoris) è **parte del processo**, in quanto subisce gli effetti della sentenza che scaturisce dall'azione del creditore surrogante
  - Il secondo comma dell'art. 2900 chiarisce che in questo processo il debitore surrogato non può mai rimanere estraneo; egli dovrà sempre essere chiamato in giudizio (principio del **litisconsorzio necessario**: se la decisione non può pronunciarsi che in confronto di più parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo). Tale principio trova la sua **ragione nell'esigenza di certezza**; se così non fosse, sia il debitore surrogato che il creditore surrogante potrebbero agire nei confronti del *debtor debitoris*, eventualmente davanti a **giudici diversi e con esiti differenti**.
- B. La rappresentanza processuale: l'art. 75 c.p.c. (capacità di stare in giudizio della parte) allude a quelle situazioni in cui un soggetto è **legalmente incapace di agire e dunque di stare in giudizio**; egli non potrà quindi porre in essere validamente atti giuridici, ad esempio a causa della minore età o della interdizione disposta dal giudice. La **capacità di agire** è infatti strettamente connessa alla **capacità processuale** (cioè la capacità di stare in giudizio, l'idoneità di un soggetto a compiere e ricevere gli atti processuali; agire in giudizio significa infatti compiere una serie di atti giuridici processuali, che si devono porre in essere validamente). Pertanto, se manca la capacità legale di agire, manca anche la capacità di stare in giudizio.
- **Chi è la parte nel processo?** La parte rimane il rappresentato perché il concetto di parte non è legato solo alla capacità di stare in giudizio ma anche, e soprattutto, agli **effetti della sentenza** (che si riversano necessariamente sul rappresentato). Dunque, è necessario distinguere:
    - La **capacità di stare in giudizio** (= compiere validamente gli atti del processo)
    - La capacità di **essere parte del processo** (= soggetto su cui gravano gli effetti della sentenza)

In base al **rappporto tra rappresentato e rappresentante** si possono distinguere alcune tipologie:

- a) Rappresentanza del soggetto legalmente incapace: poiché anche il soggetto legalmente incapace, in quanto **soggetto giuridico titolare di diritti e di obblighi**, può avere interesse a conseguire la tutela giurisdizionale dei propri diritti soggettivi o a difendersi da una domanda giudiziale proposta nei suoi confronti, la legge processuale – allo stesso modo della legge sostanziale – consente all'incapace di compiere validamente gli atti processuali **mediante l'ausilio del rappresentante legale** (come ad es. i genitori del minore o il tutore dell'interdetto) conseguendo in tal modo la tutela giurisdizionale necessaria.
- b) Rappresentanza organica della persona giuridica: per le persone giuridiche, la capacità di agire sul piano sostanziale e processuale mediante il proprio rappresentante legale costituisce una **caratteristica strutturale dell'ente**; non è cioè la conseguenza di una incapacità legale dell'ente, ma la conseguenza della natura giuridica (e non fisica) della persona-ente che è **destinata ad agire sempre e solo mediante l'organo a cui è attribuito il potere rappresentativo dalla legge o dallo statuto** (c.d. rappresentante organico).
- c) Rappresentanza volontaria: la rappresentanza processuale è di regola disposta per legge; tuttavia, è possibile che una persona fisica capace di agire o il rappresentante organico della persona giuridica **attribuiscano il potere di rappresentanza ad un terzo**. Di regola, la rappresentanza processuale volontaria non deve mai essere disgiunta dalla rappresentanza sostanziale volontaria: se una persona fisica o giuridica nomina un rappresentante volontario, gli deve dare il potere di **agire per proprio conto sia sul piano sostanziale che processuale** (non si ammette scissione). Non essendo fondata su una previsione di legge, è necessario un atto negoziale unilaterale da parte del rappresentato: la **procura** (è ammesso altresì il **mandato senza rappresentanza**, in tal caso però gli atti saranno posti in nome del mandatario).

d) **Rappresentanza tecnica:** si tratta del rapporto che deriva dal mandato che il cliente conferisce al **proprio avvocato**. Infatti, secondo l'ordinamento italiano, la parte non può stare in giudizio personalmente, anche se legalmente capace di agire; vi è l'obbligo di **assistenza tecnica di un difensore**, tranne in casi specifici ove si consente alla parte di difendersi da sola (di solito si tratta di controversie di modesto valore dinnanzi al giudice di pace o quelle in cui la parte è avvocato e dunque può rappresentarsi e difendersi da sola). L'avvocato **non è però un rappresentante legale o volontario della parte**, è semplicemente un supporto tecnico che consente alla parte di tradurre la sua volontà di agire in giudizio in atti processuali tecnici. La rappresentanza tecnica dell'avvocato presuppone infatti una **procura alle liti** che, diversamente da quella menzionata poc'anzi, non riguarda il compimento di atti negoziali di natura sostanziale ma ha **rilevanza puramente processuale**.

- **La legittimazione ad agire in senso attivo e in senso passivo:** la legittimazione ad agire consiste nell'allegazione della titolarità del diritto fatto valere; per individuare il diritto, soprattutto se si tratta di un diritto di credito, è indispensabile però che **si individui anche il soggetto passivo** del diritto fatto valere. Dunque, ci sarà una carenza della legittimazione ad agire sia se l'attore sbaglia a identificare il soggetto attivo del diritto sia se sbaglia a individuare il soggetto passivo, il che può accadere soprattutto in rapporti giuridici complessi. Tale scelta sbagliata ha conseguenze processuali anche serie sul **piano della competenza del giudice**. Infatti, la prima regola in base alla quale viene assegnato il giudice è quella sulla base della **circoscrizione in cui il convenuto ha la propria residenza o domicilio**; pertanto, se nella domanda viene individuato il convenuto sbagliato, non solo si avrà **difetto di legittimazione** della domanda ma questa sarà anche **inammissibile**, in quanto presentata a un giudice incompetente. La domanda, come primo atto di esercizio del diritto di azione, non è solo rappresentazione di una situazione di lesione di un diritto, ma anche richiesta di un provvedimento processuale: il processo.

### Gli elementi dell'azione (elementi oggettivi)

**Petitum (oggetto della domanda):** Il petitum riguarda ciò che è chiesto, l'oggetto della domanda. **L'art.163 c.p.c.** descrive il petitum come la “cosa” oggetto della domanda. L'espressione è così generica perché non c'è un termine che possa contenere tutto ciò che può essere richiesto con l'azione. Fin dall'origine si sono individuate due diverse prospettive di petitum, in base al destinatario della domanda e a cioè che con essa si vuole raggiungere:

- Petitum immediato (diretto):** Questa prima prospettiva è rivolta al **giudice**. L'oggetto della domanda è, innanzitutto, la richiesta al giudice di emanare una certa sentenza, come quella di condanna. Si tratta, quindi, dell'oggetto della domanda inteso come quello che immediatamente vuole l'attore al termine del processo, cioè il provvedimento (favorevole) del giudice.
  - Ciò che si chiede al giudice (dato formale, tipo di sentenza)*
  - Nel c.p.c. "conclusioni della domanda", in cui sono condensate le richieste di provvedimenti*
- Petitum mediato (indiretto):** La seconda prospettiva è rivolta al **convenuto**. Nei confronti del convenuto il petitum rileva in modo mediato ed è una **utilità materiale e sostanziale** (e.g. somma di denaro non pagata o restituzione del bene concesso alla scadenza); presuppone una sentenza di accoglimento della domanda.
  - Ciò che si chiede al convenuto (dato materiale, bene della vita)*
  - Nel c.p.c. "cosa oggetto della domanda", interesse materiale da perseguire con la sentenza*

### **Ruolo del petitum**

È importante individuare con precisione il petitum per due ragioni:

1. Solo il petitum permette di individuare la domanda e stabilire se chi ha allegato la titolarità di un diritto e la relativa lesione abbia davvero i requisiti dell'attore. L'oggetto della domanda è anche quello del processo, quindi è ciò su cui il convenuto può difendersi. **I limiti alla difesa del convenuto sono quindi tracciati dall'oggetto della domanda** e solo in ipotesi eccezionali esiste la possibilità di ampliarlo.

*Dunque, oggetto della domanda = oggetto del processo = oggetto della sentenza = oggetto del giudicato*

2. Il petitum è uno degli elementi che, nel nostro ordinamento, giustifica la possibilità di **cumulare una o più domande nello stesso processo**. Un'ipotesi in cui l'ordinamento ammette il cumulo di due o più domande è l'**identità del petitum** (ad esempio, se sono creditore del debitore principale e del suo fideiussore cambiano i debitori e i relativi titoli, ma di fatto hanno ad oggetto la stessa prestazione da uno dovuta e dall'altro garantita. Vi è una **connessione oggettiva di azioni** dato che hanno in comune l'elemento oggettivo che è il petitum).

*Dunque, identità del petitum = connessione oggettiva di azioni = possibilità di cumulare le domande*

**Causa petendi (elementi di fatto e di diritto che costituiscono le ragioni della domanda):** la causa petendi, altrimenti nota come **titolo**, costituisce il motivo della domanda e il **fondamento della pretesa sostanziale** dedotta in giudizio ai sensi dell'art. 163 c.p.c. La causa petendi è la **fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo**, composta da:

1. **Componente propriamente costitutiva**: ciò che ha fatto sorgere il diritto (es. contratto)
2. **Componente lesiva**: dimensione legata alla violazione del diritto fatto valere

#### **Ruolo della causa petendi**

Esiste una distinzione in **dottrina**, che la giurisprudenza per eccesso di formalismo sta cercando di abbandonare, tra i diritti soggettivi dedotti in giudizio in base alla **funzione della causa petendi**.

##### a) **Domande autodeterminate (diritti autodeterminati)**

Il titolo è irrilevante nell'identificazione del diritto, in quanto questo è **assoluto**; pertanto, se il titolo cambia, il diritto resta lo stesso (es. il diritto di proprietà è imprescrittibile e va sempre provato allo stesso modo, poiché si identifica sulla base della rapporto tra titolare e cosa; dunque, nel corso del processo, il titolare può ricredersi **mutando il fondamento** – passando ad esempio da un contratto traslativo a un usucapione – in quanto è possibile cambiare tale titolo senza problemi).

##### b) **Domande eterodeterminate (diritti eterodeterminati)**

Il titolo è fondamentale, poiché queste domande hanno ad oggetto **diritti relativi**. Se cambia il titolo, cambia per esempio il diritto di credito: i **crediti da contratto (art. 1218 c.c.) e da fatto illecito (art. 2043 c.c.) hanno effetti giuridici diversi**, in particolare riguardanti il termine di prescrizione, rispettivamente 10 anni e 5 anni, e l'onere della prova; quest'ultimo è **in capo al debitore** se vi è responsabilità contrattuale, essendo l'imputabilità presunta salvo impossibilità oggettiva, mentre la responsabilità extracontrattuale/aquiliana pone **in capo al danneggiato** l'onere di dimostrare i fatti costitutivi della fattispecie (condotta del danneggiante, imputabilità, nesso causale ed evento dannoso; la domanda sarà rigettata se non viene provato anche un solo fatto costitutivo). Per questi motivi, oltre che per ragioni di economia processuale, la **modifica del titolo è inammissibile**, perché mutandolo muta anche il diritto. In questi casi, si resta **vincolati alla domanda iniziale**.

Similmente a quanto affermato in relazione al *petitum*, è possibile il cumulo di azioni diverse nel medesimo processo per **identità della causa petendi**. È il caso, ad esempio, di un sinistro stradale che provoca danno a due soggetti diversi. Ci sono due diritti soggettivi diversi, uno per ogni pedone coinvolto, e il petitum è diverso, ma la **causa petendi è la stessa** perché i diritti al risarcimento del danno derivano dallo stesso evento; le domande si possono quindi cumulare.

Ci sono poi casi in cui **due azioni hanno in comune sia il petitum che la causa petendi**. Un'ipotesi è un sinistro stradale in cui il danneggiante era il conducente ma non anche il proprietario della macchina. Il danneggiato proporrà due domande cumulandole nello stesso procedimento nei confronti del danneggiante conducente e nei confronti del proprietario responsabile solidalmente per il risarcimento. Vi è quindi **identità del petitum** (perché essendo un'obbligazione solidale viene chiesta a entrambi la stessa cosa) e **della causa petendi** (perché entrambe le vicende sono state provocate dalla medesima condotta).

Ciò che è realmente identico è la **componente lesiva**, mentre quella costitutiva non è proprio la stessa:

## Diritto Processuale Civile I

- **Sinistro stradale** per il conducente
- Per il proprietario debitore solidale è la **relazione di proprietà** del bene

Tuttavia, questa differenza nella fattispecie costitutiva non rileva ma rileva l'identità della componente lesiva della fattispecie, che giustifica il cumulo.

## **Il processo ordinario di cognizione**

La disciplina del processo di cognizione ha subito recentemente una **riforma significativa** che ha riguardato sia il rito ordinario sia quello semplificato; si tratta del Decreto legislativo 149 del 2022 che, per quanto riguarda il processo di cognizione, è entrato in vigore il 1° marzo 2023. Per lungo tempo vi è stata l'impostazione secondo cui il processo ordinario di cognizione era il modello teorico e pratico della tutela giurisdizionale cognitoria. Con la riforma, la centralità del procedimento ordinario sembra essere venuta meno sul piano pratico, in quanto è andata ad aumentare l'applicazione del rito semplificato. Ad oggi, il ricorso a quest'ultimo è **obbligatorio quando la causa sia semplice dal punto di vista istruttorio**; inoltre, è reso facoltativo anche nei casi in cui la causa, pur non essendo semplice sul piano istruttorio, possa essere proposta davanti al **tribunale monocratico**.

### **Domanda giudiziale nel processo ordinario**

La domanda giudiziale è la principale facoltà mediante la quale si esercita il diritto di agire in giudizio; tuttavia, tutti gli atti processuali posti in essere dalla parte sono espressione di tale diritto, incluso il **potere di impugnazione**.

### **Contenuto della domanda giudiziale**

Nel processo ordinario di cognizione la domanda si propone con **citazione a comparire a udienza fissa** (art. 163, comma 1, c.p.c.). Il contenuto della domanda giudiziale ha la forma dell'**atto di citazione**, forma processuale della domanda giudiziale prescritta nel rito ordinario; nel rito semplificato, invece, la domanda giudiziale ha la forma del **ricorso**.

Quando la domanda giudiziale ha la forma dell'atto di citazione, essa si propone normalmente con il compimento di un atto processuale che prende il nome di **notificazione dell'atto di citazione**: si tratta dell'atto processuale con cui l'attore comunica l'atto contenente la domanda giudiziale **al soggetto che ne è il destinatario**, in base alla prospettazione del rapporto giuridico sostanziale svolta nella domanda stessa. Quando la domanda giudiziale si propone nella forma della citazione, il contenuto minimo formale dell'atto di citazione viene stabilito dall'Art 163 c.p.c.

È dunque necessario seguire il modello delineato dal legislatore nel II libro (artt. 163 ss. c.p.c.)

- **Fase introduttiva o preparatoria:** instaurazione del rapporto processuale
- **Fase di trattazione della causa:** approfondimento su iniziativa di parte o del giudice delle varie istanze proposte all'inizio del processo (iniziando da quelle dell'attore)
  - **Istruzione probatoria:** meramente eventuale, ma frequentissima → serve ad acquisire le **prove c.d. costituende**, che si possono costituire soltanto in giudizio (es. testimonianza); talvolta sono sufficienti **prove documentali (o preconstituite)**, che vengono acquisite mediante **produzione in giudizio**
- **Fase decisoria:** caratterizzata dall'attività di parte conclusiva (si tirano le fila) e soprattutto da quella del giudice, che deve pronunciarsi nei termini fissati dalla legge
  - Per le parti, **termini perentori**: se non è rispettato, interviene la decadenza
  - Per il giudice, **termini ordinatori**: la sentenza dovrebbe essere pronunciata entro 30 o 60 gg; tuttavia, in numerosi tribunali è necessario attendere anche 6 mesi e ciò non inficia la validità della sentenza

Una precisazione:

- **Azione:** diritto/onere di agire in giudizio
- **Domanda giudiziale:** atto processuale con cui si esercita l'azione e si instaura il processo
- **Atto di citazione:** forma che la domanda giudiziale deve assumere quando è proposta per instaurare un processo ordinario di cognizione

In base agli elementi indicati nel comma 3 di tale disposizione si possono distinguere due contenuti essenziali della citazione, corrispondenti alle **due funzioni che la citazione deve assolvere**. Questi elementi concorrono sostanzial-

mente a soddisfare le finalità che riflettono i due destinatari della domanda giudiziale: la **controparte** (il convenuto, che l'attore accusa di aver provocato una lesione alla propria sfera giuridica) e il **giudice adito**. Le parti sono:

- 1) **Chiamata in giudizio del convenuto (*vocatio in ius*)**, volta all'instaurazione del contraddittorio e del rapporto processuale con il convenuto. Per quel che riguarda gli elementi che compongono la vocatio in ius, sono individuati

a. **3 numeri del comma 3, Art. 163 c.p.c.**

- N.1 ***Ufficio giudiziario adito*** => stabilisce che l'atto debba indicare l'ufficio giudiziario adito; l'attore deve infatti identificare il giudice a cui rivolgere la domanda di tutela giurisdizionale, in coerenza con quanto stabilito dalla legge. La legge processuale prevede dei criteri (**giurisdizione e competenza**) per individuare il giudice, che viene dunque considerato **naturale e precostituito**. Di conseguenza, se l'attore dovesse indicare un giudice non competente o non avente giurisdizione, la sua domanda sarebbe inammissibile (come se non fosse legittimato o interessato ad agire).
- N.2 ***Indicazione delle generalità delle parti*** => legittimazione ad agire in via ordinaria o straordinaria. Per essere legittimati ad agire non è sufficiente l'interesse ad agire, ma si deve indicare anche la controparte. Di regola le parti coincidono con l'attore e il convenuto, ma ci sono i casi di:
  - **Rappresentanza processuale**: il rappresentante non è parte processuale, resta il rappresentato;
  - **Sostituzione processuale**: nella seconda il concetto di "parte" include sia sostituto che sostituito;
  - **Pluralità di soggetti**: ci possono essere situazioni in cui chi agisce in giudizio (oppure chi è convenuto) sia contitolare di un diritto soggettivo assieme ad altri soggetti (es: quando l'azione di rivendica è fatta valere dai comproprietari di un bene comune). Nei casi di **litisconsortio necessario** si evidenzia il fatto che la parte processuale sia un centro di imputazione di interessi economici che possono essere imputato ad una sola persona fisica o giuridica ovvero ad una pluralità di soggetti. L'attore identifica le parti attraverso la legittimazione ad agire che rileva sia sul piano attivo che passivo.
- N.7 Contiene al suo interno 3 indicazioni (più alcune "superflue" novità):
  - L'atto di citazione deve indicare la ***data della prima udienza di comparizione delle parti***, che è stabilita autonomamente dalla **parte che agisce in giudizio** (attore). Autonomamente non significa arbitrariamente, può deciderla da sola ma nel rispetto di regole fissate dalla legge. La riforma del 2022 ha reintrodotto la regola, abrogata nel 2005, che prevedeva che nel processo ordinario di cognizione le parti dovessero **comparire personalmente in udienza**, poiché fino a quel momento il giudice era tenuto, alla prima udienza, a fare un **tentativo di conciliazione**. Dunque, quando la domanda giudiziale è proposta nelle forme dell'atto di citazione, sono solo le parti a sapere della pendenza del processo; fino a quel momento il giudice non sa che c'è una causa pendente che sarà a lui assegnata. **Solo in seguito il rapporto diventerà trilaterale**, siccome l'attore dovrà portare il giudice a conoscenza della domanda giudiziale di cui il convenuto era già a conoscenza (retaggio storico del processo ordinario di cognizione nel codice previgente).
  - ***L'invito al convenuto, da parte dell'attore, a costituirsi in giudizio almeno 70 gg prima dell'udienza ex art. 166 c.p.c. e a comparire alla prima udienza.***
    - ❖ "**Costituirsi in giudizio**" significa rendere noto al giudice che si è diventati parte di quel processo e spesso ciò avviene depositando un fascicolo di parte, contenente il proprio atto processuale (es: atto di citazione notificato), nella cancelleria del giudice adito.
    - ❖ "**Comparire in udienza**" è invece l'atto di presenziare fisicamente all'udienza, se con la riforma del 2022 le parti devono presenziare personalmente alla prima udienza, in quelle successive non devono più presenziare personalmente ma bensì attraverso il loro avvocato. È un atto processuale che serve alla piena realizzazione del contraddittorio.
  - Oltre che un invito, l'attore deve anche ***avvertirlo che se non si costituisce in giudizio tempestivamente, ovvero almeno 70 gg prima, incorre in alcune decadenze***

- ❖ **Art. 38 c.p.c.** => fa riferimento alla **eccezione di “Incompetenza”**: se il convenuto ritiene che l'attore si sia rivolto ad un giudice incompetente per la causa, deve costituirsi in giudizio almeno 70 gg prima dell'udienza facendo valere, tra le altre sue difese, l'eccezione di incompetenza. Ci sono delle materie per cui le parti possono accordarsi per derogare la competenza per territorio indicata dalla legge (*es. si stabilisce che per tutte le competenze derivanti dall'applicazione di un contratto sarà competente il tribunale di Milano*).
- ❖ **Art. 167 c.p.c.** => fa riferimento ad altri elementi che sono: **eccezioni in senso stretto**, domande riconvenzionali e richiesta di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo.

- Con l'entrata in vigore della Riforma del 2022 sono stati aggiunti altri due **avvertimenti**:
  - a) L'attore che promuove un procedimento ordinario di cognizione deve avvertire il convenuto che **la difesa tecnica mediante avvocato è obbligatoria** in tutti i giudizi davanti al tribunale (eccetto quelli indicati da alcune norme del codice: casi in cui la parte è a sua volta avvocato e altri casi in cui la parte può stare in giudizio personalmente ma davanti al giudice di pace).
  - b) Possibilità della parte di **richiedere l'ammissione al gratuito patrocinio** proprio perché l'assistenza è obbligatoria. La legge prevede l'istituto del patrocinio a spese dello stato. La legge lo sottopone ad alcuni requisiti di reddito. È espressione dell'art. 24, comma 4 Cost. N.B. *È ammesso ricorrere a un avvocato di fiducia in regime di gratuito patrocinio*
- b. **Art. 163-bis** => prevede il ***termine minimo a comparire***. Si tratta di un termine che l'attore deve rispettare nel proporre la domanda giudiziale. Deve assicurare che **il tempo che passa tra il momento in cui propone la domanda giudiziale** (notifica dell'atto di citazione al convenuto) e **il momento in cui si svolge l'udienza di comparizione** (da lui stesso ha stabilito nell'atto di citazione) non sia inferiore a **120 o 150 gg** a seconda che il convenuto sia residente in Italia o all'estero. Si tratta del tempo necessario al convenuto per preparare la propria difesa. In realtà però sono **50 (o 80) i giorni che il convenuto ha effettivamente per costituirsi in giudizio**; in questo termine contenuto il convenuto "si prepara", in quanto studia la domanda dell'attore e predispone le proprie difese. Importante: il termine di notificazione dell'atto di citazione coincide con il momento in cui il convenuto riceve l'atto notificato.

2) **Determinazione dell'oggetto dell'istanza di tutela giurisdizionale (*editio actionis*)**, che assicura l'identificazione della tutela giurisdizionale richiesta. I suoi elementi sono indicati dai numeri 3 e 4 del comma 3 dell'Art 163 c.p.c.:

- a. **N.3** => definisce la **cosa oggetto della domanda**, ovvero il ***petitum***. È ciò che viene chiesto con la domanda giudiziale e si individua anche grazie ai destinatari della domanda; infatti, il rapporto processuale è un **rapporto trilaterale**, non vi è un solo destinatario della domanda giudiziale. Oltre ad attore e convenuto c'è il giudice, la domanda giudiziale si rivolge sia al convenuto che al giudice e a tal proposito si distinguono:
  1. ***Petitum immediato***: **provvedimento giurisdizionale** che l'attore richiede al **giudice**, primo destinatario della domanda giudiziale, esplicitato nelle conclusioni dell'atto di citazione.
  2. ***Petitum mediato***: **utilità sostanziale** (c.d. bene della vita) che l'attore si aspetta di conseguire mediante l'osservanza della decisione del giudice da parte del **convenuto**.

Nessuno di questi due elementi deve mancare; l'attore dovrà necessariamente farsi carico di **definire la prestazione che il convenuto deve eseguire**. N.B. La distinzione tra i due ben si applica alla tutela condannatoria, in quella di mero accertamento e costitutiva i due elementi vanno intesi in maniera diversa.

- b. **N.4** => definisce il **titolo della domanda**, la ***causa petendi***, l'insieme degli elementi di fatto e di diritto che costituiscono le ragioni della domanda. Indica le ragioni per cui si chiede un certo tipo di tutela giurisdizionale (un certo *petitum*). Infatti, se l'attore vuole che la sua domanda **sia anche accolta nel merito** (rif. fondatezza), non basta indicare la cosa oggetto della domanda, deve dire e provare quale è la ragione della domanda. In

cio l'attore non fa qualcosa di diverso rispetto dal giudice; egli **costruisce sotto forma di istanza una potenziale sentenza**, inquadrando il fatto e dandone dimostrazione attraverso le prove e una qualificazione giuridica.

Le parti, tuttavia, non devono provare quale è la legge applicabile. Il principio ***iura novit curia*** (art. 113, co. 1, c.p.c.) stabilisce che **il giudice qualifica autonomamente il fatto dal punto di vista del diritto**; il giudice è vincolato solo alla ricostruzione fattuale alla luce delle prove fornite dalle parti (metodo dispositivo), mentre la qualificazione giuridica del fatto che la parti danno non è per lui vincolante, ma una mera proposta.

La riforma del 2022 stabilisce che gli **elementi di fatto e di diritto** che costituiscono le ragioni della domanda vanno **indicati in modo chiaro e specifico**. Tale indicazione è importante in quanto la mancanza o l'incertezza di una di queste indicazioni comporta la **nullità dell'atto di citazione**. Ci sono alcune situazioni giuridiche soggettive in cui il ruolo del titolo è meno forte che in altre, è necessario a tal proposito distinguere:

- A. ***Diritti soggettivi autodeterminati*** (rif. domande autodeterminate) che sono i diritti assoluti => la causa petendi non costituisce elemento essenziale per identificare il diritto soggettivo; anche se il titolo cambia il diritto resta sempre lo stesso. *Es: se a fondamento del diritto di proprietà c'è l'usucapione o un contratto traslativo, non cambiano le caratteristiche del diritto che resta imprescrittibile.* Tali diritti si individuano non sulla base del loro titolo, bensì della **relazione tra titolare e la cosa** o il bene oggetto della proprietà.
- B. ***Diritti soggettivi eterodeterminate*** (rif. domande eterodeterminate) che sono i diritti relativi => la causa petendi costituisce **elemento essenziale** per l'identificazione del diritto soggettivo. *Es: al mutare della causa petendi, cambia il diritto di credito fatto valere (rif. termini di prescrizione e onere della prova).*

Questa distinzione è utile durante il processo, in quanto le parti hanno il **potere di modificare la domanda entro certi termini**. La distinzione consente di capire quando se la si possa modificare senza incorrere nella sanzione di **inammissibilità**. Se l'oggetto è un diritto autodeterminato si può modificare il **titolo** della domanda, se invece l'oggetto è un diritto eterodeterminato non si può modificare il **titolo** della domanda.

#### Gli altri elementi della citazione (art. 163, comma 3, c.p.c.)

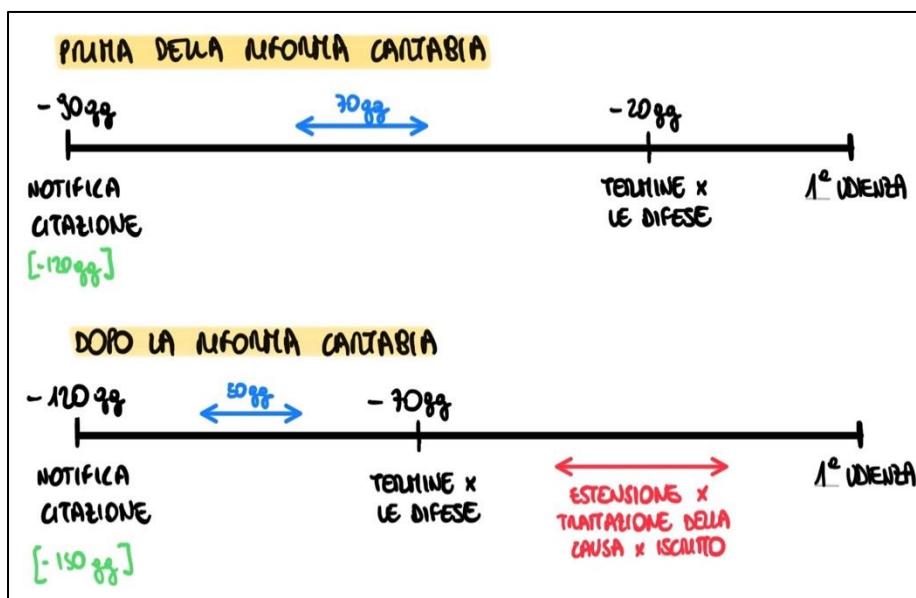
- a) **n. 3-bis: le condizioni di procedibilità** (d.lgs. n.149/2022). L'atto di citazione, dal marzo 2023, deve contenere l'indicazione che l'attore, nei casi in cui la domanda giudiziale è soggetta a una **condizione di procedibilità**, abbia assolto agli oneri previsti per il suo superamento. La principale condizione di procedibilità della domanda giudiziale è quella relativa all'**esperimento del tentativo di mediazione o di negoziazione assistita** da uno o più avvocati, nei casi in cui la legge impone tale tentativo come obbligatorio prima di proporre la domanda giudiziale. Se l'attore non assolve tale onere, il giudice, dopo aver accertato il mancato esperimento del tentativo, deve sospendere il processo e invitare le parti a compiere il tentativo nelle forme previste dalla legge. Il processo prosegue solo se il tentativo non ha avuto un esito positivo, altrimenti verrà **estinto**.
- b) **n. 5: l'indicazione dei mezzi di prova di cui l'attore intende avvalersi.** L'indicazione dei mezzi di prova è requisito essenziale della citazione alla luce, anzitutto, del **principio dispositivo in senso processuale** (art 115, comma 1, c.p.c) secondo cui, in particolare, il giudice pone a fondamento della sua decisione soltanto i fatti che ritiene dimostrati in base alle prove fornite dalle parti. Le prove possono essere distinte in:
  1. **Prove costituende:** non sono di natura documentale e **si formano nel processo**, attraverso l'attività giurisdizionale. Esse sono il risultato di un'istanza che la parte propone al giudice per l'acquisizione della relativa prova. L'esempio tradizionale di prova costituenda è la **prova testimoniale**.
  2. **Prove precostituite:** si tratta dei **documenti** che l'attore offre in comunicazione. Sono la prova più importante nel processo civile, non c'è causa civile nella quale le parti non producono alcun documento. Le prove precostituite sono così definite perché si formano **prima ed indipendentemente dal processo**.

Diversamente dagli elementi menzionati sinora, se manca quello indicato dal n. 5 **non c'è nullità dell'atto di citazione** in quanto la disciplina del processo ordinario di cognizione prevede che le parti possano formulare istanze istruttorie e produrre documenti **anche dopo l'introduzione del processo**.

c) **n. 6: l'indicazione del nome del procuratore e la indicazione della procura.** L'indicazione del rappresentante tecnico della parte nel processo è necessaria in quanto la legge processuale non ammette, di regola, che la parte possa rappresentarsi personalmente in giudizio. Per poter compiere atti processuali nell'interesse della parte, il difensore deve essere munito di una **procura alle liti** che non gli conferisce il potere di rappresentanza processuale ma bensì quello di compiere gli atti tecnici nell'interesse della parte. Se si ha una società, si ha un duplice fenomeno di rappresentanza: la **rappresentanza processuale** (perché la società fa causa attraverso il legale rappresentante, di regola è il presidente del CdA) che poi conferisce il **mandato**, cioè la procura alle liti, all'avvocato della società che interviene solo per tradurre la volontà di agire in giudizio in atti tecnici. La mancata indicazione del procuratore nell'atto di citazione e della procura alle liti (atto separato che viene attaccato insieme all'atto di citazione) **non comporta la nullità** perché la legge consente all'attore di indicare la procura anche dopo la proposizione della domanda, fino al momento in cui l'attore si costituisce in giudizio (momento successivo alla notifica). La procura deve essere **anteriore al rilascio della notificazione**.

Si possono verificare due situazioni alternative:

- ⇒ Viene conferita la **procura alle liti all'avvocato**, grazie a tale procura **si produce l'atto di citazione** e lo si **notifica** al convenuto. Come ultima pagina del fascicolo che va depositato in cancelleria si deposita anche la procura alle liti, con cui si attesta la presenza del rappresentante tecnico.
- ⇒ Può accadere anche che la procura alle liti **non venga allegata nel fascicolo depositato** in cancelleria al momento della notifica dell'atto di citazione al convenuto, ma lo si faccia in un momento successivo. Questo non significa che la procura non sia stata data all'avvocato, anzi di regola ciò è avvenuto e in particolare antecedentemente la notifica; semplicemente, **la si allega in un momento successivo**.



La riforma Cartabia ha esteso il termine minimo a comparire e il lasso di tempo che intercorre tra il termine di decadenza per la presentazione delle difese e la data della 1<sup>a</sup> udienza.

L'estensione di tale periodo, da 20 a 70 giorni, si spiega per l'importanza ora attribuita alla fase introduttiva. In tale fase le parti **devono fare per iscritto la trattazione della causa** attraverso memorie scritte (tre per parte). Alla prima udienza, il giudice conosce già gli **atti introduttivi** del giudizio e le **memorie di trattazione del processo**.

### Gli atti processuali e la loro nullità

La disciplina degli atti processuali è costruita sul presupposto che **gli effetti di ciascun atto siano predeterminati dalla legge** (in quanto sono coinvolti nell'esercizio di una funzione pubblica, la giurisdizione) e non dalla volontà delle parti come accade, invece, per gli atti negoziali. Questa caratteristica deriva, in particolare, dalla **natura procedimentale del processo**, in forza della quale ciascun atto processuale può dirsi funzionale allo sviluppo del procedimento fino alla

pronuncia della sentenza definitiva che ne è l'epilogo naturale. Ogni atto processuale è, dunque, destinato a produrre i soli effetti che pongono le condizioni per il **compimento dell'atto processuale successivo**, dipendente da quello temporalmente e logicamente precedente. Ne consegue che l'invalidità di un atto processuale tende a propagarsi lungo tutta la serie di atti che componete il processo, investendo in particolare tutti gli atti dipendenti da quello nullo fino alla sentenza che è l'atto conclusivo dell'intero procedimento e che, pertanto, può risultare nullo, oltre che per la mancanza di un proprio elemento essenziale (**nullità propria della sentenza**), anche per la carenza di un elemento essenziale in un atto processuale precedente (**nullità derivata della sentenza**).

- ⇒ **Art 156 c.p.c. [rilevanza della nullità]** => l'atto processuale è nullo nei casi espressamente previsti dalla legge e, nel silenzio della legge sul punto, ogni qualvolta l'atto sia comunque privo di un elemento essenziale per il raggiungimento del suo scopo. Da esso si ricava una stretta relazione tra i requisiti formali dell'atto e la sua validità (idoneità a produrre gli effetti giuridici previsti dalla legge), se manca uno di quei requisiti essenziali, l'atto è nullo. Il comma 3 dell'art. 156 c.p.c. aggiunge, infine, **che la nullità non può comunque essere dichiarata** dal giudice quando l'atto, malgrado la mancanza del suo elemento essenziale (previsto o meno dalla legge), ha raggiunto lo scopo a cui è destinato (stabilito dalla legge stessa); si tratta del **principio del raggiungimento dello scopo dell'atto**.

In definitiva, la nullità dell'atto processuale può essere definita come la sanzione contro l'inutilità funzionale dell'atto: l'atto processuale è infatti inidoneo a produrre gli effetti predeterminati dalla legge ogni qualvolta, a causa di una sua carenza formale, non sia in grado di svolgere la propria funzione o di raggiungere il suo scopo specifico. È questa un'ulteriore previsione che trova la sua giustificazione nel principio di **efficienza economica** del processo.

- ⇒ **Art. 164 c.p.c. [nullità della citazione]** => la **nullità dell'atto di citazione** deriva dalla carenza di un elemento essenziale della citazione, sia che tale carenza riguardi la parte del suo contenuto che determina la chiamata in causa del convenuto (*vocatio in ius*), sia quella che determina l'oggetto della domanda (*editio actionis*).

a. Carenza di uno degli elementi utili alla citazione del convenuto: (n. 1,2,7, art. 163 comma 3 e art. 163-bis)

- a) **Il convenuto si costituisce:** nel caso in cui l'atto di citazione manca di uno degli elementi essenziali alla costituzione in giudizio del convenuto ma il convenuto decide ugualmente di costituirsi in giudizio, la nullità dell'atto di citazione viene **sanata automaticamente, con efficacia retroattiva, dal comportamento del convenuto**, in forza del corollario stabilito dall'**art. 156, comma 3** (principio del raggiungimento dello scopo dell'atto); nonostante il vizio formale, l'atto di citazione ha raggiunto il suo scopo, quello di consentire la costituzione in giudizio del convenuto, pertanto **la nullità non può essere dichiarata**. Il giudice, constatata la costituzione in giudizio del convenuto, non dichiarerà né la nullità dell'atto di citazione, né disporrà le integrazioni necessarie per sanare l'atto di citazione stesso.

- b) **Il convenuto non si costituisce:** in questo caso **non si ha sanatoria automatica** in quanto l'atto non ha raggiunto il suo scopo. La legge pone la **presunzione assoluta** che il convenuto non si sia costituito in giudizio in forza di quel vizio formale, volto all'istaurazione del contraddittorio. Pertanto, come stabilito dall'art. 164 l'atto di citazione è nullo; tale nullità non è sanabile automaticamente ma **solo attraverso un'attività correttiva ad opera dell'attore**. Dunque, il giudice deve **(1) accertare la nullità dell'atto di citazione, o pronunciandosi sull'eccezione di nullità dell'atto di citazione presentata dal convenuto nel corso del processo (quando si è costituito tardivamente) o d'ufficio** (senza che nessuno gli faccia notare la carenza dell'atto) e **(2) assegna all'attore un termine perentorio per la rinnovazione della citazione**.

Quest'ultimo infatti deve correggere e rinotificare l'atto di citazione al convenuto entro il termine stabilito. Il giudice deve anche **differire la data della prima udienza**. Nel caso in cui il vizio della citazione consista nella mancata indicazione della data dell'udienza ex art. 163, comma 3, n. 7, c.p.c. il giudice **fissa senz'altro per la prima volta la data dell'udienza**. Il giudice, oltre ad accettare la nullità della citazione a causa della mancanza di un elemento formale per la chiamata in giudizio del convenuto, deve anche verificare che la citazione sia stata **notificata regolarmente anche se nulla**, ovvero sia giunta a conoscibilità del convenuto. Solo in questo modo infatti si può dire che la mancata costituzione del

convenuto è stata causata dal difetto della citazione. L'art. 164 si applica solo se il convenuto ha avuto la possibilità di costituirsi in quanto ha ricevuto l'atto di citazione ma poi, a causa del vizio di citazione, ha deciso di non costituirsi; dunque, il giudice per dichiarare nullità ed assegnare il termine deve stabilire che **il convenuto è stato contumace**. Il vizio della nullità è rilevabile in ogni stato del processo.

Se l'attore **rinnova tempestivamente** l'atto di citazione, gli effetti della sanatoria della nullità sono **retroattivi**, ovvero viene sanato sin dal momento in cui l'atto di citazione nullo è stato originariamente notificato. Ciò è importante, si pensi all'ipotesi in cui la nullità della citazione è accertata in appello o in cassazione, possono essere, cioè, passati molti anni da quando è stata notificata, dopo anni i suoi effetti retroagiscono ad anni prima. Tra i principali effetti vi è la **sospensione del termine di prescrizione**: dopo che è stata proposta la domanda, il termine non solo si interrompe ma si sospende fino a che non venga pronunciata una sentenza favorevole all'attore.

**b. Carenza di uno degli elementi che individuano l'oggetto della domanda:** (n. 3,4, art. 163, comma 3)

- a) **Il convenuto si costituisce:** la legge non prevede la sanatoria automatica in quanto non è possibile applicare il principio del raggiungimento dello scopo (art. 156) dato che questa parte ha come finalità quella di chiarire al convenuto e al giudice la **richiesta dell'attore ed i motivi sotesti**. Dunque, il fatto che il convenuto si costituisca o meno è irrilevante. Pertanto, in questo caso, ai fini della sanatoria della nullità della citazione, la legge richiede che vi sia un accertamento, anche d'ufficio, della nullità della citazione e definizione del termine perentorio per la integrazione della citazione (N.B. il codice non parla più della rinnovazione della citazione). La sanatoria **non consiste in una nuova notificazione** al convenuto dell'atto di citazione corretto ma consiste nel **deposito di una memoria in cui l'attore precisa la cosa oggetto della domanda o gli elementi di fatto o di diritto che ne costituiscono le regioni**.
- b) **Il convenuto non si costituisce:** il giudice accerta, anche d'ufficio, la **nullità della citazione e la regolarità della notifica**, come presupposto per assegnare un termine perentorio di rinnovazione della citazione. In questo caso serve **rinotificare al convenuto la citazione corretta**, così che ne venga a conoscenza.

Sia quando il convenuto si è costituito sia quando non si è costituito, **la sanatoria della nullità, quando il vizio riguarda l'oggetto della domanda, è irretroattiva**; gli effetti non si producono *ex tunc* (fin dal momento della notifica della citazione nulla) ma bensì *ex nunc*, ovvero dal momento dell'integrazione o rinnovazione. Il periodo di tempo che intercorre tra la notifica della citazione nulla e dell'attività correttiva è un periodo rischioso per l'attore in quanto **in quel periodo gli effetti della domanda giudiziale non si producono**. La ragione di questa differenza risiede nel fatto che il vizio della citazione riguarda il diritto fatto valere, la cosa oggetto della domanda e la causa petendi, che sono gli elementi che servono a descrivere il rapporto giuridico dedotto in giudizio. Quando la domanda giudiziale non descrive quale è il diritto fatto valere, **non si possono produrre effetti sostanziali**, che si produrranno soltanto quando sarà esplicitata la causa petendi o il diritto fatto valere. La legge processuale non assicura questo trattamento alla nullità di qualunque atto processuale, **sono molti pochi gli atti ai quali è dedicato questo meccanismo di sanatoria** della nullità (che produce un allungamento dei tempi processuali). Lo prevede per la citazione in quanto è un atto importante.

### Gli effetti della domanda giudiziale

Possiamo distinguere due diversi tipi di effetti che la legge riconduce alla domanda giudiziale:

**1. Effetti processuali:** relativi al rapporto processuale, **dipendono dalla notifica dell'atto di citazione**:

- a. **Litigiosità:** la proposizione della domanda segna la **pendenza della lite** e quindi **l'inizio del processo**. (N.B. nel codice può anche avere un altro significato → stessa causa pendente davanti a due uffici).

b. **Irinunciabilità della domanda giudiziale senza il consenso del convenuto costituito** (che si sia difeso nel merito). L'art. 306 c.p.c. stabilisce che una volta che l'attore abbia notificato l'atto di citazione non può più tornare indietro, a meno che il convenuto non sia d'accordo. Questo facoltà è definita dall'art. 306 come "**rinuncia agli atti in giudizio**", che configura una delle **cause di estinzione del processo**. Al fine di permettere il funzionamento della rinuncia devono verificarsi due condizioni:

- ❖ Il **convenuto deve essersi costituito**, altrimenti l'attore può rinunciare unilateralmente.
- ❖ La giurisprudenza della **Cassazione** ha chiarito che vi sono dei casi in cui l'accettazione del convenuto non è necessaria anche se questi si è costituito; si tratta dei **casi in cui il convenuto si è costituito, ma per difendersi soltanto in rito e non nel merito**; in altre parole, ha solo eccepito l'inammissibilità della domanda senza eccepirne l'infondatezza.

La rinuncia alla domanda va tenuta ben distinta dalla rinuncia all'azione o al diritto soggettivo fatto valere. Nel primo caso, se le condizioni del diritto civile sostanziale lo consentono, la **domanda può essere riproposta**. La **rinuncia all'azione** implica invece l'impossibilità per l'attore di riproporre un'altra domanda giudiziale avente ad oggetto il medesimo diritto fatto valere nonché il medesimo convenuto come destinatario; l'art. 310 c.p.c. chiarisce che la rinuncia alla domanda, salvo patto contrario, non produce tali effetti. Infine, la **rinuncia al diritto soggettivo** ha natura ancora diversa, in quanto avente **effetti sostanziali oltre che giurisdizionali**.

c. **Perpetuatio iurisdictionis ac competentiae (art. 5 c.p.c.)**: irrilevanza dei **mutamenti della situazione di fatto esistente e della legge processuale** vigente al momento della proposizione della domanda ai fini della **determinazione della giurisdizione e della competenza**. A titolo esemplificativo, il mutamento di residenza del convenuto o una riforma della legge processuale che modifichi i criteri di competenza territoriale non intaccano la competenza del giudice dinanzi al quale ha preso il via il processo. In materia processuale vale infatti, in genere, la regola per cui **le modifiche alla legge processuale si applicano ai soli processi pendenti (tempus regit actum)**, salvo che la legge di riforma stabilisca diversamente.

La giurisprudenza ha altresì affrontato il caso opposto, ovverosia quello in cui un mutamento della situazione di fatto o della legge processuale **renderebbe competente il giudice incompetente** dinanzi a cui sia stata proposta la domanda giudiziale. Le Sezioni Unite propendono per un'**interpretazione analogica** dell'art. 5 c.p.c., sancendo così il **permanere dell'incompetenza originaria** anche a fronte dei menzionati mutamenti.

2. **Effetti sostanziali**: relativi al rapporto sostanziale dedotto in giudizio. Sono legati a un'esigenza di evitare che il processo, che ha una sua naturale fisiologica durata, si ritorca contro quella parte che ha dovuto ricorrere al processo per riconoscersi titolare del diritto fatto valere. Distinguiamo:

a) **Effetti sostanziali dipendenti dalla mera proposizione della domanda**

- ❖ **Interruzione della prescrizione del diritto fatto valere (art. 2943 c.c.)**: mediante la proposizione della domanda giudiziale, si interrompe il termine di prescrizione del diritto soggettivo fatto valere. L'interruzione della prescrizione implica che il termine prescrizionale **riprenda a decorrere dall'inizio**; di conseguenza, la durata del processo è di regola idonea di per sé a **erodere il termine prescrizionale**.

b) **Effetti sostanziali dipendenti dall'accoglimento della domanda**: non si producono per il semplice fatto che l'attore abbia deciso di agire in giudizio, ma dipendono dall'esito (favorevole) del processo. Solo se la sentenza accoglie la domanda attorea, essa risulta idonea a produrre ulteriori effetti sostanziali.

- ❖ **Sospensione del termine di prescrizione del diritto fatto valere (art. 2945 c.c.)**: in caso di accoglimento della domanda, il termine prescrizionale non solo si interrompe con la proposizione della stessa ma **rimane altresì sospeso fino alla sentenza**. È un effetto che **opera retroattivamente**: dipende dall'accoglimento della domanda, un evento futuro e incerto, ma retroagisce al momento in cui la domanda è stata proposta. Solo quando il processo si è chiuso l'attore può effettivamente sapere se il termine di prescrizione del suo diritto non solo si è interrotto, ma si è anche sospeso; in tal caso,

riprende a decorrere solo dopo la sentenza che definisce il giudizio. Si tratta di un **effetto premiale** che la legge attribuisce all'attore vittorioso, al fine di sollevarlo dai rischi connessi alla **durata del processo**.

- ❖ **Restituzione dei frutti della cosa contesa maturati dopo la proposizione della domanda da parte del possessore di buona fede (art. 1148 c.c.)**: in via generale, il Codice civile stabilisce che il possessore di un bene è tenuto a restituire i frutti della cosa posseduta indebitamente solo in caso di possesso di **mala fede** (consapevolezza dell'altruistità della cosa). Quando il possessore è in buona fede, è tenuto a restituire la cosa ma non i frutti maturati, che può quindi legittimamente trattenere. Vi è però un'eccezione per il caso in cui **l'obbligo restitutorio sia il risultato di una condanna giudiziale**; in questo caso, infatti, la norma prevede che anche colui che è stato possessore del bene debba sempre restituire i frutti civili e naturali maturati durante il giudizio. Si tratta anche in questo caso di un effetto premiale.
- ❖ **Percezione degli interessi maturati anche sugli interessi dovuti (art. 1283 c.c.)**: la norma pone, in via generale, il **divieto dell'anatocismo**, cioè la prassi di calcolare e quindi pretendere in pagamento gli interessi sugli interessi. La norma consente che il capitale possa maturare interessi al tasso pattuito o legale fissato dall'art. 1284, ma **preclude la possibilità che sugli interessi maturati dal capitale e scaduti si possa generare un'altra obbligazione a titolo di interessi**. Lo stesso articolo, tuttavia, stabilisce che se la richiesta del pagamento del capitale e degli interessi è fatta in una **domanda giudiziale (condannatoria)** e la domanda è accolta, il debitore deve pagare non solo il capitale e gli interessi maturati sul capitale dopo che è scaduta la relativa obbligazione, ma anche gli **ulteriori interessi maturati sulla somma di capitale e interessi scaduti** al partire dalla proposizione della domanda.

### La costituzione in giudizio e l'instaurazione del contraddittorio

#### A) Prima della riforma del 2022:

- a. Costituzione in giudizio dell'attore: entro 10 gg. dalla notificazione dell'atto di citazione
- b. Costituzione in giudizio del convenuto: entro 20 gg. prima della data dell'udienza fissata dall'attore poiché si reputava un tempo ragionevole per far arrivare il giudice preparato all'udienza (cosa che avveniva raramente poiché il giudice era sempre oberato di lavoro).
- c. Termine minimo a comparire: ex art. 163-bis c.p.c. => 90 giorni per il convenuto residente in Italia o 150 giorni per il convenuto residente all'estero.
- d. Rinvio della comparizione delle parti o differimento della data dell'udienza ex art. 168-bis, co. 4-5, c.p.c.

**B) Dopo la riforma del 2022:**

- a. **Costituzione in giudizio dell'attore** ex art. 165 c.p.c.: entro **10 gg. dalla notificazione** dell'atto di citazione
- b. **Costituzione in giudizio del convenuto** ex art. 166 c.p.c.: **entro 70 gg. prima della data dell'udienza fissata dall'attore.** Durante i 70 gg le parti non rimangono inattive ma devono svolgere una serie di attività che prima si svolgevano in udienza e dopo l'udienza: attività di **replica e approfondimento degli atti introduttivi**. In particolare, tre memorie per parte devono essere depositate in questo periodo, nei termini stabiliti dalla legge. In questo modo il giudice, alla prima udienza, ha non solo la citazione e l'atto difensivo del convenuto ma anche sei memorie in cui si è svolta *de facto* la trattazione del processo.
- c. **Termine minimo a comparire** ex art. 163-bis c.p.c.: periodo minimo che deve intercorrere tra notifica e data della prima udienza; **120 giorni per il convenuto residente in Italia** o 150 giorni per quello residente all'estero.
- d. **Rinvio della comparizione delle parti** ex art. 168-bis, co. 4, c.p.c.

Non tutti i giudici appartenenti al medesimo ufficio giudiziario tengono udienza in tutti i giorni della settimana; qualora il giudice istruttore designato non tenga udienze nel giorno fissato dall'attore, viene disposto il rinvio dell'udienza seguendo il calendario delle udienze, predisposto annualmente dal Presidente del Tribunale. Tale **rinvio, di regola di pochi giorni**, è dovuto ad **esigenze dell'ufficio giudiziario**; per questi motivi **non vengono intaccati i termini** fissati dal Codice, tra cui il termine dei 70 giorni per la costituzione del convenuto.

- e. **Spostamento dell'udienza** ex art. 171-bis, comma 3, c.p.c.

Qualora per il giorno fissato dall'attore, o per quello frutto di un rinvio, **il giudice non sia in grado di esaminare tutti gli atti depositati sino ad allora**, il Codice gli consente di disporre d'ufficio lo spostamento dell'udienza fino ad un massimo di 45 giorni. Come ogni termine imposto al giudice, trattasi di **termine ordinatorio** che può dunque essere derogato (*il suo mancato rispetto non inficia la validità della sentenza, tutt'alpiù espone il magistrato ad azioni di responsabilità*). In questo caso, **il termine di 70 giorni** per la costituzione del convenuto e per il deposito delle difese **slitta**, in quanto va calcolato sulla nuova data di prima udienza fissata dal giudice

- f. **La mancata costituzione in giudizio delle parti** ex art. 171 c.p.c.: l'art. 171 stabilisce cosa accade se una o entrambe le parti non si costituiscono in giudizio. Ciò può legittimamente accadere, poiché per entrambe si tratta di un onere e non già di un obbligo. Si prendono in considerazione due casi distinti:

1. **L'attore, dopo aver notificato la domanda giudiziale, non si costituisce in giudizio;** può capitare che sia stato depositato presso il giudice un fascicolo, senza che l'attore abbia chiesto l'iscrizione della causa al ruolo (mediante il documento noto come ...). L'art 171 c.p.c. regola diversamente le conseguenze della mancata costituzione a seconda del comportamento del convenuto:

- **Anche il convenuto non si costituisce:** **il giudice deve cancellare la causa dal ruolo.** Tale provvedimento è contraddittorio in quanto, se nessuno si è costituito in giudizio, nessuno ha iscritto a ruolo la causa; dunque, in realtà più che cancellare la causa dal ruolo, il giudice, **prende atto della mancata costituzione** delle parti alla prima udienza **e dichiara l'estinzione del processo.** La mancata costituzione è causa di estinzione differita e non già immediata, in quanto la legge lascia alle parti **tre mesi di tempo per riassumere la causa** costituendosi in giudizio, seppur tardivamente.
- **Il convenuto si costituisce in giudizio:** in questo caso, sarà **onere del convenuto** provvedere all'iscrizione a ruolo la causa. Il convenuto farà questa scelta generalmente in due casi:
  - a. Quando voglia ottenere una **sentenza sulla domanda giudiziale che riconosca che l'attore ha torto**; la sentenza implicha l'ottenimento del giudicato e dunque l'assoluta incontrovertibilità sull'**infondatezza della pretesa attorea** verso il convenuto, che **non potrà essere riproposta**.
  - b. Quando scelga di difendersi contrattaccando, **proponendo a sua volta una domanda nei confronti dell'attore (domanda riconvenzionale).** Si tratta di un potere che può essere utilizzato

prima dell'udienza a pena di decadenza; inoltre, il convenuto non può chiedere qualunque tipo di provvedimento, in quanto deve sussistere una **connessione tra l'azione che ha fatto valere l'attore e quella che fa valere il convenuto in via riconvenzionale**. In questo caso, l'art. 171 aggiunge che l'attore può costituirsi tardivamente fino all'udienza, ma se persevera nella sua scelta di non costituirsi il giudice deve dichiararlo **contumace**: deve cioè accertare e dichiarare che l'attore, pur potendolo fare, ha scelto di non costituirsi. La contumacia è una **condizione processuale che l'ordinamento considera legittima e di conseguenza regola**, stabilendo che il contumace debba essere informato, dalla parte costituitasi, circa l'andamento del processo.

2. **Il convenuto non si costituisce nemmeno entro la prima udienza.** Il giudice, preso atto della costituzione dell'attore, della iscrizione a ruolo e della valida notificazione della citazione al convenuto, deve dichiarare la **contumacia del convenuto**, che comporta la **decadenza dai poteri difensivi**. Egli deve valutare la validità della notificazione in quanto la contumacia deve essere la conseguenza di una scelta della parte, non di un errore di comunicazione (in cui invece la mancata costituzione non è scelta libera del convenuto). La dichiarazione di contumacia implica le stesse conseguenze di quella dell'attore ed **in entrambi i casi non è irreversibile**: la parte dichiarata contumace può **costituirsi tardivamente in tutto il corso del processo** di primo grado, anche dopo la dichiarazione di contumacia. Una costituzione tardiva implica sia per l'attore che per il convenuto una serie di gravi decadenze.

## Il convenuto

La parte nei cui confronti la domanda è proposta prende il nome di convenuto.

- ⇒ **Costituzione in giudizio**: Con essa il convenuto porta a conoscenza delle sue difese sia l'attore che il giudice, depositando il proprio atto difensivo nella cancelleria dello stesso ufficio giudiziario adito dall'attore.
  - a. **Come l'attore ne viene a conoscenza**: l'attore, già costituitosi in giudizio, può venire a conoscenza delle difese del convenuto semplicemente accedendo al **fascicolo della causa** (fascicolo d'ufficio costituito dal fascicolo di parte del convenuto e al fascicolo di parte dell'attore e che raccoglie tutti gli atti processuali e provvedimenti emessi dal giudice) senza ricevere alcuna notifica da parte del convenuto stesso.
  - b. **Decadenza**: la riforma del 2022, ha previsto che, se il convenuto non vuole incorrere in alcune decadenze, deve costituirsi in giudizio entro 70 gg dalla data della prima udienza.
  - c. **Differenza con la costituzione dell'attore**: per l'attore il momento della **proposizione dell'istanza** e della **costituzione** sono due momenti diversi mentre per il convenuto sono cronologicamente uniti e si risolvono nell'atto della costituzione, atto con cui egli esercita il proprio diritto di difesa e si costituisce facendo conoscere le proprie istanze difensive.
- ⇒ **Diritto alla difesa**: (salvaguardato anche in Costituzione, art. 24) costituisce, in ogni ordinamento democratico, lo strumento con cui chi è destinatario di una domanda giudiziale può prendere posizione su istanze e affermazioni svolte nei suoi confronti dalla controparte. Esso **garantisce il contraddittorio** in ogni processo a cominciare da quello ordinario di cognizione. La verità che il giudice accerta e proclama nella sentenza è una **verità processuale** che non necessariamente coincide con quella storica, ma la garanzia che l'ordinamento costituzionale impone è che tale verità emerga dal contraddittorio, dal confronto dialogico tra attore e convenuto (il diritto di difesa è espressione del contraddittorio). Tale diritto si esercita principalmente mediante la costituzione in giudizio del convenuto con il deposito della comparsa di costituzione e risposta.
  - a) **Art. 163-bis c.p.c.**: il principio di parità delle armi sancisce l'uguaglianza dei poteri difensivi per entrambe le parti; per questo motivo il codice prevede un **termine minimo a comparire**, ossia una lasso temporale minimo concesso al convenuto al fine di consentirgli di preparare adeguatamente le sue difese
  - b) **Art. 167 c.p.c.** definisce:
    1. Il contenuto formale dell'**atto di comparsa di costituzione e risposta**, tra cui troviamo le generalità del convenuto, i mezzi di prova di cui intende avvalersi e le conclusioni; la comparsa di costituzione e risposta va indirizzata **al giudice e all'attore indicati nell'atto di citazione** notificato al convenuto, anche qualora si ritengano in difetto di giurisdizione/competenza ovvero in difetto di legittimazione.
    2. Quali sono i **poteri difensivi** che il convenuto costituitosi in giudizio è legittimato a far valere non oltre il termine preclusivo di 70 giorni prima dell'udienza fissata dall'attore nell'atto di citazione e, di conseguenza, quali possono essere esercitati per tutto il corso del processo. I primi sono detti **poteri difensivi speciali**, mentre i secondi sono detti **poteri difensivi generali**.

### Poteri difensivi generali

Possono essere esercitati dal convenuto **lungo tutto il corso del processo**, senza che la scelta di costituirsi oltre i termini (anche a processo iniziato) costituisca una ragione preclusiva. Sono però **strumenti difensivi deboli** e tra essi troviamo:

- a. **Mere difese**: È la forma difensiva più semplice, consistente nella **contestazione o negazione** (da parte del convenuto) **dei fatti che l'attore ha posto a fondamento della sua domanda, senza allegare a sua volta nuovi fatti** o esibire nuove prove. I fatti che le mere difese puntano a contestare prendono il nome di fatti costitutivi (la causa petendi), ovvero gli **elementi di fatto e di diritto che costituiscono le ragioni della domanda**, il fondamento della stessa; dunque, contestarli significa chiedere il rigetto della stessa per infondatezza nel merito.

- ✓ **Tipi:** le mere difese possono essere:
  - A) **Negazione del fatto costitutivo del diritto** (componente **costitutiva** della causa petendi)
    - Es: negare l'avvenuta stipulazione di un contratto con l'attore
  - B) **Negazione dell'evento lesivo lamentato dall'attore** (componente **lesiva** della causa petendi)
    - Es: negazione dell'inadempimento del contratto nell'occasione indicata dall'attore
- ✓ **Principi presenti:**
  - a. ***Principio dispositivo in senso processuale*** (art. 115, comma 1, c.p.c.): prevede che il giudice possa porre a fondamento della sua decisione non solo le **prove proposte dalle parti** (ossia i fatti provati dalle parti, non quelli da lui acquisiti d'ufficio), ma anche, dopo la modifica introdotta dalla L. n. 69 del 2009, anche i **fatti non specificamente contestati dalla parte costituita** (=mere difese)
  - b. ***Principio dell'onere della prova*** (art. 2697 c.c.)
    - A. Comma 1: stabilisce che **chi voglia far valere un diritto** in giudizio (attore o convenuto) **deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento**, non pone un obbligo ma un onere.
    - B. Comma 2: stabilisce invece, in capo alla parte verso cui il diritto è fatto valere, l'onere di **provare l'inefficacia del fatto costitutivo del diritto o l'estinzione o modificazione del diritto**. Questo mediante l'allegazione, da parte del convenuto, di "fatti estintivi, modificativi o impeditivi" (=emi), che vanno provati in giudizio se si vuole evitare di soccombere nello stesso.
- ✓ **Conflitto tra principi e *Relevatio ab onere probandi*:** il riformato principio dispositivo sembra contrastare con il principio dell'onere della prova, in quanto a fondamento della decisione del giudice possono esservi anche fatti non provati (purché non specificamente contestati). Il legislatore processuale ha in realtà **recepito un consolidato orientamento giurisprudenziale**, una regola nota come *relevatio ab onere probandi*. Essa non libera dall'onere della prova ex art. 2697 c.c. la parte che ha semplicemente allegato i fatti costitutivi della sua pretesa, ma **la solleva solo temporaneamente da tale onere**. È necessario distinguere alcuni casi:
  - A) **Se avviene la contestazione** avversaria, possibile anche nel corso del processo fino al momento della rimessione della causa in decisione, la parte che fino a quel momento si era avvalsa della *relevatio ab onere probandi* **torna ad essere pienamente onerata della prova** dei fatti costitutivi del suo diritto.
  - B) **Se la controparte non contesta specificamente** l'esistenza o il modo d'essere di tali fatti, il giudice può porli a fondamento della sua decisione, a patto però che si verifichino **due condizioni**:
    1. **Il convenuto deve essersi costituito** in giudizio; se è contumace non si può verificare che l'omessa contestazione è frutto di una scelta volontaria, in quanto non opera alcuna presunzione
    2. **La contestazione deve essere omessa oppure aspecifica**. La mera difesa non può infatti essere generica ma necessariamente dettagliata e circostanziale; è importante sottolineare che la specificità richiesta per la contestazione dipende da quanto è specifica l'allegazione fatta dall'attore.

Questa **esenzione non è definitiva** in quanto l'attore, dopo che il convenuto si è costituito in giudizio, ha ancora possibilità di provare il fatto costitutivo. Infatti, l'esenzione dall'onere della prova per l'attore diviene **definitiva quando maturano le preclusioni istruttorie** nei termini perentori fissati per le memorie istruttorie. Per quanto riguarda i fatti meramente allegati dall'attore, invece, decenso il termine per le preclusioni istruttorie, se il fatto meramente allegato dall'attore viene contestato specificamente, non potrà più essere fondamento

Prima della riforma, il termine dopo il quale non si potevano più introdurre prove era successivo all'udienza, ora è invece anteriore o successivo di pochi giorni rispetto alla costituzione in giudizio del convenuto.

- **Prima della riforma**, fissata l'udienza, le preclusioni istruttorie erano scandite da tre memorie che le parti, autorizzate dal giudice, potevano depositare: la prima dopo 30 gg dall'udienza, la seconda nei 30

gg successivi alla prima scadenza e la terza nei successivi 20 gg dalla scadenza del secondo termine. Le memorie che segnavano le preclusioni istruttorie erano la seconda e la terza.

- **Dopo la riforma** le tre memorie devono essere depositate prima dell'udienza, secondo quanto stabilito dalla legge. Il convenuto deve costituirsi entro 70 gg dall'udienza e il nuovo **art. 171-ter** del codice stabilisce che entrambe le parti possono depositare una prima memoria almeno **40 gg prima dell'udienza**, una seconda almeno **20 gg prima dell'udienza** e una terza memoria almeno **10 gg prima dell'udienza**. Le preclusioni istruttorie coincidono sempre con la seconda e la terza scadenza.

#### b. Eccezioni in senso lato:

- ✓ **Azione ed eccezione:** L'azione serve per far valere sempre e solo un effetto giuridico conseguenza di un diritto soggettivo; con l'eccezione il convenuto fa valere un effetto che può essere talvolta, come per l'azione, conseguenza di un diritto soggettivo ma altre volte è solo la **conseguenza di un mero fatto**.
- ✓ **Eccezioni in generale** (art. 2697 c.c.): Potere difensivo, più forte delle mere difese, con cui il convenuto non si limita a contestare i fatti costitutivi posti dall'attore a fondamento della sua domanda, ma **decide di opporre all'attore nuovi fatti che hanno efficacia estintiva, modificativa o impeditiva (e.m.i.) del diritto soggettivo fatto valere dall'attore** per smentire gli effetti del fatto costitutivo; tali fatti hanno ad oggetto il medesimo diritto soggettivo fatto valere dall'attore, altrimenti si tratterebbe di domanda riconvenzionale (*segue*). Sul piano del processo, il fine è ottenere il rigetto della domanda dell'attore per **infondatezza nel merito**.
  - **Fatti estintivi e modificativi:** sono fatti che privano di efficacia la fattispecie costitutiva del diritto soggettivo fatto valere e sono entrambi **accadimenti posteriori al fatto costitutivo**. Ad esempio: il pagamento del debito, la prescrizione del diritto o il vizio della cosa venduta.
  - **Fatti impeditivi:** sono fatti **contemporanei al fatto costitutivo** che impediscono la nascita del diritto soggettivo fatto valere, rendendolo inefficace. Ad esempio: i vizi del consenso

Dal punto di vista dell'onere della prova, provare i primi due significa provare fatti totalmente diversi dal fatto costitutivo mentre provare i fatti impeditivi consiste nel provare un accadimento che è intrinseco al fatto costitutivo stesso. Le eccezioni **ampliano l'ambito di cognizione del giudice**, ossia l'insieme delle questioni fattuali che il giudice deve conoscere per decidere la causa; non ampliano però l'oggetto della domanda.

- ✓ **Eccezione in senso lato:** l'art. 112 c.p.c. prevede che il giudice non possa pronunciarsi d'ufficio sulle eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti; nel fare ciò, opera una distinzione tra **eccezioni rilevabili d'ufficio dal giudice** (ecc. in senso lato) e **quelle proponibili solo dalle parti** (ecc. in senso stretto).

Le eccezioni in senso lato sono dunque quelle con cui si fanno valere i **fatti aventi efficacia e.m.i. del diritto dell'attore, rilevabili d'ufficio dal giudice** (anche in assenza di una specifica istanza di parte), in quanto non coinvolgono la sfera giuridica del convenuto; sulla base dell'esistenza di un fatto emi il giudice può rendere una sentenza che rigetta la domanda dell'attore. I casi di eccezioni in senso lato sono quelli indicati dalla legge e sono quelli nei quali **l'effetto emi deriva dall'opposizione di un mero fatto**, e non già di un diritto.

#### Poteri difensivi speciali

Sono molto più importanti dal punto di vista difensivo di quelli generali, e devono essere necessariamente esercitati nelle fasi iniziali del processo e, precisamente, soltanto **in concomitanza con la costituzione in giudizio del convenuto**, nel **termine perentorio di 70 giorni prima dell'udienza** che è stata fissata dall'attore nella citazione, a pena di **decadenza**. Questo rigore deriva dalla volontà del legislatore processuale di assicurare che il giudice sia posto nelle condizioni di conoscere il contenuto delle (principali) difese svolte dal convenuto in anticipo rispetto alla prima udienza,

così da tenerne conto per la trattazione della causa e per l'adozione dei provvedimenti conseguenti. È l'attore ad avere l'onere di avvisare il convenuto della decadenza dopo il termine di 70 giorni. I poteri difensivi speciali sono:

a. **Eccezioni in senso stretto**: sono quelle eccezioni che **possono essere sollevate solo su istanza di parte**; se il convenuto non le oppone, il giudice non può rilevarle d'ufficio. L'ordinamento prevede come eccezioni in senso stretto solo quelle in cui, anche se non espressamente previste per legge, l'effetto estintivo, modificativo o impeditivo non dipende dall'opposizione di un mero fatto ma **dall'esercizio di un diritto soggettivo in via d'eccezione**. Qui il convenuto non fa valere un diritto per ottenere una sentenza che gli riconosca una particolare utilità, un bene della vita (non chiede condanna), bensì **per ottenere il rigetto della domanda dell'attore**.

A. **Esempi**: eccezione di **compensazione** (art. 1242 c.c.), eccezione di **rescissione** del contratto (art. 1449 c.c.), eccezione di **annullamento** del contratto per vizio del consenso (art. 1442 c.c.)

B. **Proposizione**: queste eccezioni vanno proposte **a pena di decadenza con la comparsa di costituzione e risposta**, da depositare almeno 70 gg prima dell'udienza, in quanto si tratta di poteri difensivi speciali.

C. **Distinzione con le eccezioni in senso lato**: La norma da cui si trae questa distinzione è l'art 112 c.p.c., che sancisce il principio generale della **corrispondenza tra chiesto e pronunciato**, nella parte in cui stabilisce che il giudice non può pronunciarsi d'ufficio (=in assenza di una richiesta di parte) sulle eccezioni che possono essere proposte per legge soltanto dalle parti. **La legge non qualifica tutti i fatti o diritti che possono essere opposti in via di eccezione**, ed è proprio per cercare di colmare questa norma, che la dottrina introduce la distinzione tra le due eccezioni. Questa lettura dottrinale è quella prevalente, ma ci sono casi in cui le eccezioni, che secondo questa distinzione dovrebbero essere rilevabili d'ufficio, sono in realtà sollevabili su istanza delle parti:

- ✓ **Eccezione di prescrizione**: caso più evidente di eccezione opponibile solo su istanza di parte, nonostante la prescrizione consegue come effetto estintivo ad un **semplice fatto, ossia il decorso di un certo periodo di tempo** nell'inerzia del titolare del diritto. La legge prevede quindi che l'estinzione per prescrizione del diritto sia il risultato di un'attività del debitore.
- ✓ **Eccezione di interruzione della prescrizione**: la giurisprudenza ritiene che una deroga si abbia anche in questo caso, seppur non presente nel testo normativo. L'interruzione della prescrizione viene fatta valere dall'attore per **rimediare all'eccezione di prescrizione del convenuto** e anche in questo caso non è rilevabile d'ufficio, questo perché l'attore, quando introduce l'eccezione non sta introducendo un fatto emi ma un altro fatto costitutivo che va ad integrare la fattispecie costitutiva originaria dall'attore

b. **Domande riconvenzionali**: se le eccezioni in senso stretto sono quelle mediante cui il convenuto esercita un diritto soggettivo al fine di ottenere il rigetto della domanda dell'attore per estinzione, modificazione o impedimento del suo diritto, la domanda riconvenzionale è invece quello **strumento difensivo con cui il convenuto propone una vera e propria domanda giudiziale nei confronti dell'attore**, nello stesso processo promosso da quest'ultimo. È necessario **l'interesse e la legittimazione ad agire** in via riconvenzionale per il convenuto. Può accadere che il giudice, nella medesima sentenza, accolga sia la domanda riconvenzionale del convenuto sia la domanda proposta dall'attore nei confronti del medesimo convenuto. Questo non può accadere nel caso di eccezioni in senso stretto.

A. **Contenuto**: Per quanto riguarda il contenuto della domanda riconvenzionale, non sono necessari tutti i requisiti elencati dell'art. 163, in quanto **non è un atto di citazione**; pertanto, non saranno necessari gli elementi finalizzati ad instaurare il contraddittorio, in quanto il convenuto, che nella domanda riconvenzionale coincide l'attore originario, si è già costituito. **Dovranno invece essere indicate gli elementi oggettivi**: il petitum, la causa petendi e le parti; l'indicazione di queste ultime è importante in quanto la domanda riconvenzionale è ammissibile nella misura in cui è proposta nei confronti dell'attore.

B. **Ammissibilità**: ai sensi dell'art. 36 c.p.c., che disciplina le deroghe all'ordinaria **competenza del giudice**, sono ammissibili soltanto le domande riconvenzionali con cui il convenuto fa valere:

1. **Un diritto che deriva dallo stesso titolo della domanda giudiziale promossa dall'attore**

Es: il venditore chiama in giudizio il compratore per la condanna al pagamento del prezzo; il titolo della domanda è il contratto di compravendita. Il convenuto può proporre una domanda riconvenzionale con cui chiede, ad esempio, la condanna dell'attore alla consegna della cosa venduta. È ammissibile in quanto fa valere un diritto che deriva dallo stesso titolo su cui si fonda la domanda dell'attore.

## 2. Un diritto che ha già opposto all'attore con un'eccezione in senso stretto

Es. l'attore agisce in giudizio per ottenere il pagamento di un credito; il debitore eccepisce un controcredito di importo superiore, chiedendone la compensazione [eccezione in senso stretto]; essendo tale controcredito maggiore, inoltre, potrà chiedere in via riconvenzionale il pagamento della somma eccedente il debito verso l'attore, da quest'ultimo dovuta.

**C. Processo complesso:** La domanda riconvenzionale implica una complicazione del processo dal punto di vista del suo oggetto. L'oggetto del processo, infatti, non si limita necessariamente alla domanda proposta dall'attore, in quanto si può ampliare. Questo può accadere:

1. **Quando il convenuto, con eccezione, introduce dei fatti o diritti emi;** il giudice non dovrà solo verificare il fatto costitutivo allegato dall'attore, ma dovrà anche verificare la sussistenza del fatto o diritto emi. In questo caso la vicenda giudiziale rimane pur sempre quella dedotta dall'attore
2. **Con la domanda riconvenzionale;** in tale caso la complicazione consiste nel **cumulo di due domande** nello stesso processo, sostanzialmente giustificato da un rapporto di comunanza tra le due domande.

**D. Cumulo di domande:** La legge processuale ammette il cumulo di domande sia per connessione oggettiva che soggettiva, sin dall'inizio del processo o anche in seguito ad un evento che sopravviene nello stesso. Ciò favorisce **trattazione e decisione congiunte**, con un grande vantaggio in termini di economia processuale: l'attività dispendiosa di cognizione degli elementi oggettivi delle azioni è resa utile per decidere tutte le azioni connesse; inoltre, si evitano decisioni difformi, in quanto sarà lo stesso giudice ad esprimersi su più azioni.

1. **Connessione oggettiva di azioni:** l'art. 103 c.p.c consente il cumulo di azioni nel medesimo processo
  - a. **Connessione oggettiva propria:** tra le cause che si propongono esiste **connessione per l'oggetto e/o per il titolo** dal quale dipendono (identità del petitum e/o della causa petendi)
  - b. **Connessione oggettiva impropria:** la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni di fatto o di diritto. *Ad es. cumulo di diverse pretese di altrettanti lavoratori dipendenti verso il datore di lavoro; non c'è connessione propria ma il cumulo potrebbe essere giustificato da una disciplina comune come quella di un CCNL*

Come si chiarirà in seguito, tra la domanda riconvenzionale e quella dell'attore sussiste una particolare connessione oggettiva. Il fenomeno della connessione oggettiva dà origine ad un **processo con pluralità di parti**, noto con l'espressione **litisconsorzio facoltativo**, in quanto non imposto dalla legge ma scelto dalle parti (quando invece il rischio di decisioni contrastanti è considerato troppo elevato la legge impone il litisconsorzio, che diventa necessario). Di regola le domande connesse sono rivolte verso convenuti diversi o provengono da attori diversi.

- ✓ **Pluralità lato convenuto:** in presenza di due condebitori solidali, la cui posizione nei confronti del creditore è garantita da un terzo, il creditore potrà cumulare nello stesso processo tre azioni. Tra le stesse non sussiste alcuna connessione soggettiva (tre convenuti diversi), ma c'è connessione oggettiva propria in forza dell'identità del petitum.
- ✓ **Pluralità lato attore:** l'assemblea di una società per azioni ha approvato una delibera che alcuni soci dissidenti reputano invalida. Ciascun socio, in quanto dissidente, ha il diritto di impugnare tale delibera; se due o più soci dissidenti vogliono far valere lo stesso vizio o anche vizi diversi, possono cumulare le proprie azioni nel medesimo processo.

2. **Connessione soggettiva di azioni**: l'art. 104 c.p.c. consente che due azioni, anche quando hanno elementi oggettivi diversi, possono essere cumulate nello stesso processo **se intercorrono tra le stesse parti**. La legge processuale precisa però che per aversi tale situazione, le azioni oggettivamente diverse devono essere **proposte contro la stessa parte**, devono essere **unidirezionali**; ciò non accade nel caso della domanda riconvenzionale, in quanto è proposta dal convenuto stesso nei confronti dell'attore e dunque non è diretta contro la stessa parte della domanda attorea. Di conseguenza, **la connessione oggettiva di azioni implica cumulo soggettivo di domande, mentre la connessione soggettiva di azioni implica cumulo oggettivo di domande**.

- E. **Proposizione**: La proposizione della domanda riconvenzionale si attua con il **deposito tempestivo della comparsa di costituzione e risposta** presso la cancelleria del giudice adito dall'attore, senza necessità di notificazione alla controparte che in ogni momento può accedere alla fascicolo della causa.
- F. **Nullità**: La domanda riconvenzionale è nulla in **assenza di uno degli elementi oggettivi prescritti** per l'atto di citazione dall'art. 163 c.p.c.; il giudice, dichiarata anche d'ufficio la nullità, assegna al convenuto un **termine perentorio per la sua integrazione** mediante il deposito in cancelleria di una memoria integrativa.
- G. **Competenza**: se la domanda riconvenzionale supera, per materia o per valore, la competenza del giudice correttamente adito dall'attore entrambe le cause dovranno essere decise dal **giudice superiore per competenza di materia o valore**, ad esempio dal Tribunale invece che dal Giudice di pace.
  
- c. **Istanza di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo**: la possibilità di estendere il rapporto processuale ad un terzo e la conseguente instaurazione di un processo litisconsortile sono regolate dagli **artt. 106 e 269 c.p.c.**; quest'ultimo distingue a seconda che sia **il convenuto ovvero l'attore** a chiamare in causa il terzo.
  - 1. **Chiamata in causa del terzo da parte del convenuto**
    - a. **Costituzione in giudizio**: il convenuto deve costituirsi nei termini previsti mediante deposito della comparsa di costituzione e risposta contenente **l'istanza di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo** e di **differimento della data dell'udienza**. Nella prima udienza, il giudice deciderà sull'istanza presentata ed eventualmente disporrà il differimento dell'udienza. La chiamata in causa del terzo è dunque un atto processuale successivo che dipende dall'**autorizzazione del giudice**.
    - b. **Ammissibilità**: affinché l'istanza sia ammissibile è richiesto che il convenuto chieda al giudice di **differire la data dalla prima udienza** (fissata dall'attore nell'atto di citazione), poiché quando chiamerà in causa il terzo il convenuto proporrà nei suoi confronti una domanda giudiziale, ed è dunque necessario che vi sia una nuova prima udienza nel **rispetto del termine minimo a comparire** di 120 o 150 gg. Diversamente, la data della nuova udienza non è fissata in questo caso dal convenuto chiamante, ma dal giudice che la fissa in modo che garantisca al convenuto di notificare la chiamata in causa del terzo. Una volta ottenuto il provvedimento del giudice, **il convenuto notifica un vero e proprio atto di citazione nei confronti del terzo**, che a sua volta, ricevuta la notifica, potrà costituirsi nel processo pendente depositando una comparsa di costituzione e risposta, rivestendo il ruolo di **ulteriore convenuto**.
    - c. **Limitazione al contraddittorio**: Il terzo chiamato, se sceglie di costituirsi e non rimane contumace, avrà un interesse a contraddirre solo e soltanto nei confronti del chiamante e non già dell'attore; si tratta di una limitazione del contraddittorio, che **intercorre solo tra chiamante e chiamato**.
    - d. **Condizioni**: l'art 106 c.p.c. indica le condizioni che devono sussistere affinché il convenuto possa chiamare in causa un terzo; tale diritto gli spetta qualora ricorra uno tra i seguenti presupposti:
      - **Comunanza di causa**: il convenuto può chiamare in causa il terzo quando ritiene che la causa, ossia il processo pendente, sia comune al terzo. Comunanza di causa significa **connessione oggettiva, propria**

**o impropria**, tra l'azione esercitata (dall'attore) nei confronti del convenuto e l'azione che quest'ultimo intende esercitare nei confronti del terzo (*ad esempio, l'unico condebitore solidale citato in giudizio dal creditore può chiamare in causa gli altri condebitori*). Oltre ai casi di connessione oggettiva, dottrina e giurisprudenza ritengono che si abbia comunanza di causa anche nei casi in cui vi sia un **nesso di dipendenza tra i diritti soggettivi** fatti valere con le azioni (*ad esempio, il conduttore citato in giudizio dal locatore che gli notifica uno sfratto, può chiamare in causa il subconduttore*).

- **Ragione di garanzia:** il convenuto può chiamare in causa il terzo al **fine di essere garantito da questo**, che in questi casi ricoprirà la funzione di garante; egli vuole essere tenuto indenne dalle conseguenze negative della soccombenza. Tale ipotesi di chiamata in causa del terzo è giustificata da una connessione oggettiva propria tra le azioni per ragioni di **garanzia**; tale garanzia può essere:
  - **Propria:** garanzia legale o contrattuale (*ad esempio, garanzia per vizi o per evizione*)
  - **Impropria:** garanzia dipendente da una **relazione di mero fatto** esistente tra le parti (*ad esempio, il venditore al dettaglio convenuto in giudizio dal compratore può chiamare in causa il produttore anche in assenza di un rapporto contrattuale, sussistente solamente con il venditore all'ingrosso*)

## **2. Chiamata in causa del terzo da parte dell'attore**

L'attore può chiamare in causa un terzo quando **l'esigenza sorga dalle difese del convenuto** (art. 183 c.p.c.); l'istanza di autorizzazione va presentata insieme alla richiesta di differimento dell'udienza nella **prima memoria integrativa**, 40 gg prima della prima udienza. Il giudice provvederà ad accogliere tali richieste con **provvedimento** o, al più tardi, **in udienza**. Se il convenuto decide di costituirsi tardivamente in udienza, in seguito alla riforma è preclusa la possibilità per l'attore di chiamare in causa il terzo, in quanto è già decorso il termine di 40 giorni per presentare la prima memoria integrativa. La vera e propria chiamata in causa del terzo da parte dell'attore è **regolata dalle stesse norme** previste per la chiamata del terzo da parte del convenuto.

# Il processo complesso

L'idea di un processo che si svolge tra un attore e un convenuto su una singola domanda giudiziale proposta dal primo è un modello astratto che, nella pratica, non si realizza mai; si tratta di una semplificazione che è persino insufficiente a fini didattici, poiché abbiamo visto che il processo assume una sua prima inevitabile complessità determinata dal cumularsi delle istanze di difesa del convenuto alla domanda giudiziale dell'attore.

## Grado di complessità in base ai poteri difensivi

Il grado di complessità iniziale del processo è determinato dall'esercizio dei poteri difensivi ad opera del convenuto: eccezioni (in senso lato e in senso stretto), domanda riconvenzionale e chiamata in causa del terzo.

1. **Il convenuto, costituendosi in giudizio, solleva un'eccezione:** chiede il rigetto per inammissibilità o infondatezza della domanda dell'attore. Se chiede il rigetto per inammissibilità, solleva un'**eccezione di rito o processuale**, cioè un'eccezione con cui fa valere la mancanza di un elemento essenziale (incompetenza del giudice, per esempio). Altrimenti, fa valere un'eccezione di merito con cui intende far valere un effetto giuridico che punta a estinguere, modificare o impedire il diritto soggettivo fatto valere dall'attore con la domanda giudiziale.
  - a. **Nel caso di eccezione in senso lato**, si amplia non tanto l'oggetto del processo, ossia l'insieme delle domande proposte dalle parti, ma **l'ambito della cognizione del giudice**. L'ambito della cognizione del giudice (cioè ciò che il giudice deve conoscere sul piano fattuale) consiste nella conoscenza non solo del fatto costitutivo che l'attore ha allegato e provato a fondamento della domanda, ma anche del fatto estintivo allegato e provato dal convenuto. Quindi un primo livello di complicazione del processo è determinato dall'ampliamento dell'ambito di cognizione del giudice, e dunque dei **fatti che il giudice deve conoscere per pronunciarsi su una**

**domanda giudiziale.** Se il convenuto si limita alla mera contestazione, è chiaro che l'ambito di cognizione rimarrà limitato al singolo fatto costitutivo allegato dall'attore.

- b. ***Nel caso di eccezione in senso stretto***, il grado di complicazione aumenta: ciò che il giudice deve verificare per stabilire se la domanda dell'attore è fondata o infondata, non è soltanto un mero fatto estintivo, modificativo o impeditivo, ma un diritto soggettivo: **l'effetto e.m.i. del diritto dell'attore deriva dal diritto fatto valere in via di eccezione dal convenuto.** L'attore, per esempio, propone una domanda di condanna al pagamento, mentre il convenuto si difende chiedendo al giudice che pronunci l'annullamento del contratto per vizio del consenso. In questo caso il giudice non dovrà soltanto verificare il diritto all'esecuzione, ma anche se il convenuto ha diritto all'annullamento del contratto; dovrà cioè verificare il vizio del consenso lamentato dal convenuto che costituisce il presupposto dell'azione constitutiva esercitata in forma d'eccezione dal convenuto. **L'oggetto del processo resta comunque lo stesso** anche dopo la proposizione dell'eccezione in senso stretto, perché l'unica istanza su cui il giudice si deve pronunciare è la domanda dell'attore; infatti, il convenuto fa valere con l'eccezione il diritto all'annullamento al solo fine di ottenere il rigetto della domanda dell'attore.
2. ***Il convenuto propone una domanda riconvenzionale***: anche in questo caso si amplia l'ambito di cognizione del giudice, che deve verificare sia il fatto costitutivo della domanda dell'attore, sia il **fatto costitutivo del diritto fatto valere dal convenuto**. Nel caso della domanda riconvenzionale, infatti, non c'è solo la domanda dell'attore su cui il giudice deve pronunciarsi, ma anche la **domanda del convenuto**. Ed è evidente che in questo caso ci sono due beni oggetto di altrettante domande che le rispettive parti propongono davanti al giudice. Ovviamente, quando si ha un processo complesso dal punto di vista dell'oggetto, composto cioè da più di una domanda giudiziale, si ha anche un ambito di cognizione del giudice più complesso.
3. ***La chiamata in causa di un terzo da parte di un convenuto***: quando il convenuto è autorizzato a chiamare in causa un terzo, egli propone una domanda giudiziale contro il terzo. La complicazione raggiunge in questo caso il suo punto più alto, in quanto si ha un **processo soggettivamente complesso** che è spesso anche oggettivamente complesso. L'aumento del numero di soggetti coinvolti nel processo implica infatti un aumento di domande proposte, eccezioni sollevate e domande presentate in via riconvenzionale, che hanno come conseguenza un significativo ampliamento dell'ambito di cognizione del giudice.

### **Il processo oggettivamente complesso**

il processo può definirsi oggettivamente complesso quando, pur basandosi su un rapporto processuale bilaterale, è caratterizzato dalla **presenza di due o più domande giudiziali intercorrenti tra le due parti del processo** (attore e convenuto). Il processo oggettivamente complesso può derivare:

- Dalla scelta del convenuto (o, più raramente, dell'attore) di **proporre nello stesso processo una domanda riconvenzionale** nei confronti della controparte; in tal caso il cumulo oggettivo dipende da una scelta difensiva e trova giustificazione nella **connessione oggettiva** tra le azioni (*identità dell'oggetto o del titolo*)
- Dalla scelta di ciascuna delle parti di proporre – in via principale o riconvenzionale – **più domande nello stesso processo** nei confronti della contro parte; in tal caso il cumulo oggettivo dipende da una scelta strategica e trova giustificazione nella **connessione soggettiva** tra le azioni

Le plurime azioni esercitate dall'attore (o dal convenuto) tendono spesso ad essere legate tra loro da un **vincolo di dipendenza**, ma la legge processuale ammette anche la proposizione di domande indipendenti in forza del fenomeno della connessione soggettiva tra le azioni. Il vincolo di dipendenza, che può essere da accoglimento o da rigetto, si ricava di regola dalla **legge sostanziale**, ma può anche discendere dal fatto che un determinato evento è idoneo di per sé a giustificare l'esercizio di due o più azioni. Esaminiamo dunque i tre possibili rapporti tra le azioni:

- **Dipendenza da accoglimento:** l'attore propone la domanda dipendente in funzione dell'accoglimento della domanda pregiudiziale; l'azione dipendente è dunque decisa sul piano del merito (accoglimento o rigetto) solo se l'azione principale è ritenuta ammissibile e fondata dal giudice, che dunque la accoglie.
  - Ad esempio, le azioni condannatorie alle **restituzioni** e al **risarcimento del danno** previste in caso di inadempimento contrattuale sono dipendenti rispetto all'**azione costitutiva di risoluzione del contratto per inadempimento** ex art. 1453 c.c. Solo in caso di accoglimento della domanda di risoluzione potranno quindi essere valutate le domande dipendenti, in quanto logicamente conseguenti.
- **Dipendenza da rigetto:** l'attore propone la domanda dipendente in via sussidiaria rispetto alla principale, nel senso che **ne chiede l'accoglimento soltanto se la prima viene rigettata**. In questo caso, l'attore propone di fatto due **domande concorrenti o alternative**, chiedendo al giudice di accoglierne solo una delle due; tuttavia, se l'attore le presentasse entrambe sul medesimo piano chiedendo al giudice di operare una scelta, ne conseguirebbe un vizio della sentenza a causa alla **discrezionalità concessa al giudice**, in violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c.
  - Ad esempio, il locatore il cui conduttore non libera l'immobile può ricorrere sia ad un **rimedio contrattuale** (es. tutela condannatoria per l'inadempimento del contratto di locazione), oppure all'**azione di rivendicazione**, basata sull'accertamento della proprietà, con conseguente condanna alla restituzione dell'immobile (non per inadempimento di un contratto ma per detenzione abusiva). Al fine di aumentare le possibilità di vincere la causa può proporre in via principale l'azione di condanna per inadempimento (più semplice sul piano probatorio) e in via dipendente, subordinandola al rigetto della prima, l'azione di rivendicazione, caratterizzata da una *probatio diabolica*.
- **Indipendenza:** l'attore può cumulare nello stesso processo due o più domande anche nel caso in cui siano tra loro indipendenti dal punto di vista oggettivo. Tale possibilità trova la sua giustificazione nel fenomeno della **connessione soggettiva delle azioni** ex art. 104 c.p.c. L'articolo prevede infatti che due o più azioni proposte contro uno **stesso convenuto** possono essere *cumulate nello stesso processo anche se non sono altrimenti connesse*, anche se non hanno in comune tra loro nessun altro elemento a parte i soggetti (*non è richiesta l'identità di alcun elemento oggettivo, petitum o causa petendi, ma non è preclusa tale ipotesi*). La connessione soggettiva di azioni genera il **cumulo oggettivo di domande**, ossia il processo oggettivamente complesso.
  - L'art. 36 c.p.c. limita le domande riconvenzionali a quelle che dipendono dal titolo della domanda avversaria o dal titolo posto a fondamento dell'eccezione, limitando così la maggiore durata e il maggior costo del processo ai soli casi in cui appare più ragionevole in quanto sussiste una relazione qualificata (connessione oggettiva di azioni) tra le due domande. In questo modo, si bilancia l'esigenza di decisioni coerenti con la necessità che l'attore scelga consapevolmente di affrontare un processo complesso.

### Il processo soggettivamente complesso

Si parla, invece, di cumulo soggettivo di domande quando la pluralità delle domande dipende dalla presenza di una pluralità di parti (più attori, più convenuti, più attori e più convenuti) nello stesso processo.

- ⇒ **Formazione:**
  - a. Due o più attori propongono domande giudiziali nei confronti dello stesso convenuto nel medesimo processo
  - b. L'attore propone due o più domande giudiziali nei confronti di altrettanti convenuti nel medesimo processo.
- ⇒ **Giustificazione: connessione oggettiva di azioni ex art. 103 c.p.c.** secondo cui più parti possono agire o essere convenute nello stesso processo, quando tra le cause che vengono proposte esiste **connessione per l'oggetto (petitum) o per il titolo (causa petendi)** dal quale dipendono, oppure quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla **risoluzione di identiche questioni di fatto o di diritto**.

a. Si parla di connessione oggettiva propria se due o più azioni **hanno in comune il petitum o la causa petendi**; esse possono essere cumulate nello stesso processo anche quando sono rivolte verso soggetti diversi.

A) **Esempio:** rapporto obbligatorio solidale. Il creditore che vanta la sua pretesa nei confronti di due condebitori solidali ha il potere di escutere ciascuno di essi per l'intero. Dal punto di vista processuale, questa semplice regola significa che il creditore può agire in giudizio per la soddisfazione della sua pretesa convenendo entrambi i condebitori solidali, cumulando cioè nello stesso processo due domande condannatorie: quella per il pagamento dell'intero nei confronti del primo condebitore solidale e quella per il pagamento dell'intero nei confronti del secondo condebitore solidale. In questo caso, dunque, c'è connessione oggettiva propria per identità sia del petitum che della causa petendi.

La connessione oggettiva di azione si ha anche quando è **comune uno solo dei due elementi oggettivi**. Ad esempio, il creditore potrebbe agire per ottenere l'adempimento di un contratto contro il debitore sulla base del contratto stesso e contro il terzo garante sulla base di un'autonoma fideiussione. In questo caso, la connessione oggettiva propria dipende dall'identità del solo *petitum*.

b. Si parla invece di connessione oggettiva impropria nei casi in cui le due o più azioni proposte nel medesimo processo **non hanno in comune né l'oggetto né il titolo**, ma dipendono dalla soluzione di identiche questioni di fatto o di diritto. Questo fenomeno si ha solitamente quando la pretesa dell'attore origina da **condizioni generali di contratto** o da **regole contrattuali generali**, applicabili cioè non solo a singoli contraenti, ma a una collettività di contraenti. Il cumulo oggettivo moltiplica l'utilità dell'accertamento di una questione di fatto o di diritto (si pensi ad esempio al vantaggio per il creditore che mediante un solo accertamento giustifica le domande verso tutti i condebitori solidali)

A) **Esempio:** le condizioni del contratto di viaggio che il viaggiatore conclude con le FS sono condizioni generali di contratto. Tali condizioni generali individuano delle caratteristiche comuni alle pretese che possono essere fatte valere da tutti i viaggiatori. Accade che di fronte ad un episodio come un ritardo ingiustificato del treno, decine di viaggiatori soggetti a diversi contratti, abbiano in comune il fatto che la loro pretesa, per essere decisa, dipenda dalla decisione di una identica questione di fatto o di diritto, come per esempio **l'interpretazione delle stesse condizioni generali di contratto**. Avremo quindi più attori che cumulano le loro pretese in uno stesso processo, contro il comune convenuto Ferrovie dello Stato. Ognuno ha stipulato il proprio contratto e non c'è la stessa pretesa, perché ciascuno potrà esigere una prestazione diversa: non c'è quindi connessione oggettiva propria.

B) **Excursus sull'azione di classe:** introdotta nel 2007 dal Codice del consumo come **azione collettiva risarcitoria**, entrata in vigore nel 2010 con il nome di azione di classe; prima era solo per rapporti tra consumatori e professionisti. Dal 2019, la disciplina dell'azione di classe vale anche fuori da tale ambito. Si tratta di un'azione risarcitoria, dunque condannatoria, che ha natura "representative"; essa consente infatti al **portatore di un diritto soggettivo omogeneo** a quelli degli altri membri della classe di **agire per conto della classe**. Il processo non ha quindi una pluralità parti ma soltanto due, il **class representative** e il **respondent**, mentre gli altri soggetti sono soltanto soggetti interessati.

- Modello prevalente nei sistemi di common law: meccanismo opt-out

Tutti i soggetti di classe sono automaticamente parte dell'azione di classe; se vogliono uscirne, ad esempio per un accordo transattivo, devono dichiararlo espressamente

- Modello prevalente nei sistemi di civil law: meccanismo opt-in

Per ciascun componente della classe, la possibilità di beneficiare degli effetti della sentenza dipende dalla dichiarazione di adesione all'azione di classe. In seguito alla sentenza di accoglimento, il giudice si pronuncia con decreto sulla validità di ogni domanda di adesione.

## Il processo litisconsortile

Il processo soggettivamente complesso che si forma per connessione oggettiva tra le azioni prende nel Codice il nome di **litisconsorzio facoltativo**. La parola litisconsorzio allude a un **consorzio della lite**, cioè a una pluralità di parti nello stesso processo. Così come l'attore non è obbligato a cumulare due o più domande nello stesso processo contro il medesimo convenuto, così l'attore non è obbligato a cumulare nello stesso processo due o più azioni che hanno in comune oggetto e/o titolo. Questa **possibilità** sussiste sulla base di una **duplice ragione**, analoga nei processi oggettivamente e soggettivamente complessi: perseguire l'**economia processuale** ed evitare il **contrasto di giudicati**. A seconda del momento in cui si instaura, il litisconsorzio facoltativo può essere di due diverse tipologie:

- 1) **Litisconsorzio facoltativo originario**: il processo nasce litisconsortile, presenta più di due soggetti già dall'inizio
- 2) **Litisconsorzio facoltativo sopravvenuto**: nel corso del processo il rapporto processuale si estende anche a un altro convenuto o a un altro attore. Sopravviene una modifica, in particolare l'intervento di uno o più terzi, che trasforma quel processo da **bilaterale a litisconsortile**. Tale modifica può derivare da:
  - a. **Intervento volontario in causa del terzo**: il terzo **sceglie liberamente** di intervenire in un processo pendente tra altre parti. Anche in questo caso avremo quindi un fenomeno di connessione oggettiva di azioni.
  - b. **Intervento coatto in causa del terzo per chiamata di una delle parti**: il convenuto può chiamare in causa il terzo ex art. 106 c.p.c. qualora sussistano i requisiti di comunanza di causa o per ragione di garanzia. Si ricordi che l'ordinamento prevede che anche l'attore possa chiamare in causa del terzo.
  - c. **Intervento coatto per ordine del giudice**: il giudice, qualora lo ritenga necessario (*ipotesi estremamente rara*), **può ordinare alle parti di chiamare in causa il terzo**, a pena di estinzione del processo

### Intervento volontario in causa del terzo (art. 105 c.p.c.)

⇒ **Tipi di intervento**: l'articolo 105 c.p.c. è diviso in due commi. Il primo prevede due ipotesi di intervento del terzo (*intervento principale e litisconsortile*); il terzo interventore **propone un'autonoma domanda** e fa quindi valere un diritto soggettivo nei confronti di una o entrambe le parti. Nell'ipotesi delineata dal secondo comma (*intervento dipendente*) non c'è invece un vero e proprio intervento, in quanto si limita a **sostenere le ragioni** di una delle parti.

1. **Comma 1**: Nelle ipotesi delineate dal primo comma **il terzo fa valere un diritto soggettivo** nei confronti di tutte le parti del processo o di una di esse. Le prime due ipotesi hanno in comune il **requisito della comunanza della causa** per titolo o per oggetto, cioè della **connessione oggettiva delle azioni**; da un lato l'azione proposta dall'attore nei confronti del convenuto, dall'altro lato l'azione che proprio il terzo intervenendo intende esercitare nel processo pendente. Ci deve essere quindi identità dell'oggetto e/o del titolo tra le due azioni. Il **secondo requisito è l'incompatibilità**: serve cioè che il diritto che il terzo intende far valere nel processo sia incompatibile con la posizione processuale di almeno una delle parti. A seconda del grado di incompatibilità si distinguono le prime due fattispecie di intervento volontario regolate dal primo comma dell'art. 105.

- a. **Intervento principale, o ad excludendum**: il grado di incompatibilità è massimo in quanto la posizione processuale del terzo interventore è incompatibile sia con quella dell'attore sia con quella del convenuto; obiettivo del terzo è ottenere il **rigetto di entrambe le domande** delle parti originarie.

#### i. **Presupposti**

1. Connessione oggettiva delle azioni, di regola per identità del *petitum*
2. Incompatibilità tra il diritto soggettivo fatto valere dal terzo e quelli **fatti valere da attore e convenuto** nel medesimo processo

#### ii. **Esempi**

1. Sempronio interviene per far accertare la proprietà del bene conteso tra Tizio e Caio
2. Il cessionario di un credito interviene nel giudizio tra debitore e creditore cedente

- b. **Intervento litisconsortile:** ferma restando la connessione oggettiva tra le azioni, l'**incompatibilità è parziale** e riguarda solo una delle due parti del processo pendente. L'azione che il terzo esercita è volta ad ottenere il **rigetto della pretesa di una soltanto delle due parti**: l'attore o il convenuto.
- Presupposti**
    - Connessione oggettiva delle azioni per identità, di regola del *petitum*
    - Incompatibilità la posizione processuale del terzo e quella di **una sola delle parti**
  - Esempio**
    - Il socio S1 agisce in giudizio contro la società per impugnare una delibera assembleare; il socio dissentente S2 può intervenire e cumulare la sua azione a quella di S1 (*tra le due azioni c'è identità del petitum; la causa petendi potrebbe essere la stessa oppure no, a seconda che il vizio fatto valere con l'impugnativa sia il medesimo o sia differente*)
2. **Comma 2: Intervento dipendente o adesivo.** Il terzo interviene, poiché vi ha interesse, per supportare le ragioni di una delle parti senza ottenere alcuna forma di tutela giurisdizionale per un proprio diritto soggettivo. L'interventore adesivo potrà aiutare la parte adiuvata dal **punto di vista probatorio**, oltre che ricorrendo a poteri difensivi che hanno la natura dell'eccezione (fatti emi che avrebbe potuto eccepire l'adiuvato); il terzo può sollevare **solo eccezioni in senso lato** (fatti e non diritti soggettivi, in quanto non fa valere alcun diritto).
- Presupposti**
    - La sentenza produce effetti anche nei confronti del terzo interventore (es. art. 1595 c.c.)  
La giurisprudenza ha interpretato il requisito dell'interesse ad intervenire come l'interesse che ha un soggetto quando, per legge, una sentenza ancorché **inter alios** (ossia tra altri soggetti), **produce effetti riflessi nei suoi confronti**, oltre agli effetti diretti che produce verso attore e convenuto. Si tratta di casi che derogano al principio generale secondo cui secondo cui l'accertamento del diritto contenuto nella sentenza fa stato solo tra le parti, come stabilisce l'art. 2909 c.c.
    - La posizione del terzo è dipendente sul piano sostanziale dalla posizione della parte adiuvata
  - Esempio**
    - Contratto di sublocazione (art. 1595 c.c.)  
La sentenza avente ad oggetto il contratto di locazione pronunciata nei confronti del **conduttore** produce i suoi effetti anche nei confronti del **subconduttore** (es. *lo sfratto del conduttore implica lo sfratto del subconduttore*); egli potrà quindi intervenire nel giudizio a favore del conduttore
    - Annnullamento della delibera assembleare nella S.p.A  
Se anche un solo socio ottiene l'annullamento, la sentenza è **efficace nei confronti di tutti i soci**; tale regola non vale però in caso di rigetto della domanda (*gli altri soci potranno riproporla*)

⇒ Condizioni per intervenire volontariamente in causa

- a) **Termine perentorio:** oggi è fissato nell'**udienza di rimessione della causa in decisione** (art. 268 c.p.c.)  
La riforma del 2022 ha previsto una modifica, seppur puramente nominale; il termine era prima fissato nell'**udienza di precisazione delle conclusioni** che, al pari dell'attuale udienza di rimessione della causa in decisione, coincide con il momento di passaggio dalla trattazione della causa alla fase decisoria. Il terzo ha dunque molto tempo per costituirsi volontariamente nel processo, in particolare fino all'ultimo momento in cui le parti possono svolgere un'attività processuale. Tale fatto è giustificato dal fatto che il terzo che potenzialmente ha interesse ad intervenire potrebbe non essere a conoscenza della pendenza del processo; per questo motivo, il legislatore processuale gli concede una finestra di tempo così ampia.

- Dopo la rimessione in decisione il terzo potrà intervenire **solo in caso di impugnazione** mediante mezzo impugnatorio **ordinario** (limitati poteri nei giudizi impugnatori, in Cassazione pressoché impossibile)
- Potere di **impugnazione speciale** concesso al terzo dopo il passaggio in giudicato: **opposizione di terzo**

b) **Preclusioni processuali:** l'articolo 268 stabilisce che il terzo interventore **interviene allo stato degli atti**, trovandosi quindi a subire le stesse preclusioni che nel momento dell'intervento sono già maturate nei confronti delle parti. Se al momento dell'intervento, pertanto, sono preclusi alle parti certi atti processuali, quegli atti sono di regola preclusi anche al terzo interventore. Il terzo diviene parte e quindi soggiace, sebbene in maniera sopravvenuta, allo stesso regime processuale delle parti.

A) **Problema:** dall'attuale regime delle preclusioni, che sono soprattutto quelle imposte al convenuto e quelle di natura istruttoria, desumiamo che sulla carta il terzo può intervenire fino alla rimessione in decisione della causa, ma di fatto deve intervenire prima dell'udienza se ha da proporre delle istanze che in base alla legge spettano al convenuto (es. una domanda riconvenzionale) oppure se ha da presentare delle istanze istruttorie (es. acquisizione di mezzi di prova). Egli deve presentare tali richieste **necessariamente prima della prima udienza**, perché per le difese del convenuto il termine è di 70 giorni prima e per le istanze istruttorie i termini sono quelli legati alle memorie integrative dell'articolo 171-ter (20 e 10 giorni prima). Non avrebbe infatti alcun senso presentare una domanda se non si è nella condizione di sollevare eccezioni o di provare i fatti allegati a fondamento della domanda stessa.

B) **Soluzione I:** secondo molti, gli interventi esperiti dopo che sono maturate le preclusioni istruttorie (oggi, momento anteriore all'udienza) si trasformano automaticamente in **interventi adesivi o dipendenti** (che permettono solo di fornire argomenti, ma non anche delle prove, a sostegno di una delle parti processuali).

C) **Soluzione II:** il terzo interviene allo stato degli atti, subendo le preclusioni, a meno che dimostri che ha avuto conoscenza del processo in un momento posteriore alla maturazione delle preclusioni **senza sua colpa**. Questa è una soluzione più equilibrata ma implica qualche problema relativo al contraddittorio. Le parti del processo pendente assisterebbero infatti a una nuova domanda proposta nei confronti di entrambe o di una sola. Esse hanno un diritto inviolabile a difendersi anche riguardo quella domanda, ma se ammettiamo il terzo ad utilizzare dei poteri che in base all'applicazione della legge processuale sarebbero preclusi, dobbiamo consentire anche alle parti di contraddirre sulla domanda e sulle istanze istruttorie del terzo. *La giurisprudenza oggi ritiene comunque preferibile questa soluzione.*

- L'articolo 268 prevede già un'**eccezione**, che però non riguarda l'intervento volontario. L'eccezione prevede che il terzo possa compiere gli atti che sarebbero preclusi alle parti nel momento in cui interviene se la sua costituzione serve a **integrare il contraddittorio**, quando è necessario per legge. Questo istituto è il **litisconsorzio necessario**. La norma fa però riferimento a un caso in cui la pluralità non è una scelta facoltativa, ma un obbligo imposto dalla legge. Per quanto sia un obbligo, può darsi che chi promuove la causa ometta di convenire in giudizio un litisconsorte necessario. In questo caso l'integrazione non può precludere al soggetto che avrebbe dovuto essere parte del processo di fare tutto quello che avrebbe potuto fare fin dall'inizio. *Questa eccezione che riguarda il litisconsorzio è stata utilizzata da chi sostiene la medesima soluzione per l'intervento volontario: siccome la legge già considera le possibili conseguenze negative per il litisconsorte necessario non chiamato in causa, allo stesso modo è ragionevole pensare (nei limiti della non colpevolezza) anche la possibilità di mitigare tali conseguenze negative anche nei casi di intervento volontario.*

⇒ **Modalità dell'intervento del terzo:** anche se il terzo può proporre una domanda giudiziale, l'atto ha la forma della **comparsa di costituzione e risposta ex art. 167 c.p.c.**, ai sensi dell'articolo 267 c.p.c. Il terzo, intervenendo, anche quando propone una domanda lo fa nei confronti di parti che sono già state costituite nel processo: attore e convenuto. Quindi non c'è bisogno di notificare un atto, ma è sufficiente **depositare un atto in cancelleria** che sarà

quindi accessibile a entrambe le parti nel fascicolo. *Il terzo non ha un obbligo, secondo la giurisprudenza, di notifica nemmeno nei confronti della parte contumace, salvo che proponga domande nuove.*

### **Chiamata in causa del terzo (art. 106 c.p.c.)**

Il secondo modo in cui si può costituire un litisconsorzio facoltativo è mediante la chiamata in causa del terzo; in tale ipotesi, l'intervento prende il nome di **intervento coatto del terzo per chiamata della parte**. L'espressione "coatto" non fa riferimento all'obbligo per le parti di chiamare in causa in terzo (*si trattrebbe altrimenti di litisconsorzio necessario*), bensì all' **"obbligo" di intervenire che grava in capo al terzo in caso di chiamata** di una delle parti (art. 106 c.p.c.); se questi non si costituisce in giudizio, infatti, sarà dichiarato **contumace** e il processo proseguirà il suo corso.

⇒ Presupposti:

a. **Comunanza di causa:** la causa è comune alla parte chiamante e al terzo chiamato se sussiste connessione oggettiva, propria o impropria, tra le azioni ovvero, secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, se sussiste un **nesso di pregiudizialità o dipendenza** tra le azioni, che può essere inteso in due modi distinti:

- **Pregiudizialità in senso tecnico:** identifica la situazione in cui la fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo (c.d. dipendente o principale) è composta, oltre che dalla previsione di uno o più fatti, anche dalla **previsione di un'altra situazione giuridica soggettiva (diritto soggettivo o status) che si qualifica come pregiudiziale**. Questo primo fenomeno è regolato dall'art. 34 c.p.c., secondo cui l'accertamento giudiziale del diritto pregiudiziale può passare in giudicato solo se la parte abbia proposto una domanda giudiziale (c.d. di accertamento incidentale) con cui chiede che sia accertato non solo il diritto dipendente o principale fatto valere nel processo, ma anche quello pregiudiziale; l'accertamento del diritto pregiudiziale vale invece solo ai fini del processo avente ad oggetto il diritto dipendente o principale quando la parte non abbia proposto una domanda di accertamento del diritto pregiudiziale, ma si sia limitata a proporre la domanda di accertamento del diritto dipendente o principale.

❖ *Esempio:* il **diritto di credito agli alimenti** (diritto di famiglia). Il figlio naturale, se ricorrono determinate condizioni, ha un diritto di credito a percepire gli alimenti, cioè una prestazione in denaro per il suo sostentamento, da parte del genitore naturale. La fattispecie costitutiva è composta innanzitutto da **fatti** (situazione di indigenza; condizione di capacità patrimoniale del genitore naturale...), ma c'è anche il cosiddetto **status di filiazione naturale**: serve che ci sia una relazione giuridica tra il debitore, genitore naturale, e il creditore, considerato figlio naturale.

Il giudice non può fare a meno di pronunciarsi anche sullo status di filiazione. L'attore domanda soltanto l'accertamento del diritto di credito, ma il giudice non può fare a meno di esaminare anche lo status di filiazione naturale. In materia si applica una norma, profondamente interpretata dalla giurisprudenza, che è **l'articolo 34 c.p.c.** Esso distingue fondamentalmente due casi:

- L'attore, quando chiede l'accertamento del diritto dipendente (diritto di credito), chiede anche con espressa domanda l'accertamento del diritto pregiudiziale (status di filiazione). **Il necessario accertamento della questione pregiudiziale passa in giudicato**
- L'attore chiede l'accertamento del solo diritto dipendente. **L'accertamento della questione pregiudiziale non fa stato tra le parti e vale solo ai fini del processo pendente**; le parti potranno dunque avviare un autonomo processo volto all'accertamento di tale questione.
  
- **Pregiudizialità in senso logico:** attiene alla relazione che si instaura tra la fattispecie costitutiva di due o più diritti soggettivi e gli effetti giuridici (i diritti soggettivi) che essa produce. Poiché la fattispecie costitutiva

è logicamente pregiudiziale rispetto agli effetti giuridici che è idonea a produrre in base alla legge, la giurisprudenza di legittimità sostiene che **l'accertamento con efficacia di giudicato di un diritto soggettivo** (come, ad esempio, il diritto di credito al pagamento del prezzo) **fa stato non solo sull'esistenza di tale diritto soggettivo, ma anche sull'esistenza, validità ed efficacia della sua fattispecie costitutiva** (come, ad esempio, il contratto di compravendita), che pertanto non potrà essere rimessa in discussione in occasione di un altro processo tra le medesime parti aventi ad oggetto un altro diritto soggettivo derivante dalla medesima fattispecie (come, ad esempio, il diritto di credito alla consegna della cosa comprata). Ancora una volta, non è una mera questione di economia processuale bensì, soprattutto, di esigenza di evitare decisioni incoerenti da parte di giudici differenti sulla medesima questione (in questo caso, l'accertamento della validità della fattispecie costitutiva comune a più diritti che vengono fatti valere in giudizio).

- b. **Ragioni di garanzia:** secondo la prevalente interpretazione, la chiamata in garanzia del terzo si riferisce invece alle situazioni in cui quest'ultimo è chiamato in causa per **tenere indenne la parte chiamante** dalle conseguenze pregiudizievoli della sentenza sfavorevole (sul piano soprattutto della condanna al pagamento delle spese processuali). Si è soliti distinguere a seconda che la relazione di garanzia, intercorrente tra parte garantita e terzo garante, si basi (a) su un rapporto giuridico (reale o personale) derivante da un contratto o dalla legge [c.d. **garanzia propria**] o (b) su un collegamento in via di mero fatto [c.d. **garanzia impropria**].

Si parla di garanzia propria in quanto la relazione esistente tra l'azione principale (quella promossa dall'attore nei confronti del convenuto) e l'azione di garanzia (quella promossa dalla parte garantita nei confronti del terzo garante) consiste in una vera e propria ipotesi di connessione oggettiva propria: le due azioni hanno cioè in comune il petitum o, più spesso, la causa petendi. Si parla di garanzia impropria, invece, in quanto l'azione principale e l'azione di garanzia dipendono da titoli diversi collegati tra loro solo in via di fatto

- **Alcuni esempi:** si pensi al caso del venditore al dettaglio che venga convenuto in giudizio dal compratore che lamenta vizi della cosa venduta; se il convenuto ritiene che tali vizi siano imputabili al **venditore all'ingrosso**, potrà chiamarlo in giudizio al fine di farsi tenere indenne, in forza del vincolo contrattuale che li lega (**garanzia propria**). Tuttavia, in caso ritenga che il vizio sia imputabile al **produttore**, potrebbe convenire questi in giudizio nonostante l'assenza di un vincolo contrattuale o legale; si tratta infatti di un collegamento di mero fatto, inquadrabile nel fenomeno della vendita a catena (**garanzia impropria**).

Un ulteriore esempio che la giurisprudenza riconduce al fenomeno della garanzia impropria è la domanda proposta dal convenuto-responsabile contro **l'assicurazione sulla responsabilità civile** (come, ad esempio, quella medica o, in genere, professionale) per essere indennizzato in caso di accoglimento della domanda risarcitoria proposta dall'attore nei confronti del convenuto-chiamante.

⇒ Le modalità di chiamata in causa del terzo (art. 269 c.p.c.)

- a. **Chiamata in causa da parte del convenuto:** il convenuto deve presentare un'istanza di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo, insieme alla richiesta di differimento della data della prima udienza, nella comparsa di costituzione e risposta da depositarsi entro 70 giorni prima della prima udienza fissata dall'attore. Una volta ricevuto il provvedimento di autorizzazione del giudice, che fissa altresì la nuova data per la prima udienza, il convenuto deve **notificare un atto di citazione con chiamata in causa del terzo** nel rispetto del termine di cui all'art. 163-bis c.p.c. (120 gg prima dell'udienza se il chiamato risiede in Italia, 150 gg se residente all'estero).
- b. **Chiamata in causa da parte dell'attore:** l'attore deve presentare l'istanza di autorizzazione alla chiamata in causa del terzo nella **memoria integrativa di cui all'art. 171-ter, n. 1 c.p.c. (da presentare al massimo 40 giorni prima della prima udienza)**. La norma precisa, tuttavia, che l'attore può chiedere di chiamare in causa il terzo **solo se la necessità è sorta dalle difese presentate dal convenuto**; in forza del principio di autoresponsabilità, infatti, egli ha l'onere di convenire in giudizio sin dall'inizio tutti i soggetti contro cui voglia far valere i propri

diritti, non potendo “recuperare” in un momento successivo. Per quanto riguarda il provvedimento di autorizzazione del giudice e la notifica dell’atto di citazione, la disciplina è identica al punto precedente.

### **Intervento per ordine del giudice (art. 107 c.p.c.)**

Si tratta della terza e ultima ipotesi di litisconsorzio facoltativo. Il giudice può disporre l’intervento coatto del terzo se:

- La causa è comune al terzo e ad una delle parti e tale **comunanza** è ravvisata dal giudice nel corso del processo; secondo l’interpretazione della giurisprudenza, il requisito della comunanza va inteso come per l’art. 106 c.p.c.
- La partecipazione del terzo al processo, secondo la valutazione discrezionale del giudice, è **opportuna**

Qualora ricorrono entrambi i presupposti, il giudice fissa la nuova udienza e **ordina alle parti di chiamare in causa il terzo** entro il termine assegnato e comunque nel rispetto del termine a comparire di cui all’art. 163-bis c.p.c. Se le parti non si conformano all’ordine del giudice, l’orientamento consolidato della giurisprudenza prevede che il giudice debba pronunciare **l’estinzione del processo, con possibilità di riassunzione della causa** nei successivi tre mesi.

### **Litisconsorzio facoltativo e litisconsorzio necessario**

1. **Litisconsorzio facoltativo (art. 103, comma 2, c.p.c.)**: sia nel caso di litisconsorzio originario che sopravvenuto, spetta alla libera determinazione della parte o del terzo (a seconda che l’intervento sia coatto o volontario) la decisione di estendere il rapporto processuale. Il carattere facoltativo ha una rilevante implicazione, descritta dal comma 2 dell’articolo 103: quando un processo è nato o divenuto litisconsortile per connessione oggettiva di azioni, **il giudice ha il potere di separare le cause che le parti hanno scelto volontariamente di unire in un processo cumulato**. Si tratta di un corollario del fatto che il litisconsorzio facoltativo si basa su una scelta discrezionale della parte (*dove per parte si intende anche il terzo intervenuto*). La norma prevede **due situazioni** in cui il giudice istruttore può separare le cause, trasformando il litisconsorzio in tanti processi autonomi quante sono le domande.

**A) Istanza di tutte le parti**: la prima situazione in cui il giudice può avvalersi di questa opportunità è **quando tutte le parti gliene facciano richiesta congiuntamente**; così come le parti hanno deciso liberamente di costituire un litisconsorzio facoltativo, altrettanto liberamente possono sciogliersi dal litisconsorzio se il processo cumulato non sembra più favorevole. La legge non considera rilevanti i motivi che le spingono a tale richiesta.

**B) Aggravio o ritardo del processo**: la seconda situazione prevista dall’articolo 103 in cui il giudice può separare le cause è quando **il litisconsorzio rischia di ritardare il processo, o comunque di renderlo più gravoso**. Questa situazione si verifica tipicamente quando l’attività di cognizione del titolo delle domande cumulate o la cognizione dell’oggetto delle domande cumulate si contraddistingue per la necessità di **attività istruttorie diverse**. Si pensi ad esempio al caso in cui nel processo sia cumulata una domanda per risarcimento del danno patrimoniale ad una domanda per risarcimento del danno non patrimoniale. Generalmente, l’accertamento istruttorio di un danno patrimoniale è più semplice e rapido dell’accertamento di un danno non patrimoniale. Infatti, la prova di un danno patrimoniale è generalmente documentale, mentre quella di un danno non patrimoniale potrebbe necessitare anche una consulenza tecnica; la decisione sulla prima domanda, in caso di cumulo, subirebbe dunque un ritardo dovuto alla necessità di deciderla insieme all’altra questione.

- **Sentenza parziale**: lo strumento della separazione non è l’unico modo di risolvere questa problematica; l’ordinamento conosce anche la sentenza parziale. Il giudice ha la possibilità, quando la causa è maturata su una delle domande, di **rimettere la causa in decisione solo su quella domanda**, così che venga immediatamente decisa. Però, per pronunciare una sentenza parziale, serve che la parte lo chieda e ciò deve avvenire necessariamente nell’atto introduttivo o entro i termini in cui maturano le preclusioni per presentare le istanze, altrimenti la sentenza parziale non può più essere pronunciata.

## 2. Litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.)

Si parla di litisconsorzio necessario in relazione a quei casi in cui la partecipazione di più soggetti al processo non è frutto di una scelta discrezionale dei soggetti coinvolti ma è **imposta dalla legge**, e dunque obbligatoria.

- **Casistica (comma 1):** il primo comma di questa disposizione sancisce che il litisconsorzio è necessario quando la sentenza non può essere pronunciata che nei confronti di più parti. Si tratta essenzialmente di una norma in bianco, la cui interpretazione prevede che in relazione alle situazioni in cui la sentenza deve essere resa nei confronti di più parti, il processo deve necessariamente svolgersi attraverso un **contraddittorio tra tutte le parti**. I casi in cui si parla di litisconsorzio necessario sono fondamentalmente due:

**A) Ragioni di contitolarità del diritto soggettivo:** il litisconsorzio è necessario anzitutto quando il diritto fatto valere in giudizio spetta a una pluralità di soggetti, ossia quando due o più soggetti sono contitolari del diritto. Se si intende rivendicare la proprietà di una cosa comune o se si intende dividere giudizialmente una cosa comune, è evidente che tutti i contitolari del bene devono essere coinvolti nel processo, perché la sentenza deve essere resa nei confronti di tutti loro. I soggetti contitolari del diritto costituiscono un'unica parte di quel processo e dunque il litisconsorzio necessario, perlomeno nei casi in cui dipende dalla contitolarità di un diritto, risulta “meno litisconsortile” di quello facoltativo.

- *Questo ha numerose implicazioni, ad esempio in materia di prove: se vi sono due o più litisconsorti necessari, ad esempio, sarà possibile una confessione giudiziale solo se tutti i litisconsorti rendono la confessione coerentemente. Se uno solo non confessa, la dichiarazione confessoria non vale come confessione (ma come prova eventualmente apprezzabile dal giudice). Infatti, confessare è un atto di indiretta disposizione del diritto: solo chi è titolare del diritto può confessare a tal riguardo.*

**B) Ragioni di opportunità processuale:** ipotesi di risulta introdotta per cercare di accomunare varie situazioni sparse nell'ordinamento in cui la legge impone il litisconsorzio necessario anche se non c'è un fenomeno di contitolarità del diritto. Un esempio è quello dell'**azione surrogatoria** (art. 2900 c.c.). Il secondo comma di tale articolo prevede infatti che il creditore surrogante debba sempre convenire in giudizio anche il debitore surrogato; infatti, se il debitore surrogato non fosse convenuto in giudizio, **si potrebbero avere decisioni contrastanti** in quanto il diritto che il creditore surrogante e il debitore surrogato potrebbero far valere autonomamente è lo stesso identico diritto, e non due diversi diritti che hanno in comune oggetto o titolo. C'è anche un'altra ragione che è possibile ricavare riflettendo su questa fattispecie: **l'efficienza della causa**. Se il debitore surrogato è parte del processo, egli potrà fornire allegazioni e prove molto più pertinenti rispetto al rapporto fatto valere rispetto al creditore surrogante. Il debitore surrogato, infatti, conosce meglio la vicenda sostanziale con il *debitor debitoris*. Il creditore surrogante può non essere in grado, per esempio, di rispondere all'eccezione di prescrizione, mentre il debitore surrogato può provare di aver inviato un documento interruttivo della prescrizione.

- **Litisconsorte pretermesso (comma 2):** il secondo comma dell'articolo 102 stabilisce cosa succede quando un litisconsorte necessario viene pretermesso, ossia quando **non è parte del processo** (ad esempio perché l'attore ha convenuto in giudizio solo una parte dei litisconsorti necessari, oppure perché il singolo litisconsorte necessario ha agito da solo nei confronti del convenuto). L'assenza di un litisconsorte necessario costituisce un **vizio rilevabile anche d'ufficio** dal giudice; in caso di accertamento, il giudice è obbligato ad assegnare un termine perentorio alle parti per permettere loro di **integrare il contraddittorio**. In caso di mancato rispetto del termine perentorio, l'art. 307 c.p.c. prevede l'immediata cancellazione della causa dal

ruolo e la contestuale **estinzione del processo**. La gravità della misura si evince su due punti di vista: da un lato l'immediata estinzione del processo, senza che vi sia una dilazione di tre mesi come in numerosi altri casi, e dall'altro la possibilità per il giudice di rilevare il vizio anche d'ufficio **in ogni stato e grado del processo**. Se nessuna delle parti né il giudice rileva tale assenza, la sentenza pronunciata si dice **inutiliter data**; si tratta infatti di un provvedimento non solo viziato, ma anche inidoneo a disporre dei propri effetti. A tal riguardo, l'art. 161 c.p.c., rubricato “**nullità della sentenza**”, delinea due ipotesi di invalidità e le relative conseguenze:

**a. Conversione automatica [art. 161, comma 1, c.p.c.]**

Il primo comma prevede che i vizi di nullità della sentenza si convertano di diritto in **motivi di impugnazione ordinaria** della sentenza e possono essere fatti valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi. Se la sentenza, pur invalida, passa in giudicato il vizio è sanato in via di fatto. Si ricordi che la nullità della sentenza può essere propria o può derivare dalla nullità di un altro atto processuale.

**b. Inesistenza [art. 161, comma 2, c.p.c.]**

Il secondo comma prevede, in maniera criptica, che il primo comma non si applica ai casi di **mancanza della sottoscrizione del giudice**. Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, tale richiamo a un particolare, gravissimo vizio della sentenza è **fatto dalla legge in via puramente esemplificativa** di quei casi in cui la gravità di un vizio della sentenza è tale da renderla radicalmente inidonea a produrre i suoi effetti, tanto che si parla a tal riguardo di **inesistenza**. L'inesistenza di una sentenza può essere quindi fatta valere anche dopo il suo passaggio in giudicato; in casi tassativamente previsti mediante **mezzi di impugnazione straordinari**, e in via generale mediante un'azione di mero accertamento (*c.d. actio nullitatis*). La giurisprudenza ritiene ascrivibile a questa seconda categoria la sentenza pronunciata in assenza di un litisconsorte necessario ai sensi della norma risultante dall'interpretazione dell'art. 102 c.p.c.

### Litisconsorzio unitario

Accanto alle figure, espressamente previste dalla legge, del litisconsorzio facoltativo e di quello necessario, la giurisprudenza ne ha individuata una terza intermedia ed “impropria”: il litisconsorzio unitario. Si tratta di un litisconsorzio che **sul piano sostanziale è facoltativo**, ma sul piano puramente processuale, relativamente al modo di trattare e decidere le domande cumulate, è necessario. Tale ipotesi si ha in casi in cui il processo nasce come giudizio litisconsortile facoltativo, ma la legge processuale impone al giudice la trattazione e la decisione congiunta delle azioni cumulate (volontariamente) nello stesso processo per esigenze di coerenza delle decisioni ed economia processuale. In altre parole, si parla di litisconsorzio unitario nei casi in cui **non c'è obbligo di convenire tutti i litisconsorti in giudizio**, ma qualora questi lo facciano **il giudice non può più disporre, in alcun caso, la separazione delle domande**.

- **Esempio: l'impugnazione della delibera assembleare invalida di una S.p.A. (artt. 2377-2378 c.c.)**

La legge prevede rimedi di diversa natura mediante i quali il socio può tutelarsi da una delibera invalidamente approvata; uno di natura reale/demolitoria, **l'impugnazione**, e uno di natura condannatoria, **l'azione di risarcimento del danno**. Il codice prevede che per esperire la prima azione sia necessario che i soci alleghino la titolarità (cumulata) di una percentuale delle azioni; i soci che solo cumulativamente (e non singolarmente) raggiungono tale soglia non sono litisconsorti facoltativi (*l'impugnazione non può proseguire se uno si tira indietro*), ma nemmeno litisconsorti necessari (*le azioni degli altri soci permangono ma vengono riqualificate in azioni risarcitorie*). Si parla in tal caso di litisconsorzio unitario in quanto vi è una **legittimazione ad agire necessariamente congiunta**, che va oltre la mera allegazione di un proprio diritto soggettivo.

N.B. Il caso menzionato sopra relativo al necessario superamento della soglia di azioni richieste per l'impugnazione ex art. 2377 c.c. è utile per comprendere il concetto di litisconsorzio unitario, ma le ipotesi di

*tale litisconsorzio non si limitano a quel caso specifico; l'art. 2378 c.c. prescrive infatti la trattazione e la decisione congiunta di tutte le domande di impugnazione relative alla medesima delibera.*

## Le fasi del processo ordinario di cognizione

Il processo ordinario di cognizione dinanzi al Tribunale è regolato dal **Titolo I del Libro II del c.p.c.** (artt. 163-310) e ha come riferimento uno sviluppo in tre fasi, che rappresentano il normale andamento di una attività processuale volta alla cognizione (conoscenza e accertamento) di un diritto soggettivo. Queste tre fasi sono tra loro legate da un **nesso di funzionalità**, e servono a far “funzionare” il processo e a pervenire alla sentenza definitiva. Queste fasi sono:

- Fase preparatoria o introduttiva della causa
- Fase di trattazione della causa
- Fase decisoria della causa

### **1. Fase preparatoria della causa.**

Nella prima fase si instaura il **contraddittorio** tra le parti: in questa fase i protagonisti principali sono le **parti**. Infatti, il contraddittorio si instaura tramite notificazione della citazione e solo in un momento successivo il rapporto processuale viene esteso al giudice, divenendo trilaterale, mediante la costituzione di una o entrambe le parti. Le attività processuali riconducibili alla fase preparatoria sono pertanto le seguenti:

- a. Proposizione e presentazione degli **atti introduttivi** del giudizio
- b. Designazione del **giudice istruttore**

### **2. Fase di trattazione della causa**

Il codice di procedura conosce il termine ‘trattazione’: l’articolo 174, che individua le funzioni del giudice istruttore, ricorre proprio all’espressione “trattazione della causa”. Significa sostanzialmente svolgere due tipi di attività processuali, che nascono dal contributo sia del **giudice istruttore (ora coinvolto)** sia delle **parti**:

- a. ***Trattazione in senso stretto della causa***: approfondimento, chiarimento, specificazione delle istanze di tutela giurisdizionale, svolte con gli atti introduttivi, nel contraddittorio tra le parti (**thema decidendum**). Si tratta di un complesso di attività processuali, svolte sia dal giudice che dalle parti, che sono finalizzate a **chiarire sul piano fattuale o giuridico il contenuto delle istanze** (tanto le domande quanto le difese).
- b. ***Istruzione probatoria***: finalizzata alla **ammissione e assunzione dei mezzi di prova**. Le istanze istruttorie devono essere svolte dalle parti che vogliono provare i fatti posti a fondamento delle loro istanze; il giudice dovrà giudicare la loro ammissibilità e in caso positivo, dovrà assumere le prove costituende. I mezzi di prova sono infatti lo **strumento nell’esclusiva disponibilità delle parti** che consente al giudice di stabilire la fondatezza della domanda giudiziale o del mezzo difensivo (*c.d. thema probandum*).

La **trattazione in senso stretto** è un **momento irrinunciabile** del processo ordinario di cognizione, in quanto le parti hanno sempre un’esigenza più o meno marcata di precisare o specificare le proprie istanze alla luce del contraddittorio: l’attore vuole replicare alle difese del convenuto e il convenuto vuole controreplicare alle difese dell’attore. L’**istruzione probatoria** è invece una **fase eventuale**; nelle cause civili e commerciali è molto comune che una porzione significativa di prove siano preconstituite (= documenti) che non necessitano di essere assunte nel processo. Infatti, il Codice fa spesso riferimento all’attività con cui la parte produce in giudizio un documento con l’espressione “documenti offerti in comunicazione”, nel senso che il documento, pur soggiacendo a un giudizio di ammissibilità del giudice istruttore, deve essere semplicemente letto e conosciuto nel suo contenuto dal giudice, senza alcuna specifica attività di acquisizione. Vi è infine un ultimo passaggio nella fase di trattazione:

- c. ***Rimessione della causa in decisione***: la fase di trattazione della causa, che può esigere il succedersi di **due o più udienze**, si conclude con il **provvedimento** con cui il giudice istruttore **rimette la causa in decisione**. La rimessione della causa in decisione avviene quando **la causa è matura per la decisione** (art. 187 c.p.c.). Tale maturità della causa per la decisione può dipendere sostanzialmente da due situazioni:

A. **Maturazione di una decisione nel merito**: la prima ipotesi è che la causa sia matura per una decisione nel merito; il **thema probandum** è stato pienamente o sufficientemente acquisito e il giudice

istruttore ritiene che vi siano **prove sufficienti per decidere la causa** e dunque per stabilire se la domanda dell'attore e/o l'istanza difensiva siano fondate o infondate. Le decisioni sulle domande avanzate in via principale e sulle istanze difensive devono essere di regola concordate; tuttavia, non è sempre così in quanto, rispetto alla domanda riconvenzionale o rispetto al terzo chiamato, ci può essere anche indipendenza tra le istanze.

**B. Emersione di una questione idonea a definire la causa:** la maturazione per la decisione può avversi anche per motivi diversi, ossia quando il giudice istruttore ritiene che per effetto di un'**eccezione del convenuto** o, laddove consentito, di un **rilievo ufficioso dello stesso GI** sia emersa una questione avente efficacia incidentale idonea a definire la causa. Vi sono due tipi di tali questioni:

- 1) **Questioni pregiudiziali di rito** (o attinenti al processo): attengono a un presupposto processuale
- 2) **Questioni preliminari di rito**: attengono invece al merito della controversia poiché riguardano fondamentalmente un fatto avente efficacia e.m.i. del diritto dell'attore.

**N.B.** Tanto l'aggettivo 'pregiudiziali' quanto l'aggettivo 'preliminari' hanno il medesimo significato, in quanto descrivono entrambi questioni che vanno decise prima del merito. Il codice, tuttavia, definisce come pregiudiziali quelle relative al rito, mentre preliminari quelle attinenti al merito.

La causa può essere rimessa in decisione ogni qual volta il giudice ritenga che tale questione sia idonea a definire la causa, che nel merito può essere non ancora matura; si tratta infatti di accertamenti da fare precedentemente, in modo da evitare un'istruzione inutile.

### **3. Fase decisoria della causa**

Nella terza fase domina il **giudice**, poiché il punto focale della stessa è la **sentenza definitiva**; non solo la sua pronuncia e relativa pubblicazione, ma anche la sua formazione. Le parti svolgono un ruolo marginale; si limitano a depositare i cosiddetti scritti conclusionali, che assumono rilevanza in presenza della fase istruttoria, ovvero soltanto se è stato necessario acquisire dei mezzi di prova. Il momento di **formazione della decisione** (ed in particolare le modalità) è quasi totalmente trascurato dalle norme del codice, fatta eccezione per alcune regole:

- Vi sono **regole molto ovvie**, come quelle che fanno riferimento e tengono conto delle esigenze di efficacia processuale. Si pensi ad esempio alla norma che stabilisce che il giudice debba prima risolvere le questioni pregiudiziali – ammissibilità della domanda – e poi analizzarla nel merito;
- Altre regole sono **più sorprendenti**, come quelle che specificano le modalità di risoluzione dei problemi giuridici. Il giudice, nel pronunciare la sentenza, risolve uno o più **problemi giuridici**; indubbiamente si occupa del fatto concreto, che deve essere inquadrato giuridicamente, ma per mezzo dell'accertamento del diritto soggettivo deve giungere alla **risoluzione di un quesito giuridico**. Tornando alla natura sorprendente di alcune regole, vi è per esempio un articolo che prevede che il giudice **pronunci il dispositivo e quindi (leggasi, dopo) rediga la motivazione**; questo appare controintuitivo, in quanto il dispositivo (che stabilisce se l'attore ha torto o ragione) dovrebbe essere la conseguenza della motivazione. Chi ha scritto tale norma aveva in mente che la soluzione ad un quesito giuridico è anzitutto il **risultato di un'intuizione** (risposta istintiva e impulsiva alla luce della propria competenza), e non tanto di un ragionamento. Solo in un momento successivo si cercano gli argomenti a supporto di tale intuizione; appare chiaro che, nella ricerca, potrebbero sorgere degli argomenti che modifichino la soluzione originariamente intuita, correggendone il tiro.

Nella fase decisoria un altro tema rilevante è quello della **camera di consiglio**, ossia il luogo al contempo fisico e temporale in cui la sentenza viene deliberata. Tale momento è presente:

- Sia nel caso in cui la decisione sia presa dal **tribunale in composizione collegiale**: riunione a tre
- Sia nel caso in cui la decisione sia presa dal **tribunale in composizione monocratica**: un solo giudice

In entrambi i casi la camera di consiglio si caratterizza per la **segretezza**; nessuno sa ciò che accade in camera di consiglio e come si forma quella decisione, in particolare se la decisione collegiale sia stata presa a maggioranza ovvero all'unanimità. L'unica cosa che emerge dalla camera di consiglio, oltre alla **sentenza** e alla sua **motivazione**, è il nome del giudice che ha redatto la motivazione (c.d. **giudice relatore**):

- Nel caso del tribunale in composizione collegiale, il **giudice relatore** è quella componente del collegio che nelle fasi precedenti **ha istruito la causa**. Egli redige la motivazione in quanto ha per primo gestito la fase istruttoria, ha sentito i testi ed esaminato i documenti; ha dunque una visione più diretta della controversia.
- Nel caso del tribunale in composizione monocratica, il **giudice istruttore** è anche **giudice decidente**

### Il processo di cognizione prima della riforma del 2022

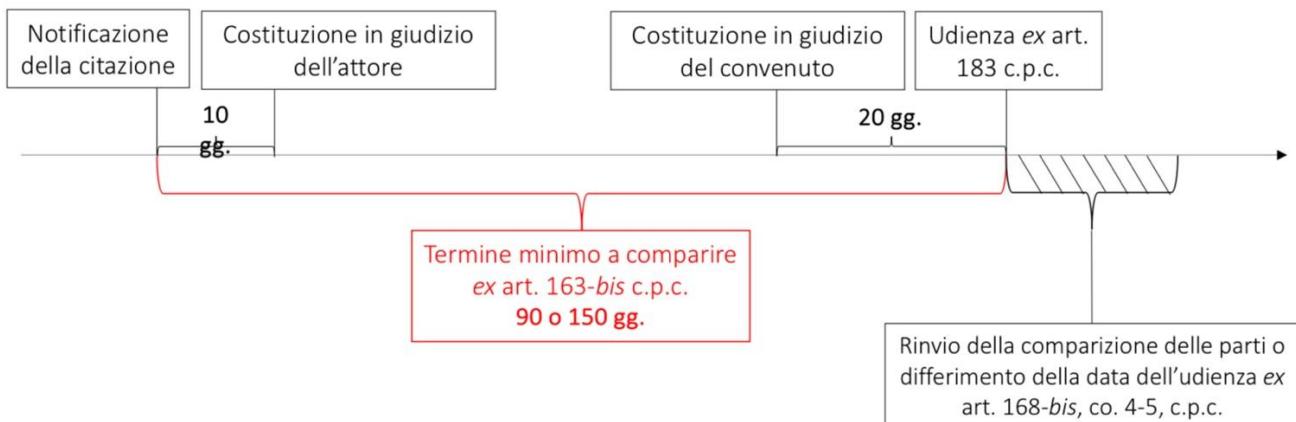
- ⇒ **La fase preparatoria** della causa si svolgeva **prima ed indipendentemente dall'udienza iniziale**; il contraddittorio si instaura fra le parti e non coinvolge il giudice. Le parti espandono il contraddittorio solo quando si costituiscono in giudizio: tale estensione si completa con l'udienza. L'unico luogo e momento in cui le parti incontrano il giudice (istruttore) è l'udienza, non essendo loro consentito di incontrarlo al di fuori di essa.
- ⇒ **L'udienza iniziale** era regolata dall'art. 183 c.p.c., che ne fissava le funzioni e il nome (**prima comparizione delle parti e trattazione della causa**). Da esso emergono con chiarezza le due funzioni basilari di tale udienza.
- ⇒ **La trattazione della causa in senso stretto** doveva essere svolta **esclusivamente verbalmente** all'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. e, previa autorizzazione del g.i., nelle tre memorie di trattazione scritta della causa di cui all'art. 183, comma 6, nn. 1-3, c.p.c. (successive all'udienza). Mentre la trattazione orale era imposta dalla legge, **la trattazione scritta nelle tre memorie era eventuale** in quanto rimessa alla volontà delle parti e subordinata all'autorizzazione con provvedimento del giudice istruttore. Nella prassi il giudice non aveva la possibilità di garantire una reale attività di trattazione in aula e dunque il deposito delle memorie era un automatismo nella pratica. Era una prassi quasi obbligata dal fatto che le parti non fossero in grado di trattare la causa in udienza.
- ⇒ **L'istruzione probatoria** (se necessaria) si svolgeva sia durante l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. per quanto riguardava **l'ammissione delle istanze istruttorie**, sia durante l'**«udienza di assunzione dei mezzi di prova»** di cui all'art. 184 c.p.c. per l'acquisizione delle prove ammesse. Le parti, cioè, all'udienza dell'articolo 183 formulavano le istanze istruttorie non formulate negli atti introduttivi; il giudice istruttore, all'udienza stessa o con un'ordinanza pronunciata entro 30 giorni dopo l'udienza, stabiliva quali istanze riteneva ammissibili e quali no. Il giudice procedeva poi all'acquisizione dei mezzi di prova ammessi precedentemente.
- ⇒ **Quando la causa era matura per la decisione**, il g.i. rimetteva la causa in decisione e fissava l'udienza PC (di **precisazione delle conclusioni**) di cui all'art. 189 c.p.c., a cui seguiva il deposito degli **scritti conclusionali**. Dal deposito dell'ultimo scritto decorreva il termine per il deposito della sentenza: 30 giorni per il tribunale monocratico e 60 giorni per il tribunale collegiale (ovviamente si tratta di termini ordinatori).

### Il processo di cognizione dopo la riforma del 2022

- ⇒ **La fase preparatoria** rimane precedente alla prima udienza.
- ⇒ **L'udienza iniziale** rimane regolata dall'art. 183 c.p.c. e prende il nome di **udienza di prima comparizione e trattazione della causa**. Nell'udienza ex art. 183 devono comparire le parti (ugualmente a prima della riforma del 2005), ma non c'è più una vera e propria trattazione della causa in udienza (*rif. memorie integrative*).

- ⇒ **La trattazione della causa in senso stretto** è divenuta **esclusivamente scritta** e si svolge esclusivamente prima dell'udienza iniziale tramite il **deposito di tre memorie integrative** per parte, regolate dall'art. **171-ter c.p.c.**, senza alcun bisogno di una precedente autorizzazione da parte del giudice istruttore.
- ⇒ **L'istruzione probatoria**, qualora necessaria, continua a svolgersi sia durante l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. per quanto riguarda **l'ammissione delle istanze istruttorie**, sia durante l'**«udienza di assunzione dei mezzi di prova»** per l'acquisizione delle prove ammesse, a cui non è più dedicato alcun articolo.
- ⇒ **Quando la causa è matura per la decisione**, il giudice istruttore rimette la causa in decisione e fissa ***l'udienza di rimessione della causa in decisione*** di cui all'art. **189 c.p.c.**; la precisazione delle conclusioni e il deposito degli **scritti conclusionali** si compiono anteriormente all'udienza. Vi è inoltre un intervento del giudice prima dell'udienza che va a sostituire ciò che avveniva in udienza ex art. 183: la **verifica della regolarità del contraddittorio**. Le attività di correzione sulla regolarità del contraddittorio avvengono, se necessarie, entro i 15 giorni successivi al termine di costituzione del convenuto, come stabilito dal 171-bis.

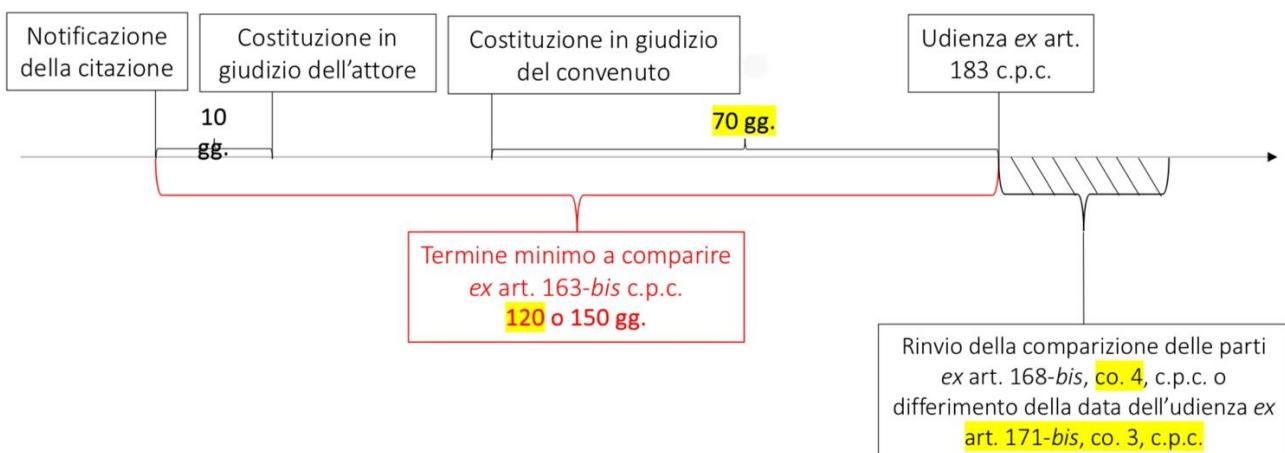
### LA FASE PREPARATORIA DELLA CAUSA: PRE RIFORMA



Dunque, nella fase preparatoria della causa che portava all'udienza ex art 183 c.p.c.:

- La **domanda** si propone con **notificazione dell'atto di citazione**, da cui decorre per l'attore il termine di 10 giorni per costituirsi; se non vi provvede, sarà dichiarato contumace (sempreché il convenuto si costituisca); se nemmeno il convenuto si costituisce, si ha estinzione del processo ex art 171 c.p.c.
- La **data dell'udienza** doveva garantire al convenuto un **termine minimo a comparire** di 90 o 150 giorni, decorrente dalla data della notifica dell'atto di citazione. Il primo termine oggi è cambiato (120 gg).
- Il **convenuto doveva costituirsi in giudizio**, a pena di decadenza, **almeno 20 giorni prima dell'udienza**. Entro tale termine il convenuto doveva proporre eccezioni in senso stretto, domanda riconvenzionale, istanza di chiamata in causa del terzo. Anche questo termine oggi è cambiato (70 gg).
- L'**udienza poteva essere rinviata o differita** ex art 168-bis, rispettivamente commi 4 e 5 (*segue*)

### LA FASE PREPARATORIA DELLA CAUSA: POST RIFORMA



Ricapitolando, le principali modifiche relative alla fase preparatoria intervenute con la riforma sono le seguenti:

- Il termine per la **costituzione in giudizio per convenuto** è passato da **20 a 70 giorni** prima dell'udienza;

- Conseguentemente, il **termine a comparire** è stato prolungato **da 90 a 120 giorni** (per il caso del convenuto residente in Italia), mentre è rimasto di 150 giorni per il convenuto residente all'estero;
- Sono stati garantiti i poteri di rinvio e di differimento dell'udienza: tuttavia il potere di differimento non si trova più nell'art 168-bis, comma 5 ma è stato spostato nell'art 171-bis, comma 3, c.p.c.

### **L'assegnazione della causa a un giudice**

- **Indicazione dell'ufficio giudiziario:** l'attore, nell'atto di citazione, deve indicare l'ufficio giudiziario adito (l'attore può individuare l'ufficio giudiziario che intende adire sulla base delle regole processuali che definiscono **giurisdizione e competenza**). Il convenuto, costituendosi tempestivamente, può eccepire sia l'incompetenza del giudice adito dall'attore, sia il suo difetto di giurisdizione.
- **Giudice fisico:** ci sono delle regole processuali che consentono di stabilire quale giudice persona fisica, all'interno di un dato ufficio giudiziario, è incaricato di istruire la causa.

**Costituzione in giudizio dell'attore:** unitamente al fascicolo di parte, l'attore (o, *in mancanza*, il convenuto) quando si costituisce presenta anche la cosiddetta **nota di iscrizione a ruolo**; si tratta di un documento di **natura più amministrativa** che processuale, con cui chiede l'iscrizione a ruolo della causa che lui ha introdotto. La cancelleria dell'u.g. adito cura l'iscrizione della causa nel **ruolo generale delle cause civili**, che consiste nell'elenco di tutte le cause civili promosse davanti a un determinato ufficio giudiziario. La caratteristica principale è una **numerazione progressiva per anno** di ciascuna causa; il numero di ruolo generale identifica quindi una causa specifica e la distingue dalle altre pendenti davanti al medesimo ufficio giudiziario. Il deposito del fascicolo di parte e della nota di iscrizione a ruolo viene effettuato dall'attore presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario adito; questo deposito è **oggi interamente telematico**.

**Ruolo della cancelleria:** ricevuto il deposito del fascicolo e della nota, la cancelleria si occupa di:

1. **Formare il fascicolo d'ufficio**, che raccoglie **tutti gli atti del procedimento**, sia di parte che del giudice. Al momento della creazione del fascicolo, questo conterrà soltanto il fascicolo di parte dell'attore e la nota di iscrizione a ruolo;
2. **Rimettere il fascicolo d'ufficio al Presidente dell'ufficio giudiziario adito**. Negli uffici giudiziari composti da plurime sezioni, il Presidente rimette a sua volta il fascicolo al presidente di una sezione.

**Individuazione del giudice 'precostituito':** Il presidente dell'ufficio giudiziario, ricevuto il fascicolo, ha l'obbligo di individuare il giudice **persona fisica** secondo il meccanismo stabilito dal codice, che costituisce un'attuazione della garanzia costituzionale di cui all'art. 25, comma 1. È la legge a stabilire non solo l'ufficio giudiziario che deciderà la controversia (giurisdizione e competenza), ma anche il giudice persona fisica che si occuperà personalmente di istruire e decidere la causa. Il meccanismo si basa sulla **calendarizzazione delle udienze**: all'inizio di ogni anno giudiziario, il presidente dell'ufficio redige un calendario stabilendo per ogni giorno d'udienza qual è il giudice persona fisica che si occuperà delle controversie la cui prima udienza cade nei giorni stabiliti. Il presidente non sa quante e quali cause saranno introdotte da altrettanti attori con fissazione delle relative udienze. Stabilisce solo che **nei giorni fissati per le prime udienze**, nel corso di tutto l'anno giudiziario, **siano già definiti i giudici persone fisiche appartenenti a quell'ufficio che se ne occuperanno**. Ecco allora che il giudice persona fisica preconstituito dalla legge nasce dall'incrocio di due scelte: la prima è quella del presidente dell'u.g. che calendarizza le prime udienze; l'altra è quella di ciascun attore che fissa nella citazione la data della prima udienza per la causa (nel rispetto del termine minimo a comparire).

**Composizione monocratica e collegiale:** il d.lgs. 51/98 ha introdotto, accanto alla tradizione composizione collegiale del Tribunale (3 magistrati), la composizione monocratica. Gli artt. 50-bis e 50-ter c.p.c. ripartiscono le competenze tra le due composizioni del Tribunale; ad oggi, oltre il 90% delle cause civili è competenza del Tribunale monocratico.

**Designazione del giudice istruttore:** il codice del 1942 ha previsto una distinzione tra il **giudice che istruisce la causa** e il **giudice che decide la causa**. Il giudice che istruisce la causa si chiama da sempre **giudice istruttore (GI)** ed è quel

## Diritto Processuale Civile I

giudice persona fisica a cui la causa è assegnata in base a quel **meccanismo** di cui sopra. Il giudice istruttore “è investito di tutta l’istruzione della causa” ex art. 174 c.p.c; dirige e talvolta compie le attività necessarie per approfondire tanto le istanze di parte quanto la vicenda oggetto della controversia. Lo scopo del giudice istruttore è quello di **raccogliere tutte le informazioni necessarie per decidere la causa**, con particolare attenzione alle prove.

- a. **Tribunale monocratico:** il giudice che **decide la causa** è lo stesso **giudice istruttore**. È il medesimo giudice che “cambia casacca”, nello specifico mutando da giudice istruttore a giudice decidente Durante l’udienza di rimessione della causa in decisione avviene il mutamento di tale qualifica.
- b. **Tribunale collegiale:** il **giudice istruttore**, che parimenti ha il compito di istruire la causa, sarà **uno dei componenti del collegio** che deciderà la causa. Il giudice istruttore, come vedremo, è il giudice relatore o estensore, cioè colui che **scriverrà la motivazione della sentenza**. Quando chi decide è un tribunale collegiale, il problema di disallineamento tra la motivazione e il soggetto che la scrive, si può porre: può darsi che il giudice relatore/estensore sia chiamato a scrivere la motivazione in quanto è stato giudice istruttore, ma che non sia affatto d’accordo con la motivazione della decisione presa a maggioranza dal collegio. Sebbene dissentiva, deve comunque scrivere la sentenza, perché ha familiarità con il contenuto della causa e con quello degli atti.

### Il rinvio e il differimento della prima udienza

Nella prassi accadeva che, soprattutto nei tribunali più grandi, difficilmente le parti comparissero davanti al giudice nel giorno che aveva stabilito l’attore nell’atto di citazione; in base all’articolo 168-bis, il GI aveva il **potere di spostare la data della prima udienza**. Questo potere poteva essere esercitato per due ragioni: la prima era e continua a essere prevista al quarto comma dell’articolo 168-bis, la seconda era prevista al quinto comma (abrogato dalla riforma).

- a. Il comma 4 concede al giudice istruttore il potere di spostare la comparizione delle parti **quando non tiene udienza nel giorno stabilito dall’attore**. Questo potere è assolutamente fisiologico. Ad es. all’inizio dell’anno giudiziario, il Presidente del Tribunale stabilisce che il giudice Tizio tiene udienza il martedì. Nell’atto di citazione l’attore fissa una data d’udienza nel rispetto dell’articolo 163-bis che coincide con il 29 ottobre 2023, che non è un martedì. Quando la causa viene iscritta a ruolo, cioè nel momento in cui l’attore si costituisce in giudizio, il presidente assegna la causa a Tizio come giudice istruttore. Il giudice istruttore, in base all’articolo 168-bis, sosterà la data dal 29 ottobre al primo martedì disponibile, cioè al 31 ottobre.
- b. Il comma 5, oggi abrogato, concedeva al giudice istruttore il potere di **differire la data dell’udienza fino a un massimo di 45 giorni**; la violazione del termine non implicava alcuna sanzione, accadeva dunque che il giudice differisse ben oltre i 45 giorni. La ragione di questo potere discrezionale era legata alle **esigenze del carico di lavoro del giudice**; si ricordi che il differimento ai sensi del quinto comma comportava anche un differimento del termine per la costituzione del convenuto. Lo stesso non valeva (e non vale) quando il giudice, ai sensi del quarto comma, non differisce la data dell’udienza, ma semplicemente rinvia la comparizione delle parti: in questo caso il termine per il convenuto si calcola sempre a partire dalla data fissata dall’attore. Una riprova si ha nel fatto che solo per il differimento del quinto comma era prevista una comunicazione alle parti a opera della cancelleria del giudice. In seguito alla riforma, qualora **il giudice non sia in grado di esaminare tutti gli atti depositati sino ad allora**, l’art. 171-bis, comma 3, c.p.c. gli consente di disporre d’ufficio lo **spostamento** dell’udienza fino ad un massimo di 45 giorni.

### L’udienza ex art. 183 c.p.c.: pre riforma

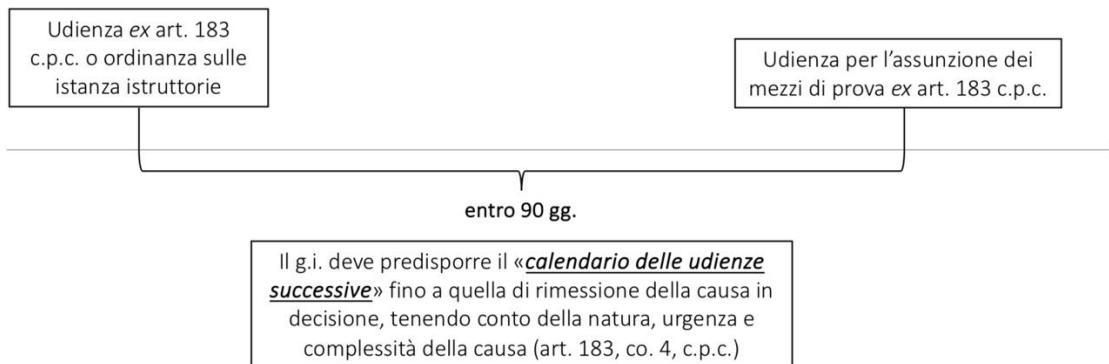
La c.d. prima udienza, nelle intenzioni del Codice di procedura (ispirato alla dottrina), avrebbe dovuto essere il **fulcro della trattazione orale della causa**; tuttavia, come spesso accade, vi era una significativa differenza tra *law in the books* e *law in action*; il principio dell'oralità non è mai riuscito ad imporsi nella prassi e la riforma ha tenuto conto di ciò.

- Prima della riforma, ma soltanto dal 2005 in poi, era assente l'**obbligo di comparizione personale delle parti**; esse potevano infatti comparire attraverso i propri difensori. Vi erano tuttavia due eccezioni:
  - a. Il giudice voleva **interrogare personalmente la parte** (*previa adozione di un provvedimento*)
  - b. In caso di **istanza congiunta di tutte le parti** che domandavano al giudice di esperire un **tentativo di conciliazione** ex art. 185 c.p.c.; tale ipotesi, nella prassi, non si verificava mai
- Il giudice istruttore **provvedeva sulle richieste istruttorie** (anche con ordinanza emanata fuori udienza) e fissava l'udienza di assunzione dei mezzi di prova ex art. 184 c.p.c.

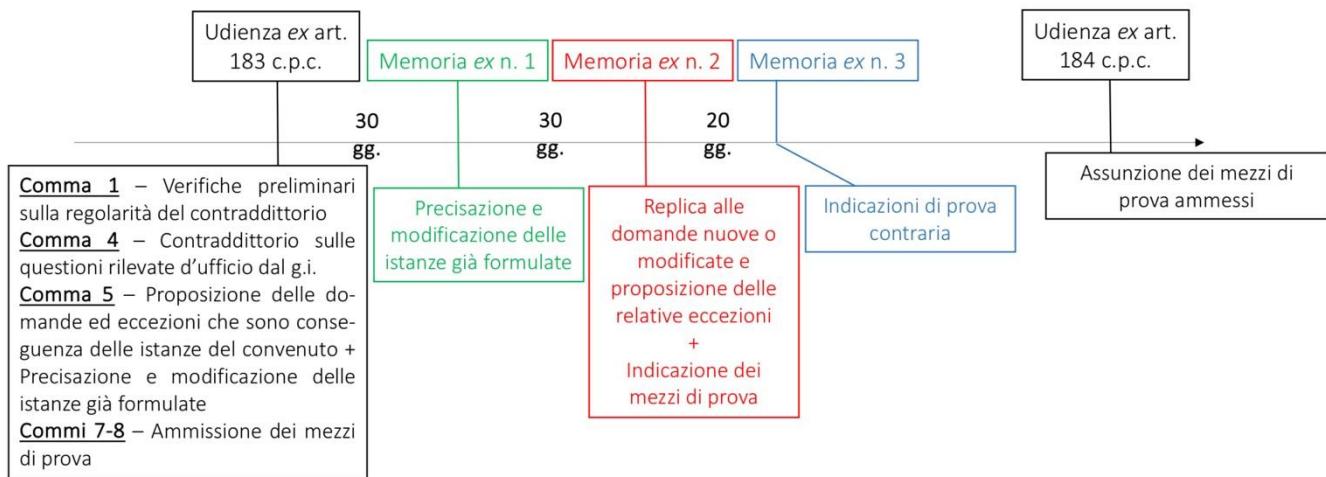
### L'udienza ex art. 183 c.p.c.: post riforma

La riforma Cartabia ha apportato rilevanti modifiche all'udienza ex art. 183 c.p.c.; tra di esse troviamo:

- L'**anticipazione scritta della trattazione della causa** nelle memorie integrative di cui all'art. 171-ter c.p.c.; oggi, dunque, la c.d. prima udienza non è più un momento rilevante nella fase di trattazione della causa
- La reintroduzione dell'**obbligo di comparizione personale** delle parti, che era stato abrogato nel 2005, finalizzata al **libero interrogatorio** delle stesse da parte del giudice istruttore e all'esperimento, reso obbligatorio dal riformato comma 3 dell'art. 183 c.p.c., di un **tentativo di conciliazione** ex art. 185 c.p.c.
- Il giudice istruttore provvede, **in udienza** o con successiva **ordinanza sulle istanze istruttorie**, sulle richieste istruttorie e predispone il **calendario delle udienze successive** fino a quella di rimessione della causa in decisione, tenendo conto della natura, urgenza e complessità della causa (art. 183, comma 4, c.p.c.). Tra le udienze successive vi sono naturalmente quelle volte all'**assunzione dei mezzi di prova** dichiarati ammissibili
- L'udienza per l'assunzione dei mezzi di prova ex art. 183, in seguito alla riforma, deve essere necessariamente fissata nel **calendario delle udienze al massimo 90 giorni dopo la prima udienza** (o, in caso, l'ordinanza)



### FASE DI TRATTAZIONE DELLA CAUSA: PRE RIFORMA



Prima della riforma la trattazione della causa si svolgeva **principalmente in udienza** ed era delegata alle memorie scritte solo parzialmente. In udienza dovevano accadere tre cose:

### 1. **Verifica del contraddittorio da parte del giudice istruttore (comma 1)**

Il giudice istruttore doveva verificare che sussistessero tutti i presupposti processuali necessari per garantire l'ammissibilità della domanda. Infatti, l'art 183 stabiliva che tale verifica era per il giudice la **prima cosa da fare**: l'assenza di un presupposto processuale non solo rendeva inammissibile la domanda (e il giudice pronunciava relativa **sentenza di inammissibilità**), ma soprattutto si correva il rischio (in caso di mancato accertamento del difetto di un presupposto processuale) di **viziare tutte le attività processuali** successive.

### 2. **L'attività di vera e propria trattazione della causa**

Le parti dovevano trattare la causa in udienza in rapporto a due tipologie di questioni:

- Rilievo ufficioso del giudice (comma 4):** se il giudice riteneva, sulla base di quanto allegato dalle parti negli atti introduttivi, che fosse opportuna la **trattazione di una questione rilevabile d'ufficio** (es. nullità contratto), doveva rilevare d'ufficio quella questione alla prima udienza. In questo modo si consentiva alle parti in udienza di **proporre domande o eccezioni conseguenti alla questione rilevata dal giudice**. Le parti non devono necessariamente arrendersi alla rilevazione d'ufficio di una questione, potendo **contestarla attraverso un'eccezione o una vera e propria domanda**.
- Trattazione delle questioni dedotte dalla controparte nell'atto introduttivo (comma 5):** si trattava della vera e propria attività di trattazione della causa; essa riguardava anzitutto l'attore, in quanto in udienza poteva **replicare alle difese avanzate dal convenuto**. Si noti che l'esigenza di replica non c'è solo nel caso di domanda riconvenzionale, bensì anche nel caso in cui il convenuto abbia semplicemente sollevato un'eccezione (ovvero abbia fatto valere fatto e.m.i.). L'attore potrà ad esempio replicare opponendo in via di eccezione un nuovo fatto costitutivo, ossia un nuovo elemento a sostegno della sua domanda che contrasta quell'effetto e.m.i. eccepito dal convenuto.
  - Esempio della prescrizione:** se il convenuto eccepisce la prescrizione del diritto fatto valere dall'attore, quest'ultimo potrà eccepire **l'interruzione della prescrizione** (es. *diffida ad adempiere*). L'eccezione di interruzione della prescrizione è un ulteriore fatto costitutivo della domanda dell'attore, che integra la fattispecie costitutiva della domanda.
  - Esempio della domanda riconvenzionale:** qualora il convenuto si difenda proponendo una domanda in via riconvenzionale, l'attore avrà a disposizione **tutte le difese** (*salvi i termini di decadenza*) previste dal codice per il convenuto per difendersi da tale domanda.

Tutte le attività di replica dell’attore al convenuto dovevano essere fatte dall’attore **verbalmente in udienza**. La medesima regola valeva per il convenuto, in forza del principio della parità d’armi: egli doveva **integrare le proprie difese** nei limiti di quanto consentito (mere difese o eccezioni in senso lato) oppure poteva **controreplicare** alle repliche dell’attore.

3. **Precisazione o modificazione delle proprie istanze (comma 5)**: per quanto attiene alle istanze formulate dalle parti negli **atti introduttivi**, il codice ammetteva la possibilità di **precisarle** o persino **di modificarle**. Ciascuna parte poteva infatti trattare la causa avvalendosi di un vero e proprio diritto di cambiare idea (*ius penitendi* o diritto di pentirsi), il cui esercizio permetteva di **mutare l’originaria domanda**. Tale potere vale entro **limiti molto rigorosi**. A differenza dei punti precedenti, in cui le attività della parte sono indotte da un altro soggetto (il giudice o la controparte) che **stimola il contraddittorio**, lo *ius penitendi* poteva essere esercitato indipendentemente da ciò che fa il giudice o la controparte. È dunque un’attività di trattazione della causa **indipendente dal contraddittorio**.

### 3. L’ammissione dei mezzi di prova (commi 7 – 8)

#### Le memorie scritte: pre riforma

Qualora le parti in udienza presentassero **richiesta di produzione delle memorie scritte** ai sensi dell’**art. 183, co 6** c.p.c. una parte di queste questioni poteva essere svolta per iscritto anziché verbalmente in udienza. La *ratio* di tale possibilità si base sulla difficoltà, specie in cause civili e commerciali complesse, di replicare in udienza e allegare fatti per rispondere alle questioni **rilevate d’ufficio dal giudice o introdotte ex novo dalla controparte** (*ad es. ius penitendi*).

Per questi motivi, il legislatore del 2005 ha introdotto le tre memorie di cui al sesto comma, le quali andavano depositate entro tre **termini perentori** precisi:

- **Memoria n.1**: 30 giorni, che decorreva dall’udienza di cui all’art 183 c.p.c.;
- **Memoria n.2**: 30 giorni, che decorreva dalla scadenza del termine per il deposito della prima;
- **Memoria n.3**: 20 giorni, che decorreva dalla scadenza del termine per il deposito della seconda.

Le attività che potevano essere delegate tramite le memorie alla trattazione scritta erano relative a:

- *Ius penitendi*
  - a. **Memoria n.1**: esercizio dello *ius penitendi* (precisazione e modificazione di istanze già formulate)
  - b. **Memoria n.2**: replica alle domande nuove o modificate e proposizione delle relative eccezioni
- *Potere istruttorio*
  - a. **Memoria n.2**: indicazione dei mezzi di prova (*N.B. contenuto complesso*)
  - b. **Memoria n.3**: Indicazioni di prova contraria

#### Principi ispiratori della fase di trattazione: pre riforma

Questo stato delle cose rifletteva un **approccio dogmatico-teorico** alla base del Codice del 1940, che si deve ad uno dei padri fondatori del diritto processuale civile italiano: Giuseppe Chiovenda, vissuto a cavallo fra Ottocento e Novecento. In particolare, le sue teorie hanno ispirato i principi regolatori della trattazione della causa civile:

- **Princípio dell’immediatezza**, per cui **non deve esserci filtro tra le parti e il giudice** (istruttore) ai fini della trattazione della causa. Se la trattazione della causa serve a far capire al giudice ciò che le parti vogliono, allora non

dev'esserci alcun tipo di mediazione fra le dichiarazioni delle parti (*rese per mezzo dei difensori*) e il giudice. In ragione di ciò, bisogna altresì garantire a giudice la **possibilità di chiedere alle parti qualsiasi cosa non gli sia chiara**.

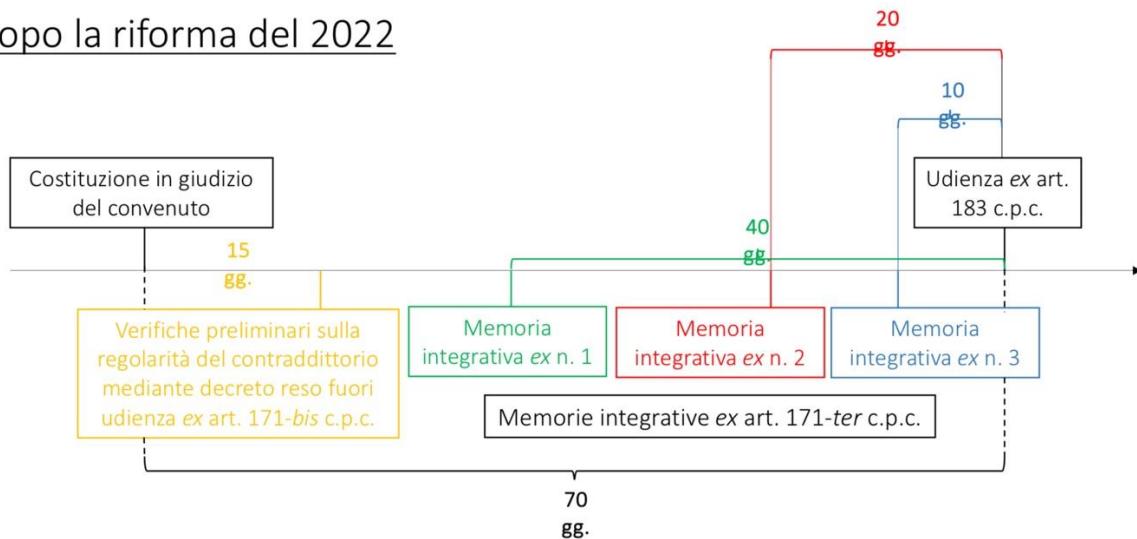
Secondo Chiovenda, anche l'atto scritto era una forma di deviazione. Riteneva che ciò che potesse essere chiarito verbalmente, non poteva essere chiarito allo stesso modo tramite un atto scritto (*specie se scritto male*). Di fronte alla dichiarazione verbale in udienza, **le possibilità di incomprensioni si riducono in maniera significativa** poiché il giudice può chiedere chiarimenti. Dunque, l'immediatezza funziona fintanto che c'è incontro fra parti e giudice.

- **Principio della concentrazione**, per cui bisogna ridurre lo spazio temporale tra il **momento in cui il giudice viene a conoscenza della causa** (dialogando con parti in udienza) e **momento in cui decide**. Al tempo si voleva evitare un allungamento dei tempi (fisiologici, non patologici come in tempi moderni) nella fase finale del processo (quella che va dalla trattazione alla decisione). Si volevano anticipare i tempi, in modo da **far conoscere tutto e subito al giudice**: quei 20 giorni prima dell'udienza entro cui il convenuto doveva costituirsi (oggi aumentati a 70) servivano proprio a garantire al giudice di comprendere ciò che le parti volevano alla prima udienza. Spesso **il giudice era pronto a decidere già alla fine della prima udienza ma di fatto non poteva**, poiché aveva molte altre cause da decidere entro la fine dell'anno. Quindi di fatto, quella causa rimaneva in stato quiescente prima di arrivare alla sentenza e il giudice doveva sopportare la inevitabile dimenticanza.
- **Principio della oralità**, dal cui rispetto difende la reale efficacia dei principi sopra menzionati. Vi era una norma (oggi ancora presente) con cui si aprono le norme in materia di trattazione della causa: si tratta dell'**art. 180 c.p.c.**, il cui primo comma **impone la trattazione orale della causa**. Sino alla riforma del 2022 tale norma era **disattesa nella prassi**, in quanto il giudice sistematicamente concedeva le memorie. Tuttavia, almeno formalmente, risultava scritto che la trattazione dovesse svolgersi in udienza. Con la riforma del 2022 tale norma è stata **de facto abrogata**: infatti l'attività di trattazione causa si svolge, per legge, solo per iscritto; dell'oralità della causa non resta più niente.

*N.B. Non si tratta dell'unica disposizione codicistica radicalmente disattesa; basti pensare, a titolo di esempio, che le disposizioni attuative del c.p.c. impongono la redazione del verbale da parte di un cancelliere (mai successo).*

## FASE DI TRATTAZIONE DELLA CAUSA E MEMORIE SCRITTE: POST RIFORMA

Dopo la riforma del 2022



La riforma del 2022 ha **modificato il termine per la costituzione in giudizio del convenuto**, anticipandolo da 20 giorni prima dell'udienza ex art. 183 c.p.c. a **70 giorni prima** della stessa. L'anticipazione di tale termine, che il convenuto deve rispettare a pena di decaduta dei poteri difensivi speciali (*eccezioni in senso stretto, domanda riconvenzionale e chiamata in causa del terzo*) trova il suo fondamento nel caposaldo della riforma della fase di trattazione: tale fase, infatti, è divenuta **esclusivamente scritta** e da svolgersi **prima dell'udienza di prima comparizione delle parti**.

Queste memorie, a differenza di quelle che erano previste dall'art. 183(6), **non richiedono istanza di parte né provvedimento di autorizzazione del giudice**, essendo **previste per legge**. Ciascuna delle parti può scegliere liberamente se avvalersene o meno e, in caso affermativo, può esercitare tale diritto senza previa autorizzazione. Le tre memorie consentono di fare ciò che consentiva di fare in udienza l'art. 183 prima della riforma:

1. **Contraddittorio su questioni rilevate d'ufficio dal giudice**: ad esempio, se il giudice rileva la nullità del contratto la parte interessata potrà replicare con delle istanze in una delle memorie integrative;
2. **Trattazione della causa rispetto alle istanze della controparte**: ad esempio, l'attore che intenda replicare all'eccezione di prescrizione sollevata del convenuto può farlo in una delle memorie;
3. **Ius penitendi**: prima della riforma, lo *ius penitendi* poteva essere esercitato solo in udienza (ovvero, dietro richiesta, nelle memorie); oggi si può fare **soltanto per iscritto** in una di queste **memorie integrative**.

La trattazione della causa è oggi demandata alle memorie scritte ex art. 171-ter c.p.c., i cui **termini** sono i seguenti:

- **Memoria integrativa 1**: non oltre 40 giorni prima dell'udienza
- **Memoria integrativa 2**: non oltre 20 giorni prima dell'udienza
- **Memoria integrativa 3**: non oltre 10 giorni prima dell'udienza

Vediamo infine nel dettaglio il **contenuto di ciascuna delle memorie** integrative, in seguito alla riforma del 2022:

- **Memoria integrativa n.1**: proposizione delle domande e delle eccezioni che sono conseguenza delle istanze del convenuto (o del terzo); inoltre, precisazione o modifica delle istanze già proposte
- **Memoria integrativa n.2**: replica a domande ed eccezioni nuove o modificate dalle altre parti e proposizione delle eccezioni che sono conseguenza delle domande nuove formulate *ex adverso* nella memoria di cui al n. 1; inoltre, indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali

- **Memoria integrativa n.3:** replicare alle eccezioni nuove; inoltre, indicazione della prova contraria

*N.B. Nulla è cambiato circa il contenuto delle memorie per quanto attiene a ius penitendi e poteri istruttori; l'unica differenza, derivante dall'**anticipazione della trattazione rispetto all'udienza**, è la proposizione delle domande e delle eccezioni che sono conseguenza delle istanze del convenuto (mem. 1) e le relative repliche (mem. 2).*

### ***La verifica della regolarità del contraddittorio***

L'insieme delle attività che il giudice svolgeva all'inizio dell'udienza ex art. 183 volte alla verifica del contraddittorio devono necessariamente essere **anticipate in seguito alla riforma**, in quanto tale verifica svolta **in udienza risulterebbe tardiva** (*essendosi già svolta la trattazione della causa per iscritto*). Dunque, l'anticipazione della trattazione implica altresì un'anticipazione (rispetto all'udienza) della verifica della regolarità del contraddittorio.

Il giudice, decorso il termine di 70 giorni prima dell'udienza per la costituzione in giudizio del convenuto, ha **15 giorni** di tempo per compiere le **verifiche preliminari** circa la **regolarità dell'instaurazione del contraddittorio**; il risultato di tale attività, in linea teorica, è un **decreto reso fuori udienza** ai sensi dell'art. **171-bis**. Nella prassi, tuttavia, il giudice istruttore adotta tale provvedimento solo se ritiene che il contraddittorio sia **da regolarizzare** (a titolo di esempio, impone la *rinnovazione della citazione* ovvero *l'integrazione del contraddittorio al litisconsorte pretermesso*).

Come ogni altro termine imposto al giudice dal codice, **il termine dei 15 giorni è di natura ordinatoria**; accade infatti che il giudice non riesca a rispettare tale termine stringente, senza che ciò abbia di regola alcuna conseguenza. La *ratio* di tale scadenza è infatti evitare che inizi la trattazione della causa in presenza di un vizio in grado di inficiare la validità degli atti processuali; trattazione che, di fatto, inizia 40 giorni prima dell'udienza con il termine per la presentazione della prima memoria integrativa. È dunque fondamentale che la **verifica della regolarità del contraddittorio avvenga prima del decorso del termine per presentare la prima memoria integrativa**, altrimenti il provvedimento del giudice che censura il contraddittorio irregolare sarebbe **viziato**, avendo consentito alle parti di compiere delle attività che sarebbero altrimenti illegittime. In conclusione, *de iure* il giudice ha 15 giorni per adottare tale provvedimento; **de facto, ha a disposizione 30 giorni** per adottarlo senza che vi sia alcuna conseguenza.

### **FASE DECISORIA: PRE E POST RIFORMA**

Il momento chiave che segnava e continua a segnare il passaggio dalla fase di trattazione alla fase di decisione della causa prende il nome di **rimessione della causa in decisione**. La rimessione della causa in decisione è una **decisione discrezionale del giudice istruttore**: le parti possono eventualmente **impugnare la sentenza** se il giudice ha rimesso la causa in decisione quando ritengano che questa non fosse matura per essere decisa. Tuttavia, nel momento in cui il giudice compie tale decisione, la causa è in fatto rimessa in decisione **senza che le parti possano opporsi**.

*Cosa determina la decisione di rimettere la causa in decisione?* L'**art. 187** c.p.c., rispondente a tale domanda, è rimasto invariato anche dopo la riforma. La risposta è complessa, in quanto tale maturità si realizza in **tre situazioni diverse**:

1. **Termine dell'istruzione probatoria:** dopo aver acquisito le prove, il giudice istruttore ritiene di avere chiari i fatti; in questo caso la maturità della causa per la decisione **riguarda il merito della causa**. La causa è rimessa in decisione quando è matura per essere decisa nel merito, ovvero quando i fatti posti a fondamento delle domande delle parti sono stati **sufficientemente provati**.

2. **Maturità nel merito in assenza di istruzione probatoria:** la causa può essere matura per la decisione anche senza bisogno di istruzione probatoria. Di fatto questa seconda ipotesi è solo una variante della prima e si verifica se i fatti a fondamento delle istanze sono già stati sufficientemente **provati dalle parti in via documentale** oppure i fatti posti a fondamento delle loro istanze sono **fatti pacifici (non controversi)**.

**Caso tipico:** *comunicazione con cui il convenuto ha riconosciuto in tutto o in parte il debito. L'attore viene esonerato da provare i fatti constitutivi, per la consonanza di vedute fra le parti.*

3. **Questione astrattamente idonea a definire la causa:** la causa può essere rimessa in decisione dal giudice sulla base di una questione che è astrattamente idonea a definirla. Tali questioni sono riconducibili a due categorie:

- **Questioni pregiudiziali di rito** (o questioni pregiudiziali attinenti al processo)

- **Questioni preliminari di merito** (come definite ex art. 187)

Pregiudiziale e preliminari sono sinonimi. Vi è infatti un **elemento comune** a entrambi i tipi di questione, ossia la loro **valenza incidentale**; tali questioni hanno rilevanza pregiudiziale o preliminare rispetto al merito/oggetto della domanda dell'attore. Ciò che differenzia queste questioni è la **qualifica: di rito o di merito**.

- **Questioni di rito:** mediante tali questioni viene **messo in dubbio un presupposto processuale**, in genere per effetto di eccezione del convenuto. Per esempio, l'attore propone la domanda giudiziale dinanzi al tribunale di Milano, ma il convenuto eccepisce la competenza del giudice ritenendo competente il tribunale di Roma. Questa eccezione mette in dubbio il presupposto processuale della "*competenza del giudice*", che risulta necessario per ammissibilità della domanda.
- **Questioni di merito:** tali questioni hanno ad oggetto **fatti e.m.i. del diritto dell'attore**, che non sono altro che l'oggetto tipico dell'eccezione del convenuto. In questo caso, vengono **messi in dubbio l'esistenza del diritto dell'attore o la sua efficacia**.

Entrambe le questioni (tanto se operano sul rito, quanto sul merito) sono astrattamente idonee a definire la causa perché se sono fondate portano il giudice a pronunciare rispettivamente:

- Una **sentenza definitiva di rito** con cui si dichiara **l'inammissibilità della domanda**;
- Una **sentenza definitiva di merito** con cui **si dichiara infondata la domanda** dell'attore.

Per tale astratta idoneità a definire la causa, entrambe queste questioni possono giustificare la remissione della causa in decisione. Pertanto, il **giudice istruttore** (preso atto che c'è ad esempio, eccezione di competenza sollevata dal convenuto) può già ritenere la causa matura per la decisione: non nel merito, ma sul piano dell'ammissibilità della domanda (sul piano del presupposto processuale). Il giudice si avvale di questo **potere discrezionale** di rimettere la causa in decisione sulla base della questione pregiudiziale di rito che appunto, ritiene fondata: **evita così il dispendio per la trattazione nel merito della causa**. Si tratta di un potere discrezionale del giudice, da cui una doppia valenza:

- **Nessuna delle parti può obbligare il giudice a tale decisione:** nessuna delle parti può costringere il giudice a rimettere la causa in decisione. Se lo desidera, può sollecitare tale decisione facendolo trapelare in udienza o tramite atti scritti; in ogni caso, è il giudice che in ultima battuta, ad esempio di fronte all'insistenza del convenuto, decidere se rimettere in decisione la causa;
- **Il giudice potrebbe sbagliare;** ciò potrebbe accadere in **due circostanze:**

- Ritiene infondata una questione che invece è fondata

Esempio: il giudice ritiene che l'eccezione di competenza non sussista. Il processo prosegue e la causa viene rimessa in decisione; in camera di consiglio, il giudice si accorge di aver sbagliato e che l'eccezione di incompetenza era in realtà fondata. A questo punto **può solo pronunciare una sentenza definitiva di rito**; le parti hanno dovuto spendere (inutilmente) tempo e risorse per fare tutta l'attività di istruzione e trattazione nel merito, ma potranno ottenere solo la sentenza definitiva di rito (che **non dice se ha ragione l'attore o il convenuto**, ma dice soltanto che **il giudice adito non è competente**);

- Ritiene fondata una questione che in realtà è infondata.

Esempio: il giudice ritiene erroneamente che l'eccezione di competenza sia fondata e rimette subito la causa in decisione. Giunto in camera di consiglio sulla base di una questione pregiudiziale di rito, scopre che l'eccezione in realtà è infondata. A questo punto, **poiché ha rimesso la causa in decisione, dovrà decidere**. L'ordinamento (sin dal Codice del 1940) concede una via d'uscita al giudice che abbia commesso un errore di prognosi: si tratta della c.d. **sentenza non definitiva** (il codice del 1865 la chiamava "*sentenza interlocutoria*"). Si tratta di una sentenza che non definisce la causa: è un provvedimento con cui il giudice **si pronuncia sulla domanda riconoscendola ammissibile**.

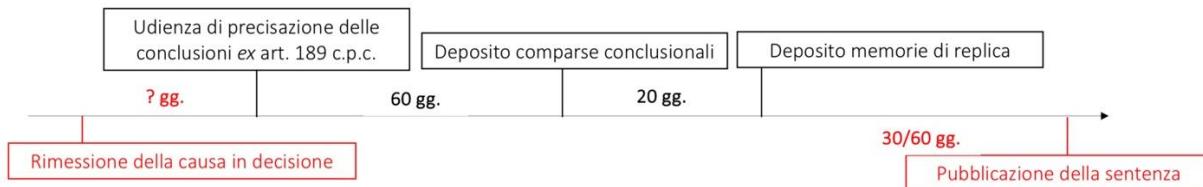
- Sentenza **definitiva** sulla questione pregiudiziale di rito: **domanda inammissibile**
- Sentenza **non definitiva** (questione pregiudiziale di rito infondata): **domanda ammissibile**

Il processo, nel secondo caso, **non può concludersi**: la sentenza non è definitiva, ma chiarisce che la domanda è ammissibile sul piano dei presupposti processuali (es. sul punto della competenza). Quando si pronuncia con sentenza non definitiva, il giudice istruttore **dove sempre disporre con provvedimento separato la riattivazione del processo**. Il processo torna alla fase precedente di trattazione della causa: si torna a fare l'acquisizione dei mezzi di prova e l'eventuale trattazione della causa nel merito, qualora non fosse stata fatta prima in quanto rimessa subito in decisione.

Quanto detto poc'anzi circa le sentenze definitive e non definitive di rito vale parimenti per le sentenze di merito. Si supponga ad esempio che l'attore si difenda nel merito eccependo un **fatto e.m.i. del diritto fatto valere dall'attore**; il giudice, *prima facie*, ritiene tale questione preliminare di merito fondata e rimette la causa in decisione:

- Qualora in camera di consiglio **tale considerazione trovi conferma**, il giudice istruttore pronuncerà una **sentenza definitiva di merito** che dichiara l'**infondatezza** della domanda dell'attore
- Qualora in camera di consiglio **si renda conto di aver commesso un errore**, il giudice pronuncerà una **sentenza non definitiva di merito** che si limita a dichiarare **ammissibile** la domanda dell'attore ; con separato provvedimento, il g.i. disporrà il ritorno del processo alla precedente fase di trattazione

#### Rimessione della causa in decisione: pre riforma



Variazioni TCM - trattazione mista della causa *ex art. 281-quinquies*, comma 2, c.p.c.

- trattazione orale della causa *ex art. 281-sexies* c.p.c.

Variazioni TCC - udienza di discussione orale della causa *ex art. 275* c.p.c.

Prima della riforma, tutte le attività e le considerazioni che conducevano il giudice alla rimessione della causa in decisione erano compiute all'esito dell'udienza *ex art. 183* c.p.c.; il giudice era libero di valutare quando rimettere la causa in decisione in base alle sue esigenze. Di norma lo faceva fissando l'**udienza di precisazione delle conclusioni** *ex art. 189*, ovvero l'**ultima udienza del processo** di cognizione. Da essa decorrevano due termini consequenziali:

- 60 giorni per il deposito delle **comparse conclusionali**;
- 20 giorni successivi per replicare con il deposito delle **memorie di replica**.

Ciascuna parte depositava la comparsa conclusionale entro 60 giorni, quindi poteva replicare alla comparsa conclusionale avversaria entro i 20 giorni successivi. Infine, dalla scadenza del termine per deposito delle memorie di replica, decorreva il termine di **30 giorni** (60 giorni se in composizione collegiale) per il **deposito della sentenza**.

*N.B. Tale meccanismo replica quello che prevedeva l'art. 183; in primis vi sono delle attività da svolgere in udienza (la precisazione delle conclusioni) e, successivamente, avviene il deposito degli atti scritti. Tra gli atti scritti, in particolare, le comparse conclusionali sono molto utili in quanto consentono al giudice di ricostruire rapidamente la causa.*

#### Variazioni tribunale in composizione monocratica (TCM)

- Decisione a seguito di trattazione mista (*art. 281-quinquies, comma 2, c.p.c.*): su **istanza di parte**, il giudice poteva disporre lo scambio delle **sole comparse conclusionali** e fissare l'udienza di discussione orale non oltre

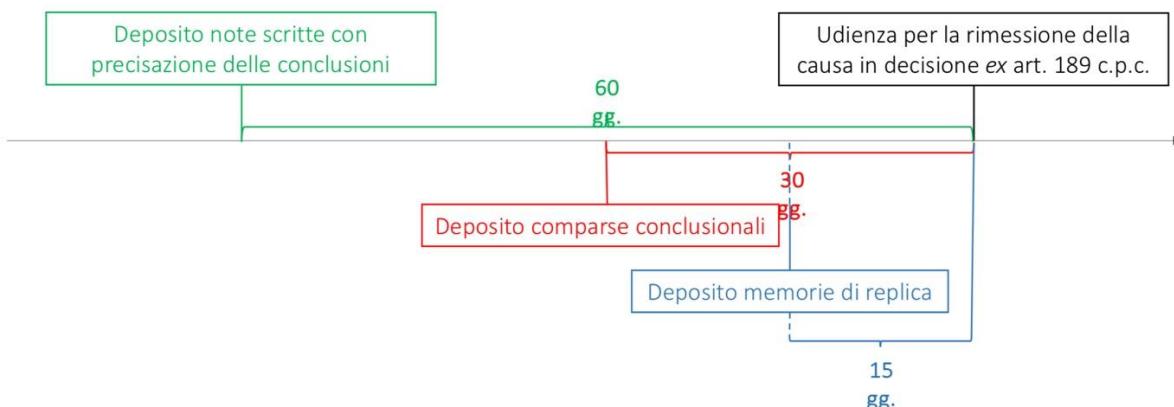
30 giorni dalla scadenza del termine per il deposito di tali comparse; il termine per il deposito della sentenza, infine, era pari a 30 giorni dopo l'udienza di discussione.

- Decisione a seguito di trattazione orale (art. 281-sexies c.p.c.): il giudice, fatte precise le conclusioni, poteva ordinare la **discussione orale** della causa nella stessa udienza (o, su istanza di parte, in un'udienza successiva). Il giudice **pronunciava la sentenza al termine della discussione**, leggendo il dispositivo ed esponendo concisamente le ragioni di fatto e di diritto. La sentenza si intende pubblicata con la sottoscrizione del verbale.

### **Variazioni tribunale in composizione collegiale (TCC)**

- Udienza di discussione orale della causa (art. 275 c.p.c.): ciascuna parte può chiedere che la causa sia **discussa oralmente davanti al collegio**; in tal caso, fermo restando il rispetto dei termini per il deposito delle difese scritte, la richiesta va presentata al Presidente del Tribunale (termini per il deposito delle memorie di replica) che provvede **fissando l'udienza entro 60 giorni**. La sentenza va **depositata nei 60 giorni successivi** all'udienza.

### **Rimessione della causa in decisione: post riforma**



Il modificato art. 189 c.p.c. descrive la rimessione della causa in decisione in seguito alla riforma del 2022; quando il g.i. ritiene che la causa sia matura per la decisione, fissa l'**udienza per la rimessione della causa in decisione**. A partire dalla data di tale udienza, procedendo a ritroso, si calcolano alcuni termini perentori per le parti:

- Deposito delle note scritte con **precisazione delle conclusioni**: 60 giorni prima dell'udienza
- Deposito delle **comparse conclusionali**: 30 giorni prima dell'udienza
- Deposito delle **memorie di replica**: 15 giorni prima dell'udienza

Una domanda sorge spontanea: se le conclusioni sono precise 60 giorni prima, se gli scritti conclusionali sono scambiati prima dell'udienza... *che cosa si fa nell'udienza di rimessione della causa di cui all'odierno art.189?*

La legge prevede che nell'udienza si possa **chiedere la discussione orale della causa** (sebbene, nella prassi, le probabilità di concessione siano prossime allo zero); a parte questo, a fronte di una trattazione finale scritta della causa anteriore all'udienza, è difficile rinvenire una concreta utilità dell'udienza. Una parziale utilità si può ravvisare nel fatto che dalla stessa decorrono i **termini di 30 e 60 giorni per il deposito di sentenza**.

Con la riforma si è creato un quasi perfetto equilibrio tra le modalità con cui la causa può essere discussa davanti al collegio e le modalità di discussione nel tribunale in composizione monocratica. Ciò che mancava prima della riforma era la possibilità di compiere **davanti al collegio la decisione al termine dell'udienza** di rimessione della causa in decisione; cosa che invece si poteva fare, prima della riforma, di fronte a tribunale monocratico.

## Diritto Processuale Civile I

Infatti, in determinate situazioni in cui la causa è particolarmente semplice o chiara al giudice, questi all'udienza conclusiva può non solo sentire le parti, ma anche pronunciare la sentenza (o per meglio dire **il dispositivo, con esposizione sommaria delle ragioni**). Poi depositerà **motivazione completa nel termine di 30 o 60 giorni**: il vantaggio è che fin dall'udienza la parte che ha vinto, ha il titolo (ad es. esecutivo, in caso di condanna) per avere soddisfazione della propria pretesa; in altri casi, invece, dovrà attendere pronuncia sentenza completa (dispositivo e motivazioni).

### **Variazioni TCM:**

- Decisione a seguito di **trattazione mista** della causa ex art. 281-*quinquies*, comma 2, c.p.c.
- Decisione a seguito di **trattazione orale** della causa ex art. 281-*sexies* c.p.c.

### **Variazioni TCC:**

- **Udienza di discussione orale** della causa ex art. 275 c.p.c.
- Decisione del collegio a seguito di discussione orale ex art. 275-*bis* c.p.c.

*NB: L'udienza di discussione orale della causa è in ogni caso l'udienza di rimessione della causa in decisione ex art. 189*

## La trattazione della causa

La riforma ha influito profondamente, più che sulla fase introduttiva e su quella decisoria, sulla fase di trattazione della causa. Dobbiamo occuparci non solo di **come le cose stanno adesso**, ma anche di **come le cose stavano prima**, poiché:

- A) È un passaggio recentissimo (marzo 2023) e le disposizioni vigenti continueranno ad applicarsi per i procedimenti già pendenti; lo svolgimento del processo di cognizione secondo la disciplina riformata è quindi riservato soltanto ai procedimenti che si sono instaurati (mediante notifica della citazione) successivamente al marzo 2023.
- B) La riforma ha cambiato “contenitore” alla trattazione della causa, ma ha lasciato immutato il “contenuto”. In altre parole, le attività processuali che servono per definire il **thema decidendum** e **thema probandum** sono le stesse di prima, al netto di piccole modifiche. Ciò che è cambiato è il momento e il tipo di atti processuali che servono per il compimento di tali attività
- C) Conoscendo come si è giunti all’attuale sistema, **possiamo valutarlo meglio** e dare una valutazione più consapevole dei vantaggi e degli svantaggi di tale riforma, paragonando la normativa attuale a quella previgente.

### Prima e dopo la riforma del 2022

- ⇒ **La riforma**, d.lgs 149/2022, ha radicalmente **modificato il momento** in cui il giudice istruttore e le parti sono chiamate a compiere le attività di trattazione della causa in senso stretto, mentre ha **sostanzialmente conservato il medesimo tipo di attività processuali** destinate allo svolgimento della trattazione previsto dal codice. Inoltre, la riforma ha portato all'**unificazione della trattazione** in un unico momento, superando la precedente distinzione in due fasi. Infine, la trattazione della causa nel processo civile è divenuta **esclusivamente scritta** (≠ c.p.c. 1940)
- ⇒ **Prima della riforma**, infatti, la trattazione si svolgeva sia in udienza (prima udienza ex art. 183 c.p.c.) sia, su autorizzazione del giudice istruttore, nelle cosiddette **memorie scritte di trattazione della causa** (vecchio art. 183 comma 6), che erano comunque successive alla prima udienza.
- ⇒ **Dopo la riforma**, la trattazione della causa avviene esclusivamente prima della prima udienza, nelle memorie integrative ex art. 171-ter (da depositarsi 40, 20 e 10 giorni prima dell’udienza) ed eventualmente nel provvedimento del giudice istruttore di cui all’art. 171-bis (es. contumacia, nullità citazione o domanda riconvenz.)

### LA TRATTAZIONE PRIMA DELLA RIFORMA

#### Struttura della fase di trattazione ante riforma

All’udienza di «prima comparizione delle parti e trattazione della causa» (art. 183 c.p.c.) le parti avevano l’obbligo di comparire mediante i propri difensori e vi si svolgevano:

- Le **attività preliminari alla trattazione** della causa in senso stretto: all’inizio dell’udienza il g.i. verificava la regolare **instaurazione del contraddittorio** tra le parti (art. 183, commi 1-3, c.p.c.);
- Le **attività di trattazione della causa in senso stretto**:
  - Attività che si dovevano svolgere in udienza (art. 183, commi 4-5, c.p.c.)
  - Attività che si potevano svolgere nelle memorie scritte (art. 183. comma 6, c.p.c.)

#### La prima udienza

Il fulcro della trattazione della causa prima del 2022 era senza dubbio la prima udienza:

1. Veniva fissata dall’attore nell’atto di citazione ed eventualmente differita ai sensi dell’articolo **168 bis c.p.c.**

2. La **rubrica dell'art. 183** parlava di “**prima comparizione delle parti e trattazione della causa**” e prevedeva anzitutto che le parti avessero **l’obbligo di comparire alla prima udienza**, ma mediante i loro difensori. L’obbligo di comparizione personale delle parti, previsto originariamente dal codice, era stato infatti abolito nel 2005 ma è stato reintrodotto dalla riforma del 2022. La *ratio* di tale obbligo si basa sul necessario **tentativo di conciliazione** che il giudice deve esperire; la comparizione personale delle parti è in tal caso necessaria poiché, con l’accordo conciliativo, le parti **dispongono dei propri diritti e obblighi**. Non è dunque sufficiente una comune procura alle liti, ma si rende necessaria una **procura speciale espressa**. Il contenuto dell’art.183, suddiviso in otto commi, prevedeva e regolava le attività che le parti e il giudice potevano svolgere in tale udienza.
3. **Art. 183, commi 1-3, c.p.c.:** la disposizione si occupava anzitutto della **comparizione delle parti**, stabilendo l’obbligo per il giudice di svolgere una serie di **verifiche preliminari** alla trattazione relativamente alla **regolare instaurazione del contraddittorio**. Prima di far discutere le parti, la legge richiedeva che il giudice verificasse che il rapporto processuale si fosse correttamente instaurato; questo non solo perché **l’assenza di un presupposto processuale** rendeva inammissibile la domanda (e il giudice pronunciava relativa **sentenza di inammissibilità**), ma anche perché se le parti trattano la causa nella permanenza di un vizio processuale, non restano viziati (e quindi nulli) solo gli atti compiuti fino all’udienza, bensì anche tutti gli atti processuali successivi (*sino alla sentenza*).
4. **Art. 183, commi 4-6, c.p.c.:** dedicati alla trattazione della causa, un’attività che si svolgeva prevalentemente in udienza (commi 4 e 5) ma in parte anche dopo l’udienza, nelle memorie scritte di cui al comma 6. La differenza tra le due attività non è solo temporale, ma è anche legata al fatto che le memorie scritte potevano essere depositate **solo se il giudice le aveva autorizzate**; il giudice poteva ritenere che la causa fosse stata già sufficientemente trattata in udienza, ad esempio per non allungare i tempi e garantire l’oralità. Nella prassi, il GI non pone(va) nessun particolare filtro alla richiesta anche di una sola delle parti di autorizzazione a redigere le memorie scritte.

### Evoluzione della disciplina della prima udienza

- A) Nel 1940, il Codice di procedura civile appena entrato in vigore prevedeva un’unica udienza, in cui il giudice verificava la regolarità del contraddittorio e in cui avveniva la trattazione della causa.
- B) Nel 1990, si è deciso di dividere la prima udienza in **due udienze distinte**, così che la prima udienza da un punto di visto cronologico fosse riservata alla verifica della **regolarità del contraddittorio**, mentre la seconda fosse riservata alla **trattazione della causa**. Infatti, in quel regime si prevedeva che il termine del convenuto per costituirsi in giudizio fosse venti giorni prima della seconda udienza, dedicata alla trattazione della causa; questo perché le difese del convenuto servivano non tanto alla verifica del contraddittorio, quanto alla **definizione del thema decidendum**. In seguito a tale riforma, però, ci si rese presto conto che la scissione dell’udienza facilitava enormemente l’irragionevole durata del processo, tanto da ribattezzare la prima “*udienza di scambio dei cioccolatini*”.
- C) Nel 2005, una riforma ha nuovamente **riunificato le due udienze**, con la conseguenza che il termine di costituzione è stato calcolato rispetto alla prima e unica udienza prevista. Al tempo la **trattazione della causa** si svolgeva ancora **soprattutto in udienza** ma la riforma introdusse le memorie integrative (ancora meramente eventuali); questo perché il legislatore del 1940 si è ispirato all’idea della trattazione di Giuseppe Chiovenda, secondo cui la trattazione della causa doveva ispirarsi a tre principi: concentrazione, immediatezza e oralità. Sin dalla riforma del d.l. 35/2005, che introdusse le memorie integrative, si iniziò a parlare del “**tradimento di Chiovenda**”.
- D) La riforma del 2022 relega la **trattazione esclusivamente alle memorie scritte**; il tradimento è stato accentuato. La mancanza di oralità ha però delle implicazioni: riduce alcuni tempi del processo, ma **aumenta la difficoltà per il giudice** di comprendere la causa. Tutto ciò appare ancor più vero considerando che le memorie integrative di cui all’articolo 171-ter non sono acquisite gradualmente nel corso del processo, ma sono **tutte da acquisire prima dell’udienza**, cioè prima che il giudice abbia avuto la possibilità di sentire le parti. Il rischio è dunque che, a fronte

di una **riduzione dei tempi del processo, aumenti il rischio di errori giudiziari**; il legislatore, in sede di riforma, si è mostrato cosciente del problema tanto che ha **incrementato i mezzi di impugnazione ordinaria**.

### **Verifica delle regolarità del contraddittorio**

Il primo comma dell'art. 183 c.p.c. era dedicato alla verifica della regolarità del contraddittorio. Il principio del contraddittorio è un principio fondamentale della tutela cognitoria, esplicitato anzitutto all'art. 24(2) Cost. sottoforma di **diritto inviolabile alla difesa**; esso si esprime tuttavia anche attraverso una serie di attività processuali che **riguardano sia il convenuto sia l'attore**. La verifica della sua regolarità può dipendere dall'attività del giudice o di parte: può infatti dipendere dall'**attività difensiva del convenuto** che ha rilevato un difetto del presupposto processuale attraverso una eccezione o derivare dal **potere di rilievo ufficioso del giudice**, che nonostante l'inerzia del convenuto, riscontra una irregolarità nel contraddittorio.

#### **1. Il giudice istruttore verifica d'ufficio (o pronunciandosi su delle eccezioni) la regolarità del contraddittorio**

L'importanza del principio del contraddittorio nel processo civile discende in particolare da due disposizioni:

- L'**art. 111, comma 2, Cost.** in tema di giusto processo (contraddittorio, parità d'armi, ragionevole durata)
- L'**art. 101, comma 1, c.p.c.**, rubricato 'principio del contraddittorio', sancisce che il giudice non possa statuire sopra alcuna domanda **se la parte contro cui è proposta non è stata regolarmente citata**. Il giudice ha dunque l'obbligo di non pronunciarsi sul merito della domanda proposta dall'attore se il convenuto non è stato regolarmente citato in giudizio, perché ciò significa che **non si è validamente instaurato il rapporto processuale**. In altre parole, il convenuto non ha potuto esercitare il suo diritto di difesa.

Affinché la **citazione possa dirsi regolare**, cioè idonea ad una regolare instaurazione del contraddittorio, devono sussistere due requisiti attinenti all'atto di citazione con cui l'attore propone la domanda giudiziale:

1. **Validità della citazione**: la controparte dev'essere stata regolarmente citata, ovvero deve essere stata posta nelle condizioni di costituirsi in giudizio nei termini di legge. Quindi il contraddittorio presuppone il rispetto dei **requisiti formali della citazione** ex art. 163, oltre che del termine minimo a comparire ex art. 163-bis
2. **Validità della notifica**: dev'essere valida anche la notifica della citazione in quanto la validità di quest'atto **assicura la conoscenza, o comunque la conoscibilità**, della domanda proposta contro il convenuto.

La regolarità del contraddittorio dipende, tuttavia, anche dalla comparizione in udienza delle parti: non è sufficiente che esse si costituiscano in giudizio (producendo gli atti introduttivi del processo) ai fini della validità del contraddittorio, ma è **necessario che compaiano di fronte al giudice** in udienza (fino al 2022, mediante i loro difensori).

Dunque, le principali garanzie del contraddittorio riconosciute dal legislatore processuale sono la **costituzione in giudizio (171 c.p.c.)** e la **comparizione in udienza delle parti (181 c.p.c.)**; è proprio attorno a questi due aspetti che ruota la verifica della regolarità del contraddittorio che compete al giudice all'inizio dell'udienza ex art. 183

- L'**art.171 c.p.c.** stabiliva e stabilisce tuttora che **se nessuna delle parti si costituisce** nei termini previsti dalla legge, il giudice istruttore alla prima udienza dichiara l'**estinzione del processo**. Non si tratta di estinzione immediata, in quanto le parti hanno la possibilità di chiedere la riassunzione della causa entro tre mesi. La norma aggiunge poi che, se **una soltanto delle parti non si costituisce** entro i termini, **ne viene dichiarata la contumacia**. Tale dichiarazione garantisce margini di tutela alla parte che ha scelto di non costituirsi.
- L'**art. 181 c.p.c.** fa invece riferimento alla comparizione in udienza delle parti costituite. La comparizione, dal 2005 sino alla riforma del 2022, avveniva attraverso i difensori. In caso di **mancata comparizione di entrambe**

**la parti costitutesi**, l'articolo 181 (tuttora vigente) stabiliva che il giudice dovesse **rinviare le parti a una nuova udienza**. Qualora, anche alla seconda udienza, nessuna delle parti fosse comparsa, il giudice disponeva la cancellazione della causa dal ruolo e la conseguente **estinzione immediata del processo** ex art. 309 c.p.c.

Il meccanismo di cui agli artt. 181 e 309 c.p.c. viene spesso utilizzato in caso di accordi transattivi. La ragione per cui nella prassi si ricorre a tale strumento ha **ragioni di costo**; la **rinuncia agli atti del giudizio** da parte dell'attore (cui deve acconsentire il convenuto) implica che il giudice si pronunci sulle spese, mentre il c.d. **abbandono della causa** per mancata comparizione a due udienze successive non comporta costi per le parti.

La norma prevedeva infine le conseguenze della mancata comparizione di una sola delle parti se entrambe si erano regolarmente costituite; essa stabiliva, con una disposizione tutt'oggi vigente:

- Mancata comparizione del convenuto**: avendo egli esercitato i poteri difensivi costituendosi, la scelta di non comparire non inficiava il regolare svolgimento della prima udienza
- Mancata comparizione dell'attore**: se in udienza il convenuto non chiede che si proceda in assenza di lui, il giudice fissa una nuova udienza, della quale il cancelliere dà comunicazione all'attore. Se questi non compare alla nuova udienza, il giudice, se il convenuto non chiede che si proceda in assenza di lui, ordina che la causa sia cancellata dal ruolo e dichiara l'estinzione del processo.

## **2. Il giudice istruttore adotta i provvedimenti necessari alla regolarizzazione del contraddittorio**

Il previgente articolo 183 imponeva al giudice di svolgere una serie di **verifiche** volte alla **tempestiva rilevazione dei vizi processuali**, alcuni dei quali rilevabili in ogni stato e grado del processo; in relazione a questi ultimi, una tempestiva individuazione è comunque fondamentale per evitare di procedere inutilmente alla trattazione della causa. Il medesimo art. 183 c.p.c. prevedeva poi un **elenco esemplificativo**, e non tassativo, **di provvedimenti** che il giudice istruttore poteva adottare durante la prima udienza al fine di regolarizzare il contraddittorio tra le parti:

- Art 102 c.p.c. "litisconsorzio necessario"**: il giudice istruttore deve verificare che, in presenza di un rapporto giuridico plurisoggettivo, siano state chiamate in giudizio o abbiano agito tutte le persone contitolari di quel rapporto. Qualora necessario, dispone ex art. 102, comma 2 **l'ordine di integrazione** verso il lit. pretermesso
- Artt. 164 e 167 c.p.c. "nullità della citazione e della domanda riconvenzionale"**: proporre una domanda, tanto in via principale (attore) quanto in via riconvenzionale (convenuto), con dei **vizi formali** implica un contraddittorio non regolarmente instaurato. In prima udienza il giudice deve verificare l'eventuale presenza di vizi ed eventualmente disporre **l'ordine di rinnovazione o integrazione della citazione** ex art. 164 c.p.c. (richiamate ex art. 167 per la domanda riconvenzionale, il cui vizio potrà riguardare solo l'oggetto).
- Art. 182 c.p.c. "difetto di rappresentanza o di autorizzazione della parte"**. Sono riconducibili tre situazioni:
  - Incapacità di stare in giudizio della parte (art. 75 c.p.c.)**: qualora il giudice rilevi che una delle parti non abbia la capacità di stare in giudizio, deve disporre un termine affinché venga integrato il contraddittorio attraverso la **nomina del rappresentante processuale**. Solo così si può avere pienezza del contraddittorio, in quanto la parte potrà agire validamente nel processo.
  - Assenza di autorizzazione al compimento di atti processuali**: quanto detto al punto precedente si estende ai casi in cui, per compiere taluni atti processuali, la parte necessiti dell'autorizzazione di un altro soggetto (es. curatore, amministratore di sostegno o altro giudice); tale ipotesi si verifica di regola nei casi in cui la parte **possiede solo in parte la capacità di agire**. In tal caso il giudice dispone un termine affinché venga integrato il contraddittorio mediante il reperimento dell'autorizzazione.
  - Conflitto di interessi fra parte e rappresentante processuale**: qualora sussista un conflitto d'interesse tra rappresentante e rappresentato (*la contestazione dell'operato del rappresentante è solo una delle ipotesi*), si applica quanto disposto dall'**art. 92 c.p.c.** in materia di **nomina del curatore speciale**; si

tratta di un soggetto nominato dal giudice su istanza della parte interessata (che può anche essere la controparte), che svolge temporaneamente le funzioni di rappresentante processuale di una parte.

L'art. 182 c.p.c. impone un **termine per la nomina di un curatore speciale**: "Il giudice istruttore verifica d'ufficio la regolarità della costituzione delle parti e, quando occorre, le invita a completare o a mettere in regola gli atti e i documenti che riconosce difettosi. Quando rileva la mancanza della procura al difensore oppure un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione che ne determina la nullità, il giudice assegna alle parti un **termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni**, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione".

D. **Art. 291 c.p.c. "difetto di costituzione e dichiarazione di contumacia"**: il giudice doveva adottare il provvedimento conseguente alla mancata costituzione in giudizio della parte; prima della riforma, la **declaratoria di contumacia** doveva essere **resa dal giudice alla prima udienza**. Era necessario verificare la validità della citazione, così come la validità della notifica della citazione; questo consentiva al giudice di comprendere se la decisione del convenuto di non costituirsi fosse il frutto di una scelta consapevole.

Quando il giudice doveva regolarizzare il contraddittorio, chiaramente **non poteva** (una volta adottato il provvedimento con cui per es. estendeva il contraddittorio al litisconsorte pretermesso) **disporre anche le attività di trattazione della causa** nella medesima udienza. Prima andava regolarizzato il contraddittorio, per poi regolarizzare la causa. Così l'**art 183, comma 2** prescriveva che in caso il giudice avesse adottato un provvedimento di regolarizzazione del contraddittorio, avrebbe dovuto necessariamente **fissare la data della nuova udienza**, in cui ci si sarebbe occupati della trattazione della causa (posto che, nel frattempo, il contraddittorio sarebbe stato regolarizzato).

*Esempio: in prima udienza, il giudice rileva d'ufficio la pretermissione di un litisconsorte necessario; per questo motivo, fissa un termine di tre mesi entro cui la parte deve notificare al litisconsorte pretermesso un atto di citazione e, quattro mesi dopo, fissa l'udienza destinata alla trattazione della causa. Se, decorso il termine dei tre mesi:*

- Il contraddittorio **non è stato regolarizzato** → **estinzione del processo**
- Il contraddittorio **è stato regolarizzato** → **svolgimento dell'udienza** dopo 1 mese

La medesima cosa accadeva nell'ipotesi in cui il giudice **volesse provare** (non essendo obbligato a farlo) **a conciliare le parti**. La prima udienza era totalmente assorbita dalla verifica del contraddittorio e dal tentativo di conciliazione:

- Tentativo di conciliazione **riuscito**: il **processo si estinguiva** per aver raggiunto accordo conciliativo;
- Tentativo di conciliazione **non riuscito**: il **processo doveva proseguire** e il giudice doveva fissare (ex art 183 comma 3 previgente) una **nuova udienza**.



### La Contumacia

1. **Contumacia del solo convenuto (art. 291 c.p.c.)**: mancata costituzione in giudizio all'udienza in caso di validità della notificazione della citazione. Secondo il regime previgente, il convenuto poteva **costituirsi tardivamente fino all'udienza** (*ferma restando la decadenza dall'esercizio di alcuni poteri difensivi*). Come abbiamo già avuto modo di ricordare, si può parlare di **contumacia** solo se il convenuto **sceglie di non costituirsi**; dunque, presupposto di tale declaratoria è la verifica del g.i. della validità della notifica della citazione (*se questa è viziata, il giudice non dichiara la contumacia, ordina la rinnovazione della citazione e fissa una nuova udienza*).
2. **Contumacia dell'attore** (art. 290 c.p.c.): ai sensi della disciplina previgente, è contumace l'attore che non si costituisca in giudizio **entro dieci giorni dalla notifica dell'atto di citazione** (art. 165 c.p.c.); egli poteva costituirsi tardivamente fino all'udienza, se il convenuto si era costituito regolarmente. In questo modo, il convenuto aveva provveduto all'iscrizione al ruolo della causa, sopperendo all'inerzia dell'attore non costituitosi.

Il codice prevedeva (e prevede ancora) alcune norme a **tutela della parte dichiarata contumace**:

➤ **Notificazione e comunicazione di atti al contumace (art. 292 c.p.c.)**

La parte non contumace doveva notificare una serie di atti **a proprie spese** alla controparte contumace:

- a. **Ogni sentenza pronunciata** nel corso del processo (tanto quelle definitive, quanto quelle non definitive) va **notificata personalmente (comma 4)**, perché solo la conoscenza della sentenza assicura l'esercizio di alcuni poteri processuali, come quello di impugnare (*i termini impugnatori sono perentori*).
- b. Tutti gli atti che contengono **domande nuove o riconvenzionali** vanno **notificati personalmente (comma 1)**. Le domande nuove si possono proporre solo nel corso della trattazione della causa e vanno notificate perché cambiano l'oggetto del processo, cioè le istanze su cui la parte contumace potrebbe costituirsi tardivamente.
- c. Le ordinanze che ammettono **l'interrogatorio o il giuramento**, ossia i c.d. **provvedimenti istruttori**, vanno **notificati personalmente (comma 1)**. Il giuramento è una prova costituenda cui si ricorre raramente, essendo complessa. L'interrogatorio non è un mezzo di prova, bensì lo **strumento processuale con cui acquisire i mezzi di prova**, cioè la testimonianza (se l'interrogato è un terzo) o la confessione (se l'interrogato è una delle parti). Questo consente anche al contumace, costituendosi, di chiedere prova contraria sulle prove ammesse.
- d. Il **verbale d'udienza** nel quale si dice che **la parte costituita ha prodotto una scrittura privata**, cioè un documento di cui la parte costituita non ha dato notizia negli atti precedentemente notificati al contumace. L'assenza di questa previsione è stata considerata incostituzionale (**Corte cost. n. 317/1989**). La scrittura privata opposta da una parte, se non è tempestivamente disconosciuta dalla parte contro cui è prodotta, rende indiscutibile ai fini del processo che la parte contro cui è stata prodotta l'abbia sottoscritta (c.d. **riconoscimento tacito della sottoscrizione della scrittura privata**). Se la parte è contumace, è legittimamente assente e quindi il suo silenzio non può essere interpretato come volontà di non disconoscere la scrittura privata.

➤ **Costituzione del contumace (art. 293 c.p.c.)**

La parte contumace poteva costituirsi tardivamente **fino alla prima udienza**. La costituzione tardiva implica la **preclusione delle attività processuali** di parte che al momento sono precluse alle parti in base alla legge processuale. In ogni caso, il contumace può disconoscere le precedenti scritture private prodotte contro di lui.

➤ **Rimessione in termini (art. 294 c.p.c.)**

Il codice ammetteva la possibilità di rimessione in termini della parte contumace che si costituisca tardivamente. La parte dichiarata contumace può essere rimessa in termini (*potendo dunque porre in essere quelle attività processuali che gli sarebbero altrimenti precluse*) solo se si accetta che la **nullità della citazione o della sua notificazione** gli ha impedito di venire a conoscenza del processo, oppure se si dimostra che la sua costituzione tardiva è avvenuta per **causa non imputabile alla parte**.

### La comparizione in udienza

Le parti costituite in giudizio, in seguito alla riforma del 2005, hanno l'onere di **comparire all'udienza mediante i propri legali e non più personalmente**, salvo che:

- Le parti abbiano presentato **istanza congiunta** per essere autorizzate a comparire personalmente in udienza ed essere sottoposte ad **interrogatorio libero al fine di «provocarne la conciliazione»** (art. 185 c.p.c.)
- Il g.i. **abbia ordinato alle parti di comparire personalmente** all'udienza per **interrogarle liberamente** ex art. 117 c.p.c. al fine di (i) chiedere chiarimenti sui fatti di causa (art. 183, comma 4, c.p.c.) oppure (ii) formulare una proposta transattiva o conciliativa nel corso della trattazione della causa (art. 185-bis c.p.c.).

Per quanto attiene al primo punto, il codice precisa che l'interrogatorio libero da parte del giudice può riguardare **soltanto le parti e non ha efficacia probatoria**; ha infatti risultanza con efficacia inferiore alla prova che il codice chiama "argomenti di prova". In ogni caso, si tratta di un potere scarsamente utilizzato.

Come specificato in precedenza, ai sensi dell'art. 181 c.p.c., in caso di omessa comparizione all'udienza:

- Di **entrambe le parti** (comma 1): il giudice istruttore fissa un'udienza successiva; se le parti non vi compaiono, si ha estinzione del processo a norma dell'art. 309 c.p.c.
- Dell'**attore** (comma 2): fissazione di una udienza successiva solo se il convenuto non chiede di procedere in assenza dell'attore, con estinzione del processo se quest'ultimo non vi compare.

### Trattazione della causa

Per trattazione della causa si intende l'insieme delle attività processuali di parte finalizzate all'approfondimento del *thema decidendum*. Prima della riforma del 2022, la trattazione della causa era così composta:

1. Trattazione della causa a seguito del rilievo ufficioso del giudice: art. 183, comma 4, c.p.c.  
Sono ascrivibili a questa voce tutte quelle attività processuali che conseguivano alla **rilevazione d'ufficio di una questione** da parte del giudice; N.B. la legge processuale **elenca tassativamente** le ipotesi di rilievo ufficioso. Prima della riforma, questa fase si svolgeva **esclusivamente in udienza**.
2. Trattazione della causa che consegue all'attività processuale svolta dalla controparte: art. 183, co. 5, 1° parte c.p.c.  
Si tratta della c.d. **trattazione nel contraddittorio**, mediante cui ciascuna parte replica alle domande, alle eccezioni o ad altre attività con cui la controparte ha fatto valere la propria pretesa. Anch'essa si svolgeva **soltanto in udienza**.
3. Trattazione a seguito dell'attività di precisazione e modificazione delle domande o eccezioni svolte negli atti introduttivi (c.d. trattazione mediante esercizio dello ius poenitendi): art. 183, co. 5, 2° parte c.p.c.  
Questa categoria di attività si distingue dalle precedenti perché è **indipendente dalle attività della controparte** o del giudice, tant'è vero che ciascuna parte può ricorrervi anche quando l'altra parte rimane contumace. È chiamata in gergo *ius poenitendi* (letteralmente, **diritto di pentirsi**) poiché consiste nel **mutamento in senso proprio della domanda** o comunque dall'istanza svolta nell'atto introduttivo. Tale attività, prima della riforma, era riservata alla prima udienza; tuttavia, su istanza di parte, il giudice poteva autorizzarne lo **svolgimento nelle memorie scritte**.

#### A. Trattazione e rilievo ufficioso del giudice

Il comma 4 dell'articolo 183 stabiliva che il giudice istruttore avesse due poteri, strettamente collegati tra loro:

## **1. Richiesta alle parti, sulla base dei fatti allegati, dei chiarimenti necessari (art. 117 c.p.c.)**

Il giudice istruttore, con norma presente tutt'oggi, poteva chiedere ai difensori (in seguito alla riforma del 2005) i chiarimenti necessari sulla base dei fatti allegati dalle parti stesse; poteva inoltre ordinare la comparizione personale delle parti per ricorrere al potere di interrogatorio libero che la legge processuale gli attribuisce.

## **2. Indicazione alle parti, sulla base dei fatti allegati, delle questioni rilevabili d'ufficio che ritiene opportuno trattare**

Il giudice, nei casi espressamente previsti dalla legge, può individuare (per il tramite di allegazioni delle parti) dei fatti aventi efficacia e.m.i. del diritto fatto valere dall'attore **in autonomia** (*senza bisogno di istanza di parte*). Esempio tipico è il caso della nullità del contratto: il giudice può rilevarla d'ufficio, ma è necessario che tale contratto sia stato allegato dalle parti (*dichiarazione del consenso*) e che sia stato provato (*produzione in giudizio del documento contrattuale*); la prova potrebbe non essere necessaria in caso di *relevatio ab onere provandi*.

Quando una questione pregiudiziale di rito o una questione preliminare di merito viene rilevata ufficiosamente dal giudice, le parti hanno il **potere di allegare fatti nuovi e di proporre istanze nuove** in rapporto alla questione rilevata d'ufficio, ai sensi dell'art. 183, comma 4, c.p.c. Qualora l'attore non si opponga alla questione rilevata dal giudice, indipendentemente dalle istanze presentate dal convenuto, la domanda attorea deve essere rigettata.

In linea generale, le questioni rilevabili d'ufficio dal giudice sono estremamente rilevanti e caratterizzate da una 'gravità' intrinseca; per tale motivo, esse sono **rilevabili in ogni stato e grado del processo**. Se la questione è **rilevata d'ufficio dopo la rimessione della causa in decisione**, il g.i. deve autorizzare il contraddittorio sulla questione ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.c. (introdotto nel 2009, recepisce un orientamento della Corte di Cassazione). Il giudice deve **autorizzare il contraddittorio per iscritto** sulla questione, assegnando un termine (unico per entrambe le parti → contraddittorio solo verso il giudice) compreso tra 20 e 40 giorni dopo la rilevazione della questione per il deposito delle memorie dove le parti raccolgono le istanze sulla questione rilevata d'ufficio.

Due considerazioni sull'ultimo punto. Se il giudice non rispetta la prescrizione di cui all'art. 101 comma 2, **la sentenza è nulla** (*c.d. sentenza della terza via*). L'integrazione per iscritto, prevista prima dalla Cassazione e poi dal Codice, era **prevista soltanto per situazioni circoscritte** (*es. causa già rimessa in decisione*); tuttavia, **nella prassi, si è imposta in tutti i casi**, in luogo della trattazione in successiva udienza di tali questioni rilevabili d'ufficio.

### **B. Trattazione nel contraddittorio**

La prima parte del quinto comma dell'art. 183 prevedeva che, nel corso dell'udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa, le parti dovessero **replicare alle istanze presentate dalla controparte negli atti introduttivi** del processo. Tale onere investe **principalmente l'attore**, che in questa sede potrà replicare alle difese esercitate dal convenuto nella comparsa di costituzione e risposta. Tuttavia, il codice riconosce tale onere ad **entrambe le parti**:

#### ➤ **Potere di replica** - nell'udienza di trattazione della causa, l'attore può:

- Chiedere di essere **autorizzato a chiamare in causa un terzo**, se l'esigenza è sorta dalle difese svolte dal convenuto. Tale potere è ancora presente, ma dall'udienza è stato trasferito alle memorie integrative
- **Proporre domande ed eccezioni** che sono conseguenza delle eccezioni o della domanda riconvenzionale proposte dal convenuto nella comparsa di costituzione e risposta.
  - a. In caso di **domanda riconvenzionale**, l'attore assume la qualifica di convenuto e può esercitare in udienza tutti i poteri difensivi che spettano al convenuto (prima della riforma, 20 giorni per prepararsi); *ad esempio, l'attore eccepisce la prescrizione del diritto su cui si base la domanda riconvenzionale*.
  - b. In caso di **eccezioni** sollevate dal convenuto, l'attore può replicare avanzando fatti nuovi che 'neutralizzino' l'effetto e.m.i. che connota l'eccezione sollevata dal convenuto; *ad esempio, in caso il convenuto sollevi un'eccezione di prescrizione, l'attore potrà eccepire un fatto interruttivo della stessa*.

➤ **Potere di contoreplica** - nell'udienza di trattazione della causa, il convenuto può:

- Proporre le **eccezioni** che sono conseguenza di domande ed eccezioni che l'attore ha proposto in udienza per:
  - c. Contoreplicare alla **domanda riconvenzionale o alle eccezioni proposte dall'attore** a titolo di replica; *per esempio, l'attore si è difeso sollevando a sua volta una domanda riconvenzionale nei confronti del convenuto e quest'ultimo si difende contoreplicando alla domanda riconvenzionale dell'attore.*
  - d. Avvalersi dello ***ius poenitendi***, ossia della possibilità di **modificare o precisare** le domande originali

N.B. Il potere di contoreplica attribuito al convenuto è limitato alla proposizione di eccezioni. La legge processuale pone infatti un limite: se il convenuto avesse potuto replicare anche con le domande allora bisognava consentire all'attore di ulteriormente contoreplicare con delle eccezioni. Questo avrebbe creato un meccanismo che avrebbe fatto durare eccessivamente la trattazione.

### ESEMPI

- **Convenuto:** propone l'eccezione di prescrizione
- All'udienza *ex art. 183 c.p.c.*
  - **Attore:** può replicare eccependo l'interruzione della prescrizione
  - **Convenuto:** può contoreplicare eccependo l'inefficacia dell'atto interruttivo
- **Convenuto:** contesta lo *status* di padre naturale attribuitogli dall'attore
- All'udienza *ex art. 183 c.p.c.*
  - **Attore:** può replicare chiedendo l'accertamento in via incidentale del suo *status* di figlio naturale
  - **Convenuto:** può contoreplicare eccependo l'incompatibilità genetica

### C. *Ius poenitendi*

Con l'espressione *ius poenitendi* ci si riferisce al potere, concesso ad entrambe le parti, di **precisare o modificare le istanze già proposte**. In questo caso la trattazione è totalmente indipendente dal contraddittorio; non c'è interesse a replicare o contoreplicare, è l'esercizio del diritto di **mutare discrezionalmente le domande originariamente proposte**. Questo diritto si pone in contrapposizione con il principio della ragionevole durata del processo, in quanti potrebbe rendere inutile tutto ciò che è stato fatto sino all'esercizio del diritto.

➤ **Interpretazione tradizionale:** nel silenzio assoluto della legge, la giurisprudenza di legittimità aveva interpretato in modo molto rigoroso i concetti di precisazione e modifica della domanda:

- a) **Precisazione della domanda (*emendatio libelli*):** consiste nella **specificazione** della domanda, cioè nella allegazione di **nuovi fatti secondari**, che non hanno efficacia costitutiva del diritto fatto valere. *Per esempio, in caso di azione per il risarcimento del danno da sinistro stradale, indicare la velocità (inferiore al limite di legge) a cui si procedeva quando è accaduto il sinistro è una mera precisazione. È un fatto secondario, che specifica la vicenda, ma non ne cambia la sostanza.* Nella prassi un caso molto frequente era la specificazione del danno richiesto in sede risarcitoria (dopo un risultato favorevole ottenuto in sede probatoria). Secondo la giurisprudenza, **la precisazione della domanda era ed è sempre ammessa**.
- b) **Modificazione della domanda (*mutatio libelli*):** per modifica si intende **l'allegazione di nuovi fatti primari**, aventi **efficacia costitutiva**, modificativa o estintiva. Il cambiamento è molto più radicale, perché cambia la fattispecie in tutto o in parte e dunque può cambiare il diritto fatto valere (l'oggetto della tutela giurisdizionale richiesta). Il mutamento della domanda è **ammessibile solo per le domande autodeterminate**, mentre in tutti gli altri (domande eterodeterminate) va ritenuto inderogabilmente inammissibile.

1. Una domanda si definisce **autodeterminata** quando il diritto che fa valere è indipendente dalla sua fattispecie costitutiva; si tratta in linea di massima dei diritti **assoluti** (es. *i diritti reali come la proprietà*). In riferimento a tale categoria di domande, non si può parlare di una vera e propria eccezione alla regola generale che prescrive l'inammissibilità della modifica della domanda, poiché il mutamento del titolo non muta il diritto (autodeterminato) fatto valere in giudizio.
2. Si definiscono **eterodeterminate** quelle domande che hanno ad oggetto diritti che sono connotati dalla propria fattispecie costituiva. Se tale fattispecie costitutiva cambia, non è più possibile affermare di avere a che fare con il medesimo diritto. I diritti eterodeterminati per eccellenza sono quelli **relativi** (es. *credito*).

➤ **Interpretazione della giurisprudenza di legittimità:** a partire dagli anni 2000, la giurisprudenza di legittimità ha sviluppato un'interpretazione meno formalistica e più pragmatica, cementata dalla **sentenza 12310/2015 delle Sezioni Unite**. Il precedente orientamento, infatti, rendeva pressoché impossibile ottenere la modifica della domanda, nonostante questa possibilità fosse prevista in linea di principio dal Codice di procedura civile. Tale sentenza ha dunque delineato una nuova distinzione in base a cui vagliare l'ammissibilità delle istanze di parte:

- a) **Sono ammissibili** tutte quelle modificazioni della domanda che, indipendentemente dall'allegazione o meno di un nuovo fatto costitutivo, lasciano immutata la vicenda sostanziale dedotta, cioè la vicenda a cui si riferisce la domanda. L'atteggiamento è meno formalistico ma più pragmatico; formalmente è cambiata la causa petendi, ma ciò su cui il giudice **dove svolgere l'attività cognitoria** è la medesima vicenda sostanziale.
  1. **Precisazioni della domanda:** consiste nell'allegazione di nuovi fatti secondari ed è sempre ammissibile. *Si pensi ad esempio alla nuova quantificazione dell'oggetto o alla nuova qualificazione giuridica del titolo.*
  2. **Modificazioni della domanda:** consiste nell'allegazione di nuovi fatti primari che lasciano la domanda legata alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio. Si pensi ad esempio al caso deciso dalle SSUU nel 2015: una parte aveva proposto una **domanda di esecuzione in forma specifica** dell'obbligo di contrarre, perché ciò che aveva posto alla base della domanda costituiva era un **contratto preliminare**. Nelle more del processo le parti avevano stipulato un contratto definitivo di compravendita per quel bene. La parte attrice ha modificato la domanda costitutiva in una **domanda di mero accertamento dell'effetto traslativo verificatosi per effetto del contratto definitivo** stipulato medio tempore. Il giudice d'appello l'aveva dichiarata inammissibile sulla scorta dell'orientamento prevalente all'epoca, essendo cambiata la fattispecie costitutiva del diritto eterodeterminato fatto valere in giudizio. Le Sezioni Unite, tuttavia, chiamate a pronunciarsi sulla vicenda **negano che si tratti di una vicenda totalmente nuova**: pur riconoscendo il mutamento della fattispecie costitutiva, la vicenda sostanziale è rimasta sempre la stessa: l'attore vuole essere riconosciuto proprietario del bene, al fine di ottenere la consegna della cosa venduta.
- b) **Sono inammissibili** le modificazioni della domanda che implicano un mutamento della vicenda sostanziale dedotta in giudizio; ciò impatterebbe fortemente sull'attività cognitoria del giudice, che dovrebbe rifare buona parte dell'attività fatta fino a quel momento.

#### La trattazione scritta della causa

Il comma 6 dell'art. 183 c.p.c. consente a ciascuna parte di chiedere al giudice istruttore la **concessione dei termini perentori per il deposito delle memorie** di trattazione scritta della causa; nella disciplina previgente, anche in forza dell'autorizzazione del giudice, solo **parte delle attività di trattazione della causa** erano delegabili alle tre memorie scritte, insieme alle attività inerenti all'**istruzione probatoria**. Il contenuto di ciascuna memoria è il seguente:

- **Memoria n.1:** limitata alle sole precisazioni e modificazioni delle domande, eccezioni e conclusioni già proposte: si tratta in altre parole dell'**esercizio dello ius poenitendi**. Nella prassi, la richiesta di autorizzazione al deposito delle memorie avveniva anche se nessuna delle parti voleva avvalersi specificamente dello *ius*

*poenitendi*, al solo fine di continuare la trattazione per iscritto (per non essere riusciti o non aver voluto farlo in udienza); nei casi peggiori, si assisteva alla mera ripetizione dei contenuti degli atti introduttivi.

- **Memoria n. 2:** la seconda memoria era utile a **replicare** alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall'altra parte (nella memoria n. 1) e a proporre le **eccezioni** che sono conseguenza di tali domande ed eccezioni;

- **Replica:** presentazione di contro argomenti fattuali o giuridici, senza formulazione di nuove istanze (*es. contestazione dell'interpretazione di una norma fornita dalla controparte*)
- **Eccezione:** presentazione di vere e proprie contro istanze (*N.B. solo eccezioni, non domande*)

Inoltre, nella seconda memoria si potevano **indicare i mezzi di prova e le produzioni documentali**

- Il contenuto della memoria n. 2 andava infatti oltre il mero approfondimento del *thema decidendum*, oltre la mera trattazione della causa; riguardava infatti anche il c.d. ***thema probandum***, in quanto ognuna parte poteva proporre i mezzi di prova che riteneva necessari per sostenere le istanze originarie o quelle modificate. Le parti dovevano quindi **presentare le istanze di ammissione e acquisizione delle prove costituende e produrre le prove precostituite** (l'inammissibilità delle prime veniva dichiarata immediatamente, mentre l'eventuale inammissibilità delle prove precostituite (già prodotte e quindi acquisite) emergeva dalla sentenza, non essendo poste a fondamento della stessa).

- **Memoria n. 3:** limitata alle **sole indicazioni di prova contraria**. *Ad esempio, se la prova di una parte consiste in una prova testimoniale a favore della propria istanza, la prova contraria è quella prova (testimoniale o non) che smentisce la ricostruzione del testimone.* La parte che offre la prova contraria, in caso di prova precostituita, ha cognizione della prova da contrastare ed è dunque più semplice capire cosa smentire e come farlo efficacemente. Se si tratta invece di prova costituenda, la controparte può solo immaginare cosa emergerà dall'assunzione di tale prova e dunque contraddirne a tale prova (solo ipotizzata) è molto più difficile

Le memorie scritte hanno una **valenza dialogica**; in caso di autorizzazione al deposito, essa riguardava necessariamente tutte e tre le memorie, al fine di garantire l'instaurazione di un contradditorio pieno tra le parti. N.B. se non viene richiesta la trattazione scritta, lo ***ius poenitendi* può essere esercitato in udienza**.

Non tutte le attività che contraddistinguevano (e contraddistinguono tutt'ora) la fase di trattazione della causa potevano essere delegate alle memorie scritte; infatti, **anche nel caso di trattazione scritta**:

- **L'attore** può proporre solo in udienza le **domande e le eccezioni** che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto
- **Il convenuto** può proporre solo in udienza le **(sole) eccezioni** che sono conseguenza di domande ed eccezioni che l'attore ha proposto in udienza per replicare alla propria domanda riconvenzionale o alle proprie eccezioni

Nonostante la previsione contraria del codice, i **difensori** ricorrevano alle memorie scritte per fare **tutte le attività processuali riconducibili alla trattazione della causa**. Allegazioni e istanze presentate tardivamente e impropriamente costituivano un **motivo di impugnazione della sentenza**; tuttavia, nonostante ciò, tali vizi processuali non venivano quasi mai fatti valere (*ad esempio perché la parte che avrebbe potuto farli valere aveva vinto nel merito, oppure in forza di un accordo stragiudiziale successivo alla sentenza*). In ogni caso, almeno in linea teorica, tale prassi era formalmente illegittima, come sancito dalla Corte di Cassazione quando è stata investita da ricorsi riguardanti casi simili.

### I termini per la presentazione delle memorie scritte

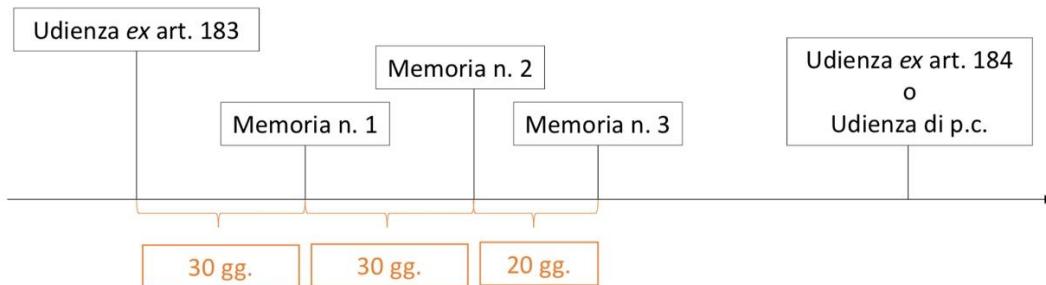
I termini perentori per il deposito delle memorie scritte erano **termini consequenziali**, calcolati dall'udienza ex art. 183:

- **Memoria n.1:** 30 giorni, che decorreva dall'udienza di cui all'art 183 c.p.c.;

- **Memoria n.2:** 30 giorni, che decorreva dalla scadenza del termine per il deposito della prima;
- **Memoria n.3:** 20 giorni, che decorreva dalla scadenza del termine per il deposito della seconda.

A seconda dei casi, successivamente al decorso dei termini per le memorie scritte:

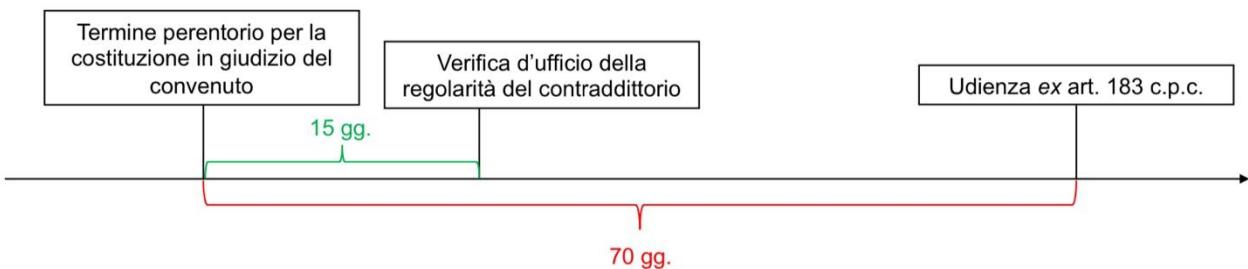
- **Udienza di assunzione dei mezzi di prova** (art. 184 c.p.c.)
- **Udienza di precisazione delle conclusioni**



## LA TRATTAZIONE DELLA CAUSA DOPO LA RIFORMA

### Verifica della regolarità del contraddittorio

- **Termine:** Secondo l'**art. 171-bis c.p.c.**, il giudice istruttore verifica la regolarità del contraddittorio non più in udienza, ma d'ufficio dopo che è scaduto il **termine per la costituzione in giudizio del convenuto** ed **entro i successivi 15 giorni** (dunque prima che prenda il via la trattazione della causa mediante il deposito delle memorie). La verifica della regolarità del contraddittorio avviene fuori da un contraddittorio diretto (in udienza) tra le parti. Entro questo termine, se il contraddittorio è regolare, le parti non vedranno depositato in cancelleria alcun provvedimento. Se invece il giudice rileva una irregolarità, il giudice istruttore depositerà un provvedimento (nella forma del decreto) che intimà gli adempimenti necessari per assicurare la regolarità del contraddittorio.



- **Regolarizzazione del contraddittorio:** l'articolo 171-bis indica altresì i provvedimenti che il g.i. può adottare in sede di verifica della regolarità del contraddittorio; nonostante le aggiunte apportate dalla riforma rispetto alla disciplina previgente, l'elenco è comunque da ritenersi esemplificativo. Esaminiamo dunque le nuove norme richiamate:

1. **Art. 107 c.p.c. [intervento del litisconsorte facoltativo per ordine del giudice]:** la norma consente al g.i., qualora ritenga (discrezionalmente) opportuno che il rapporto processuale sia esteso anche nei confronti di un terzo a cui la **causa è comune**, di **ordinare alle parti di chiamare in causa quel terzo**. Si ricordi che è necessario il requisito della comunanza della causa (connessione oggettiva propria o impropria, nesso di pregiudizialità-dipendenza, ma anche garanzia propria o impropria). In caso di violazione dell'ordine del giudice, la causa viene cancellata dal ruolo con possibilità di riassunzione della stessa entro tre mesi, a pena di estinzione del processo.

2. **Art. 171, comma 3, c.p.c. [contumacia del convenuto]:** il giudice dichiara la contumacia del convenuto se questo non si è costituito tempestivamente entro il termine previsto. La norma è richiamata poiché prima della riforma il convenuto era dichiarato contumace soltanto se non si costituiva nemmeno in udienza; in seguito alla riforma, l'articolo fa riferimento ad un termine diverso (**70 giorni prima dell'udienza**) e il g.i. può dunque sapere se il convenuto si è costituito tempestivamente quando adotta il decreto ex articolo 171-bis.
3. **Art. 269, comma 2, c.p.c. [chiamata in causa del terzo da parte del convenuto]:** il convenuto può chiamare in causa il terzo depositando la comparsa di costituzione e risposta entro 70 giorni dall'udienza, così come fissata dall'attore; in tale comparsa dovrà necessariamente chiedere al giudice il differimento di tale udienza, al fine di garantire il termine minimo a comparire anche nei confronti del terzo chiamato. Il giudice, a norma dell'art. 269, deve provvedere nel decreto di cui all'art. 171-bis a fissare la data della nuova udienza.
4. **Art. 292 c.p.c. [contumacia dell'attore]:** l'attore può costituirsi tardivamente sino al termine previsto per la costituzione del convenuto; se non si costituisce nemmeno entro tale termine, è dichiarato contumace.

N.B. Le nuove norme richiamate in materia di provvedimenti volti alla regolarizzazione del contraddittorio fanno riferimento anche ad attività processuali estranee a tale scopo; in particolare, gli artt. 269 e 292 riguardano **circostanze fisiologiche del rapporto processuale**, che non inficiano in alcun modo la regolarità del contraddittorio.

### La contumacia

La contumacia è la condizione che contraddistingue la parte che ha scelto consapevolmente di non costituirsi in giudizio. Se l'essere parte processuale dipende in astratto dalla **capacità di stare in giudizio** (art. 75 c.p.c.) e in concreto dall'**aver esercitato l'azione** (attore) o dall'essere stato **posto in condizione di esercitare il proprio diritto di difesa** (convenuto), la contumacia dipende dalla decisione di non costituirsi in giudizio. Tale condizione può potenzialmente risultare deleteria per la parte; il nostro ordinamento, per questo motivo, prevede **alcune tutele per il contumace**.

#### ➤ PRIMA della riforma del 2022

- a. Art. 171, commi 2-3, c.p.c.
  - Termine di costituzione in giudizio per l'**attore**: 10 giorni dalla notificazione dell'atto di citazione  
Termine di costituzione in giudizio per il **convenuto**: 20 giorni prima dell'udienza (pieni poteri difensivi)
  - Quando una parte si era costituita tempestivamente in giudizio, era consentito all'altra parte di **costituirsi in giudizio successivamente**, senza essere dichiarata contumace, fino alla prima udienza ex art. 183 c.p.c.;
  - Se la parte non si fosse costituita nemmeno alla prima udienza, **sarebbe stata dichiarata contumace** dal g.i. (previo accertamento della validità della notificazione dell'atto di citazione se la parte era il convenuto).

#### ➤ DOPO la riforma del 2022

- a. Art. 171, comma 3, c.p.c.
  - La parte che non si è costituita tempestivamente è dichiarata contumace se non si costituisce **nemmeno nel termine di 70 giorni** prima dell'udienza ex art. 183 c.p.c.
  - La norma, tuttavia, fa **salvo l'art. 291 c.p.c.** per il caso di contumacia del **convenuto**.
- b. Art. 291 c.p.c.
  - Se il g.i. accetta che il convenuto non si è costituito per un **vizio di nullità della notificazione dell'atto di citazione**, non ne dichiara la contumacia ma assegna un termine perentorio per la rinnovazione della notificazione a cura dell'attore.

- Il convenuto è dichiarato contumace se non si costituisce nemmeno entro il termine di 70 giorni prima della **nuova data dell'udienza** ex art. 183 c.p.c., fissata dal g.i. al momento dell'assegnazione del termine per la rinnovazione della notificazione.

Il contumace è parte del processo, ma finché non si costituisce non può esercitare alcun potere attinente alla trattazione o alla istruzione della causa. Nessun giudizio presuntivo nel nostro ordinamento è ricondotto alla condizione di contumacia, a differenza di altri sistemi processuali come quello tedesco (c.d. sentenza contumaciale: da torto al contumace; quest'ultimo può però opporsi e instaurare un nuovo processo di primo grado a contraddittorio pieno).

Il codice, come già esaminato, prevede alcune norme a **tutela della parte dichiarata contumace**:

➤ **Notificazione e comunicazione di atti al contumace (art. 292 c.p.c.)**

La parte non contumace doveva notificare una serie di atti **a proprie spese** alla controparte contumace:

- a. **Ogni sentenza pronunciata** nel corso del processo (tanto quelle definitive, quanto quelle non definitive);
- b. Tutti gli atti che contengono **domande nuove o riconvenzionali**;
- c. Le ordinanze che ammettono **l'interrogatorio o il giuramento**, ossia i c.d. **provvedimenti istruttori**;
- d. Il **verbale d'udienza** nel quale si dice che **la parte costituita ha prodotto una scrittura privata**, cioè un documento di cui la parte costituita non ha dato notizia negli atti precedentemente notificati al contumace.

➤ **Costituzione del contumace (art. 293 c.p.c.)**

La parte contumace può costituirsi tardivamente **fino all'udienza di precisazione delle conclusioni**. La costituzione tardiva implica la **preclusione delle attività processuali** di parte che al momento della costituzione sono precluse alle parti in base alla legge processuale. Il contumace può disconoscere le precedenti scritture private contro di lui.

➤ **Rimessione in termini (art. 294 c.p.c.)**

Il codice ammette la possibilità di rimessione in termini della parte contumace che si costituisca tardivamente. La parte dichiarata contumace può essere rimessa in termini (*potendo dunque porre in essere quelle attività processuali che gli sarebbero altrimenti precluse*) solo se si accerta che la **nullità della citazione o della sua notificazione** gli ha impedito di venire a conoscenza del processo, oppure se si dimostra che la sua costituzione tardiva è avvenuta per **causa non imputabile alla parte**.

### **Differimento della prima udienza**

L'art. 171-bis, comma 3, c.p.c. prevede che il g.i., anche quando non deve adottare un provvedimento per regolarizzare il contraddittorio, **debba comunque adottare un decreto** con cui **confermare la data della prima udienza** (fissata nell'atto di citazione o rinviata ex art. 168-bis, comma 4, c.p.c.) o **differirla fino ad un massimo di 45 giorni** per motivi attinenti al carico di lavoro cui è sottoposto l'ufficio giudiziario (*tale norma era prevista dall'art. 168-bis, comma 5; esso è stato abrogato e la sua previsione trasferita nel presente articolo*). Dunque, anche nei casi in cui non vi sia l'esigenza di regolarizzare il contraddittorio, potrebbe avversi comunque il provvedimento di cui all'art. 171-bis qualora il giudice differisca l'udienza ai sensi del terzo comma. Si ricordi che, in tal caso, sono **differiti anche i termini ex art. 171-ter**.

### **Trattazione (solo) scritta della causa**

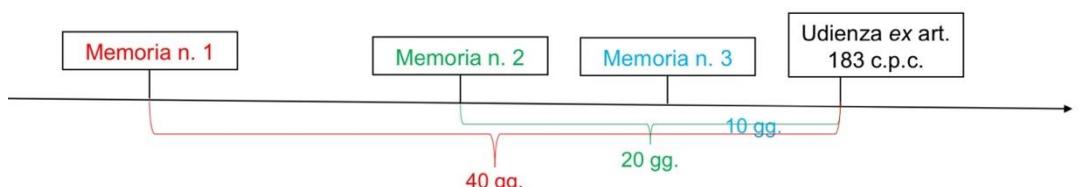
In seguito alla riforma, **non c'è più trattazione in udienza**. Nel nuovo regime, la trattazione è soltanto scritta; **le attività di trattazione però restano le stesse** di quelle previste dal regime precedente.

1. Rilievo ufficioso del giudice: ai sensi dell'art. 171-bis, il giudice istruttore è chiamato, sulla base dei fatti allegati, ad indicare alle parti (nel provvedimento di cui al medesimo articolo) anche:

- Le **questioni rilevabili d'ufficio** di cui ritiene opportuna la trattazione; che sono le medesime che abbiamo già citato. Siccome la nuova trattazione della causa è soltanto scritta, le parti potranno **allegare nuovi fatti o proporre nuove istanze conseguenti** alla questione rilevata d'ufficio **nelle memorie integrative**, anch'esse anteriori all'udienza. Qualora il giudice rilevi una questione, che per legge può essere rilevata in ogni stato e grado del processo, in un momento successivo, l'art. 101, comma 2, c.p.c. prevede che il g.i. indichi un **termine perentorio (compreso tra 20 e 40 giorni)** entro cui le parti possono depositare delle **memorie in cui prendono posizione sulla questione**. *L'applicazione della norma, a differenza di quanto accadeva ante riforma, torna quindi ad essere più circoscritta (causa già rimessa in decisione).*
  - Le questioni relative alle **condizioni di procedibilità della domanda** e alla sussistenza dei **presupposti per procedere con il rito semplificato**. Quanto alle prime, il g.i. deve verificare ad esempio che sia stato esperito il *necessario tentativo di mediazione o negoziazione assistita*. Quanto ai secondi, il g.i. deve assicurarsi di non avere davanti a sé una causa che doveva essere trattata con il rito semplificato; in tal caso, il giudice emette un **provvedimento di conversione del rito**.
    - **Ammissibilità e procedibilità sono concetti ben distinti.** L'ammissibilità, ossia la sussistenza di tutti i presupposti processuali richiesti a pena di inammissibilità delle domande, va sempre valutata per prima. Solo in secondo luogo si valuta la procedibilità della domanda, che consiste nella sussistenza dei presupposti per la prosecuzione materiale del processo. La differenza si apprezza anche sul piano delle conseguenze; se la domanda è improcedibile, si ha semplicemente la **sospensione del processo**.
2. La trattazione che consegue al contraddittorio tra le parti e la trattazione che deriva dal potere di precisare o modificare autonomamente le domande trovano espressione nelle **tre memorie integrative dell'articolo 171-ter**, che ricalca sostanzialmente il vecchio comma 6 dell'art. 183, pur con molte precisazioni. Innanzitutto, a differenza della disciplina previgente, le memorie **sono riconosciute ex lege** e non è necessaria alcuna autorizzazione del g.i.

A) **Termini**: i termini per il deposito delle memorie sono stabiliti a ritroso rispetto alla data della prima udienza.

- Memoria di cui al n. 1: almeno 40 gg. prima dell'udienza;
- Memoria di cui al n. 2: almeno 20 gg. prima dell'udienza;
- Memoria di cui al n. 3: almeno 10 gg. prima dell'udienza.



2

B) **Contenuto di ciascuna memoria**

### 1. **Memoria di cui al n. 1: contraddittorio sulla trattazione della causa**

Non c'è limitazione allo *ius poenitendi*; c'è molta trattazione della causa. **Le parti** possono:

- Proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto **o dal terzo**;
- Precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni già proposte (*ius poenitendi*)
- **L'attore** può chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza è sorta a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di costituzione e risposta.

### 2. **Memoria di cui al n. 2: completa il contraddittorio sulla trattazione + istruzione probatoria**

Le parti possono:

- Replicare alle domande e alle eccezioni nuove o modificate dalle altre parti;
- Proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande nuove da queste formulate nella memoria di cui al n. 1;
- Indicare i **mezzi di prova** ed effettuare le **produzioni documentali**.

### **3. Memoria di cui al n. 3: completa il contraddittorio sulla trattazione + istruzione probatoria**

Le parti possono replicare alle eccezioni nuove e **indicare la prova contraria**.

*Se il convenuto si è difeso con una domanda riconvenzionale, l'attore può difendersi con:*

- *Un'eccezione avente efficacia emi del diritto fatto valere dal convenuto con la d.r.*
- *una domanda riconvenzionale, essendo egli "diventato" convenuto  
in tal caso, il convenuto originario potrà opporre soltanto eccezioni e non domande*

#### **La prima udienza**

In seguito alla riforma, giunti alla prima udienza la trattazione della causa si è già esaurita al di fuori di essa; l'udienza di comparizione delle parti (e trattazione della causa) è quindi sostanzialmente limitata a due grandi finalità: da un lato il **tentativo di conciliazione**, dall'altro la **definizione del thema probandum**.

Il nuovo art. 183 c.p.c. prevede innanzitutto l'**obbligo di comparizione personale delle parti**; il giudice istruttore:

1. Si pronuncia sull'eventuale **istanza di autorizzazione a chiamare in causa il terzo proposta dall'attore**, fissando altresì la nuova udienza per la chiamata del terzo;
2. **Interroga liberamente le parti**, richiedendo sulla base dei fatti allegati i **chiarimenti necessari** (*eventualmente anche nelle udienze successive*); esperisce inoltre il **tentativo di conciliazione** di cui all'articolo 185.
  - Il codice, nel trattare l'interrogatorio libero del giudice, lo qualifica come **argomento di prova**; si tratta di un'espressione con cui la legge processuale fa riferimento a ciò che, pur avendo la struttura formale della prova, ha un **valore probatorio molto ridotto**. La ragione risiede ancora una volta nel **principio dispositivo**, di cui l'interrogatorio libero disposto d'ufficio dal giudice costituisce una **deroga**.
3. Se ritiene la causa **matura per la decisione** senza bisogno di istruzione probatoria o se intende rimettere la causa in decisione su una **questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito** (art. 187, commi 1 e 2, c.p.c.), fissa senz'altro la data dell'udienza di rimessione della causa in decisione (art. 189 c.p.c.);
4. Se non ritiene la causa matura per la decisione, provvede sulla **ammissibilità delle richieste istruttorie** e predispone il **calendario delle udienze successive**, fino a quella di rimessione della causa in decisione.

Il **giudizio di ammissibilità** viene pronunciato dal giudice, **di regola, in udienza**; esso riguarda solamente le richieste di ammissione di **prove costituende** (*esse vanno infatti presentate nella seconda memoria, insieme alla produzioni documentali che non richiedono previa autorizzazione*). Come suggerito, alcune delle attività tipiche dell'udienza ex art. 183 c.p.c. possono in realtà avvenire al di fuori di essa. Si tratta in particolare della rimessione della causa in decisione, nel cui provvedimento sarà indicata la data dell'apposita udienza, e del giudizio di ammissibilità sui mezzi di prova.

Il giudice istruttore può infatti pronunciarsi con **provvedimento fuori udienza**, al **massimo 30 giorni dopo** la stessa. In caso siano ammesse prove costituende, il giudice fissa l'**udienza per l'assunzione dei mezzi di prova** ritenuti ammissibili e rilevanti ex art. 184 c.p.c., al **massimo entro 90 giorni** (*dall'udienza o dal provvedimento assunto fuori udienza*).

Se il giudice istruttore **dispone d'ufficio mezzi di prova**, ciascuna parte può dedurre, entro un **termine perentorio fissato dal g.i.**, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi, nonché depositare memoria di replica

nell'ulteriore termine perentorio fissato dal medesimo giudice. La facoltà di disporre d'ufficio dei mezzi di prova **in conseguenza delle istanze di parte (istanza di tutela)** è concessa solo in casi molto limitati e tassativi, poiché rappresenta una deroga al principio dispositivo, che impone che le prove provengano solo dalle parti processuali. Sono esempi di mezzi istruttori disposti d'ufficio la **prova testimoniale così disposta e l'ispezione di cose o persone**; un discorso a parte merita la consulenza tecnica disposta d'ufficio (*che, fondamentalmente, non è un mezzo di prova*).

#### **Focus: la condanna al pagamento delle spese processuali**

Il principio generale è quello della **soccombenza**: le spese vengono pagate dalla parte che ha torto ed esse non sono solo quelle legate al costo del processo (pagate sottoforma di imposta anticipata da chi iscrive la causa al ruolo) ma anche le **spese sostenute dalla parte vittoriosa** per la difesa tecnica. Tale principio non è assoluto: il giudice può disporre la **compensazione delle spese tra le parti**, quando l'esito non è della soccombenza di una parte, ma **parziale e reciproca** (il giudice ha dato ragione in parte a entrambe le parti). Un provvedimento diverso da quello legato alla soccombenza può dipendere da altri fattori e uno di questi è proprio il **comportamento processuale delle parti**. Può accadere che il giudice, a fronte di un comportamento **poco collaborativo** (non ispirato a un criterio di diligenza processuale) possa, pur dando ragione alla parte, condannarla a pagare interamente le spese. Tra i molteplici comportamenti ci sono proprio le risultanze dell'interrogatorio libero: la parte che non ha reso dei chiarimenti, ma ha detto delle cose imprecise, che ha confuso anziché chiarire la cognizione del giudice, può essere condannata in tutto o in parte al pagamento delle spese. Vi sono poi delle norme della riforma relative alla scrittura degli atti, in forza delle quali il giudice può condannare al pagamento delle spese la **parte che non ha scritto gli atti in maniera chiara e sintetica** (art. 46 disp. att c.p.c.).

#### **Verso l'istruzione probatoria**

Concluso l'approfondimento del *thema decidendum*, il g.i. può essere chiamato a definire il ***thema probandum***:

- Art. 187 c.p.c.**
- **Non è necessario acquisire mezzi istruttori** perché
    - La causa è **matura per la decisione di merito** senza bisogno di assumere mezzi istruttori
    - La decisione separata di una **questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito** è idonea a definire il giudizio: rimessione della causa in decisione
  - **È necessario acquisire mezzi istruttori**; il giudice può dunque provvedere in udienza o mediante ordinanza successiva all'udienza disponendo:
    - La **data dell'udienza** per l'assunzione dei mezzi istruttori ritenuti **ammissibili e rilevanti**;
    - L'acquisizione d'ufficio di mezzi istruttori con assegnazione alle parti del termine per dedurre i mezzi istruttori che si rendono necessari

La necessaria acquisizione dei mezzi istruttori rappresenta il caso più frequente; in tal caso il g.i., prima di procedere alla fissazione dell'udienza ex art. 184 c.p.c., deve giudicare sull'ammissibilità delle istanze istruttorie:

- **Ammissibilità**: un'istanza istruttoria è ammissibile se è solo se è **legittima e rilevante**.
- 1) **Sul piano della legittimità**, un'istanza è ammissibile se ha ad oggetto uno dei **mezzi di prova previsti dalla legge processuale** e se la richiesta di un mezzo di prova (previsto dalla legge) è presentata **nel rispetto delle condizioni stabilite per ciascun mezzo di prova** dalla legge processuale. Ad esempio, la legge processuale stabilisce che è di regola inammissibile la prova testimoniale del contratto, inducendo le parti a preconstituire una prova scritta/documentale del contratto. Normalmente si ricorre al documento contrattuale per avere una prova molto più difficilmente contestabile, proprio perché risultante da un documento. In tale prassi c'è, per così dire, l'influsso della legge che di regola vieta la prova per testimoni del contratto. Se quindi un'istanza richiede l'acquisizione di prova di un contratto mediante testimoni, questa è tendenzialmente inammissibile.
  - 2) **Sul piano della rilevanza**, l'istruzione probatoria serve per costituire prove costituende, cioè prove che si possono formare solo attraverso il processo. Affinché siano giudicate ammissibili serve però che, oltre che legittime, siano **relative al *thema decidendum***, cioè ai fatti di causa. Se una parte chiede che sia ammessa una testimonianza circa un fatto per cui tale mezzo di prova è legittimo ma che non ha nulla a che vedere con la causa, l'istanza è inammissibile.

### LE VICENDE SUCCESSORIE NEL PROCESSO

Un fenomeno che si verifica frequentemente nella fase di trattazione della causa in senso ampio (dunque anche in fase di istruzione probatoria) è quello delle c.d. vicende successorie nel processo. La successione che si può verificare può essere di due tipi: la **successione vera e propria nel processo**, di cui si occupa da sempre l'**articolo 110 c.p.c.**, e la **successione nel diritto oggetto del processo**, di cui si occupa da sempre la norma successiva, l'**articolo 111 c.p.c.**

1) **Successione nel processo (art. 110 c.p.c.)**: si ha successione nel processo quando una delle parti viene meno, sia per **decesso della persona fisica** sia per **l'estinzione della persona giuridica** (es. fusione, incorporazione).

- a. Il processo è **proseguito ex lege dal successore universale** della parte venuta meno (o nei suoi confronti); si pensi ad esempio all'erede a titolo universale del *de cuius*. Non è necessaria un'accettazione espresa o una manifestazione di volontà; il subentro nella posizione processuale è **automatico** e questo automatismo garantisce continuità al processo nella pienezza del contraddittorio.
- b. Il processo prosegue nei confronti del successore universale **fintanto che non viene dichiarata** nel processo, in udienza dinanzi al giudice o con notificazione alla controparte, **l'apertura della successione**. A questo punto l'ordinamento sceglie di tutelare l'interesse del successore a titolo universale; la legge stabilisce infatti che a seguito della dichiarazione dell'apertura della successione **si ha l'interruzione automatica del processo**, il quale **potrà proseguire solo se viene riassunto dal successore** a titolo universale (o nei suoi confronti dalla parte interessata se si tratta del convenuto). La riassunzione deve essere fatta **entro tre mesi** dall'atto interruttivo del processo, a pena di estinzione dello stesso.

2) **Successione nel diritto controverso (art. 111 c.p.c.)**: in questo caso restano in gioco le medesime parti; tuttavia, si verifica un trasferimento a titolo particolare del diritto soggettivo che è oggetto del processo in corso.

a. **SUCCESSIONE INTER VIVOS O MORTIS CAUSA**

Il trasferimento può avvenire anzitutto per un **atto inter vivos o mortis causa**; la prima ipotesi è la più frequente e consiste nella **cessione (ad es. mediante contratto) del diritto** che l'attore ha fatto valere in via principale o che il convenuto ha fatto valere in via riconvenzionale. La seconda ipotesi (meno frequente) si ha quando in seguito alla morte della parte il diritto oggetto del processo non è attribuito all'erede universale, bensì a un **successore a titolo particolare** in forza di un legato.

Nei casi di successione nel diritto controverso, il codice impone che il processo prosegua nei confronti del **dante causa**, ossia colui che ha disposto del suo diritto, in caso di **atto tra vivi**; invece, in caso di **atto mortis causa**, il processo prosegue automaticamente nei confronti dell'**erede universale** (nonostante il legatario).

b. **LEGITTIMAZIONE AD AGIRE IN VIA STRAORDINARIA**

In assenza dell'art. 111, il fenomeno così descritto comporterebbe la **sopravvenuta inammissibilità della domanda** per difetto di legittimazione agire, attiva o passiva. La *ratio* di tale norma sta nella volontà del legislatore di garantire la **celerità del processo**, evitando lunghe e inutili interruzioni. Di fatto, il dante causa che prima era legittimato ad agire in via ordinaria, in seguito alla successione del diritto controverso rimane **legittimato ad agire**, ma questa volta **in via straordinaria** (*si ha il fenomeno della sostituzione processuale di cui all'art. 81 c.p.c.; l'art. 111 rispetta proprio la clausola di previsione espresa prevista ex art. 81 c.p.c.*).

A differenza di altri fenomeni di sostituzione processuale già esaminati, il caso in esame rappresenta una **sostituzione puramente formale** e non anche sostanziale. Si pensi al caso dell'azione surrogatoria; in tal caso, la legge consente al creditore surrogante di esercitare un diritto del debitore surrogato, nell'interesse di quest'ultimo e nel proprio. Nella successione nel diritto controverso, **manca l'interesse sostanziale del dante causa all'esito positivo della causa** (es. se Tizio cede il proprio diritto di credito, non si cura della sua lesione). I

casi di successione particolare per atto *inter vivos* o *mortis causa* sono pressoché sovrappponibili; **il legatario, come l'avente causa**, resta fuori dal processo mentre **l'erede universale, come il dante causa**, rimane parte di esso in quanto sostituto processuale, nonostante l'assenza di un interesse sostanziale.

#### c. INTERVENTO IN CAUSA DEL SOSTITUITO ED ESTROMISSIONE DEL SOSTITUTO

L'art. 111 precisa che l'avente causa o il legatario **possono sempre intervenire nel processo o essere chiamati in causa** dalla parte interessata (*tipicamente del dante causa*); inoltre, se le altre parti in causa vi consentono, l'alienante (*dante causa*) o il successore universale (*erede*) **possono essere estromessi** dal processo. L'intervento in causa del titolare del diritto e l'estromissione del dante causa (o del successore universale) sono istituti ispirati al fine di **ristabilire il carattere ordinario della legittimazione ad agire**. Affinché questo si realizzi, infatti, devono necessariamente verificarsi due condizioni:

- **L'intervento in causa** di colui che ha acquistato il diritto, che può essere tanto **volontario** quanto **su chiamata di una delle parti** (tipicamente, il dante causa), previa autorizzazione del giudice istruttore.
- Con il consenso di tutte le altre parti processuali (incluso il successore), il dante causa può **chiedere al giudice di essere estromesso** dal processo. L'estromissione di una parte dal processo è un istituto limitato dall'ordinamento che corrisponde all'opposto dell'intervento (un terzo diventa parte).

L'articolo 111 trova applicazione soprattutto in **situazioni di successione dei crediti controversi** (già dedotti in giudizio). Spesso società specializzate nel recupero crediti acquistano centinaia di crediti facenti capo a privati o società finanziarie in cambio di un corrispettivo, ma raramente negli accordi si prevede che la società fiduciaria intervenga nel processo. In genere si prevede che i cedenti si assumano l'obbligo di rimanere in causa ai sensi dell'art. 111 c.p.c. in quanto soggetti che hanno ceduto. Questo per esonerare la parte cessionaria dagli oneri e dai costi della conduzione del processo. Ma può darsi che vi sia un interesse a partecipare al processo.

Astrattamente può darsi l'ipotesi che nel processo restino oltre alla controparte sia il dante causa, sia l'avente causa, quando le tre parti non si mettano d'accordo. Questa ipotesi prevede una posizione (quella del dante causa) che è difficile da inquadrare processualmente, perché non è parte processuale e nemmeno sostituto processuale. È una parte meramente processuale che deve stare in giudizio perché lo prevede l'articolo 111.

*N.B. Si discute ampiamente in dottrina circa la natura dell'intervento del successore a titolo universale. Da un lato, sussiste incompatibilità solo con la posizione dell'avente causa, mentre con riguardo alla posizione del dante causa non può sussistere una vera e propria incompatibilità, non essendo egli una parte processuale in senso sostanziale; per questi motivi, non può trattarsi di intervento principale. Non può altresì parlarsi di intervento litisconsortile, in quanto dante causa e successore a titolo particolare non sono contitolari di alcun diritto; infine, non si può parlare nemmeno di intervento adesivo, in quanto il successore particolare interviene in giudizio per far valere un proprio diritto. Conseguenza di quanto detto finora è che l'intervento in causa del successore a titolo particolare (o la sua chiamata in causa) rappresenta un'ipotesi sui generis, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 105 c.p.c. (o dall'art. 106 c.p.c.), che si fonda sulla necessità di ricondurre il rapporto processuale a colui che è divenuto l'effettivo titolare del diritto controverso.*

#### d. GLI EFFETTI DELLA SENTENZA

Il penultimo comma dell'articolo 111 prevede che *"la sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui"*. In altre parole, la sentenza produce sempre i suoi **effetti nei confronti del successore a titolo particolare**, a prescindere dal fatto che egli sia **intervenuto o meno** in causa. Tale previsione deroga a quella disposta dall'art. 2909 c.c., che sancisce che gli effetti della sentenza e del giudicato **fanno stato solo tra le parti**; anche se il successore a titolo particolare non esercita il suo diritto di intervenire in giudizio, la sentenza gli sarà comunque opponibile, al pari di quanto accade al **subconduttore** (ex art. 1595 c.c.) che non effettui un intervento adesivo o dipendente.

*N.B. L'art. 2909 c.c. fa riferimento, oltre che alle parti, ai loro eredi e aventi causa. La norma si riferisce tuttavia agli eredi e aventi causa che sorgano dopo il passaggio in giudicato della sentenza (e non in corso di causa). Se ad esempio una sentenza accerta definitivamente il diritto di proprietà di Tizio su un immobile, in seguito al processo eredi ed aventi causa di Tizio potranno avanzare legittimamente pretese su tale immobile. In tal senso, dunque, l'art. 111 c.p.c. deroga al disposto dell'art. 2909 c.c., in quanto si riferisce ai successori a titolo particolare in corso di causa, cioè agli aventi causa prima del giudicato; se non ci fosse l'art. 111 c.p.c. l'estensione a questi soggetti degli effetti della sentenza non sarebbe possibile in base all'art. 2909 c.c.*

La ragione di tale deroga è autoevidente; se gli effetti della sentenza non si estendessero a colui che è titolare del diritto controverso, egli potrebbe instaurare un autonomo giudizio che, astrattamente, potrebbe condurre ad una **decisione difforme** da quella risultante dal processo di cui non è parte. Posta la legittimazione ad agire in via straordinaria del dante causa o successore universale, dunque, la deroga all'art. 2909 c.c. appare fondamentale per garantire le certezza del giudicato, evitando decisioni difformi. Corollario di tale estensione degli effetti della sentenza e del giudicato è il **potere del successore universale di impugnare la sentenza**, anche qualora non sia stato parte processuale del processo da cui essa è risultata. Tale norma, al pari delle precedenti, costituisce una deroga alle regole generali, in particolare a quelle in materia di **legittimazione ad impugnare**; di regola, infatti, il presupposto del potere di impugnazione è la qualità di parte processuale nel precedente grado di giudizio. L'art. 111 c.p.c. attribuisce tale potere anche al successore particolare in quanto **titolare del diritto controverso**; la deroga è ammissibile in quanto frutto di **espressa previsione di legge**.

#### e. SALVEZZA DEGLI EFFETTI DELLA TRASCRIZIONE

L'ultimo comma dell'art. 111, dopo aver stabilito l'estensione degli effetti della sentenza al successore a titolo particolare, chiarisce che sono fatti salvi gli effetti della **trascrizione** (*per quanto attiene a beni immobili e mobili registrati*) e dell'**acquisto in buona fede** (*di beni mobili non registrati*). Tale clausola appare perfettamente coerente a quanto sancito dalla legge civile, la quale prevede alcune regole volte a salvaguardare l'acquisto della proprietà e dei diritti reali nel caso in cui il medesimo bene sia oggetto di **plurimi atti di trasferimento**.

⇒ *Esempio: Tizio agisce in giudizio per rivendicare la proprietà di un immobile posseduto da Caio, il quale asserisce di esserne il proprietario (e si comporta come tale). Nelle more del processo, Caio vende l'immobile a Sempronio; successivamente, una sentenza passata in giudicato accerta in modo incontrovertibile che Tizio è il legittimo proprietario dell'immobile controverso. Né il contratto di compravendita né la sentenza sono idonei per sé ad essere opponibili ai terzi, in quanto la loro efficacia è limitata rispettivamente alle parti contrattuali e alle parti processuali. Tuttavia, al fine di rendere opponibili gli effetti di tali atti, Sempronio ha trascritto l'atto di compravendita nei pubblici registri immobiliari e, solo successivamente, Tizio vi ha trascritto la sentenza di accertamento. Il legittimo proprietario dell'immobile è dunque Sempronio, in base ai principi che regolano la pubblicità immobiliare, i quali stabiliscono la prevalenza di colui che trascriva per primo. Una domanda sorge spontanea; come può Tizio tutelarsi da eventuali atti dispositivi compiuti nelle more del processo?*

La soluzione è fornita dagli **artt. 2652 ss. c.c.**, in materia di **trascrizione della domanda giudiziale** avente ad oggetto atti soggetti a trascrizione. Per quanto attiene in particolare all'esempio menzionato, l'art. 2653, n.1, c.c. prevede che *"la sentenza pronunziata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda"*. In altre parole, **gli effetti della sentenza** che accerta la proprietà **retroagiscono al momento della trascrizione della domanda**, rendendo tale sentenza opponibile a tutti coloro che abbiano acquistato diritti sul bene controverso in forza di atti trascritti successivamente alla domanda giudiziale.

Si parla a tal riguardo di **"effetto retroattivo o prenotativo"** della trascrizione della domanda. Tale effetto, è doveroso ricordarlo, non si produce automaticamente per effetto della *pronuncia* della sentenza, bensì per

effetto della sua *trascrizione*. Dunque, al fine di tutelarsi adeguatamente, la parte che agisca in giudizio per rivendicare la proprietà di un bene deve **tempestivamente trascrivere la propria domanda giudiziale** e, qualora giunga una **sentenza favorevole**, deve trascrivere anch'essa altrettanto tempestivamente.

Colui che, in forza di una sentenza passata in giudicato che accerta il suo diritto di proprietà, non possa legittimamente acquisire la proprietà del bene ha diritto al **rimborso del pagamento** e all'**eventuale risarcimento del danno**; la *ratio* dietro la negazione dell'acquisto della proprietà dipende dall'esigenza di garantire la certezza nella circolazione dei rapporti giuridici.

#### f. **SALVEZZA DEGLI EFFETTI DELL'ACQUISTO IN BUONA FEDE**

Quanto detto sinora si estende, per quanto attiene ai beni mobili, al loro acquisto di buona fede; si tratta di un'applicazione della regola *possesso vale titolo*, di cui all'art. 1153 c.c. La norma fa salvi gli acquisti a *non domino*, ossia da colui che non è il legittimo proprietario del bene, a patto che si verifichino alcune condizioni:

- a. Acquisto avvenuto in forza di un **titolo astrattamente idoneo** all'acquisto della proprietà (es. *un contratto di compravendita, una successione ereditaria, ...*);
- b. Il terzo deve essere in **possesso del bene** acquistato, deve essere avvenuta la **traditio**;
- c. Deve sussistere la **buona fede soggettiva** del terzo acquirente (*si ricordi che essa è presunta*).

Dunque, se il titolare di un diritto controverso dispone di tale diritto **in corso di causa** per atto *inter vivos* ovvero *mortis causa*, l'acquisto di tale diritto da parte del terzo è fatto salvo purché sussistano i requisiti sopraindicati.

## L'istruzione probatoria e il ruolo delle prove

La fase di istruzione probatoria è una **fase solo eventuale** del processo civile; si caratterizza per:

- **Definizione del *thema probandum***, ovvero i fatti posti a fondamento delle istanze di parte
- **Acquisizione delle prove costituende**

Se una delle parti intende ricorrere a prove costituende, il giudice fisserà l'apposita **udienza per l'assunzione dei mezzi di prova ex art. 184 c.p.c.**, previo giudizio di ammissibilità e rilevanza dei mezzi istruttori proposti mediante istanza di parte. Tale udienza si deve tenere **ordinatoriamente entro 90 giorni dal provvedimento del giudice** che ammette le prove (in udienza o fuori udienza). La fase di istruzione probatoria è connotata da alcuni principi fondamentali:

➤ **Principio dispositivo (o principio della domanda in senso processuale) ex art. 115 c.p.c.**: il principio della domanda prevede che la tutela giurisdizionale possa conseguire solo a una domanda di parte; il principio dispositivo ribadisce questo concetto, stabilendo che il giudice si pronuncia **soltanto sulla base delle prove** dei fatti primari dedotti che sono **fornite dalle parti stesse** (o dal Pubblico Ministero). La norma fa salve le eccezioni espressamente previste dalla legge. L'art. 115 c.p.c. consente al giudice di porre a fondamento della decisione anche:

1. Fatti non specificamente contestati dalla controparte: in seguito ad una riforma del 2009, è stato recepito l'orientamento giurisprudenziale sintetizzabile con la formula '**relevatio ab onere provandi**'. Qualora una parte si limiti ad **allegare dei fatti senza provarli**, essa è temporaneamente sollevata dall'onere di provarli finché la controparte non li contesta specificamente. Se tali fatti non sono contestati specificamente dalla controparte, il giudice può porli a fondamento della sua decisione anche se non sono stati provati.

*N.B. Decorsi i termini per le memorie n.2 e n.3, non possono più essere presentate prove*

2. Fatti notori: si tratta di **nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza**; si presumono in via assoluta come conosciuti dalla generalità dei consociati e possono essere tanto **leggi della natura** (es. *la forza di gravità*) quanto **fenomeni sociali** (es. *l'affollamento della metro di Milano nelle ore di punta*). Il giudice può dunque porre anche tali fatti (*anch'essi non provati*) a fondamento della sua decisione.

➤ **Principio dell'onere della prova ex art. 2697 c.c.**: in forza di tale principio, chi fa valere un diritto in giudizio ha l'onere di provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; allo stesso modo, colui nei confronti del quale è fatto valere un diritto, ha l'onere di provare il fatto che ha efficacia estintiva, modificativa o impeditiva di quel diritto. Il principio dell'onere della prova, tuttavia, non è inderogabile in quanto ammette una **deroga pattizia delle parti**.

- Inversione o modifica pattizia dell'onere della prova ex art. 2698 c.c.: previa pattuizione tra le parti necessariamente **per iscritto**, le stesse possono decidere di modificare (*sino ad invertire*) l'onere della prova così come previsto dal Codice civile. Tale modifica, tuttavia, **non può impedire o rendere estremamente difficile l'esercizio del diritto** da parte di colui che ha proposto la domanda giudiziale.

*Ad esempio, la pattuizione che pone a carico del creditore l'onere di provare il dolo o la colpa del debitore in caso di inadempimento rende molto difficile l'esercizio del diritto di credito da parte del creditore.*

➤ **Mezzi di prova e argomenti di prova**

1. Mezzi di prova o mezzi istruttori: **strumenti conoscitivi dei fatti dedotti in giudizio**, acquisiti nelle forme e nei limiti prescritti dalla legge, tramite cui il giudice è autorizzato a prendere cognizione dei fatti di causa. Talvolta, però, la legge parla di prova o mezzo di prova anche in riferimento alla conoscenza del fatto che deriva dall'acquisizione della prova. *Ad esempio, la testimonianza è sia lo strumento conoscitivo del fatto che la conoscenza derivante da tale strumento conoscitivo.*

2. Argomenti di prova: si tratta di strumenti conoscitivi che hanno una **ridottissima efficacia probatoria**; il giudice non può porli a fondamento della decisione di merito, anche se potrebbero rilevare in altre circostanze (*ad es., per decidere sulle spese processuali*). Tra gli argomenti di prova figurano i **comportamenti delle parti** nel corso del processo e l'**interrogatorio libero** condotto dal giudice in udienza.

➤ **Tipi di mezzi istruttori:**

1. Prove preconstituite e prove costituende: le prove preconstituite o documentali **esistono già prima del processo**; le prove costituende **si formano solo nel processo** e attraverso l'istruzione probatoria.
2. Prove libere e prove legali: in questo caso, la distinzione dipende dall'efficacia probatoria dei mezzi di prova:
  - a) **Prove libere**: si definiscono libere le prove che il giudice valuta secondo il suo **prudente apprezzamento** (*il giudice le valuta liberamente, ma con un atteggiamento di scrupolosità: deve fare un giudizio di bilanciamento tra due o più prove libere contrastanti per stabilire quale prevale*). Le prove libere sono quindi **controvertibili**, in quanto davanti a una prova libera **la controparte può fornire la prova contraria**. Le prove libere previste nel nostro ordinamento civile sono la scrittura privata e la testimonianza.
  - b) **Prove legali**: si definiscono legali le prove la cui **efficacia probatoria è imposta dalla legge** e che **non ammettono prova contraria** per smentirle; se un fatto è provato attraverso prova legale il giudice lo può (e lo deve) porre a fondamento della decisione. Nel nostro ordinamento sono prove legali l'atto pubblico, la scrittura privata nei casi eccezionali previsti, la confessione giudiziale e il giuramento.

➤ **Ammissibilità e rilevanza**: per giungere alla acquisizione dei mezzi di prova, il giudice istruttore deve oggi esprimersi su ammissibilità e rilevanza delle istanze istruttorie formulate dalle parti, o più in generale dei mezzi di prova forniti dalle parti, **nell'udienza ex art. 183 o con un'ordinanza pronunciata entro 30 giorni** dall'udienza.

- 1) **Ammissibilità**: rispondenza dell'istanza istruttoria o del mezzo di prova ai requisiti della legge processuale
- 2) **Rilevanza**: coerenza dell'oggetto dell'istanza istruttoria o del mezzo istruttorio con la vicenda sostanziale dedotta in giudizio. Non sarà legittima, ad esempio, una prova per testi di un fatto diverso dal contratto presentata tempestivamente quando quel fatto è irrilevante rispetto alla vicenda sostanziale dedotta.

➤ **Acquisizione dei mezzi di prova**

- a. Acquisizione delle prove costituende: tale attività avviene **nell'apposita udienza** o nelle apposite udienze fissate dal giudice per l'assunzione di tali mezzi di prova, **previo giudizio sulla loro ammissibilità e rilevanza**. È importante tenere distinto il concetto di mezzo di prova costituendo dallo strumento processuale preordinato dalla legge alla sua acquisizione; i mezzi di acquisizione e i relativi mezzi di prova sono in particolare:
  - **Interrogatorio formale della parte** (confessione giudiziale) e **del terzo** (testimonianza)
  - **Deferimento del giuramento e invito a prestare il giuramento** (giuramento)
  - **Interrogatorio libero ex art. 117 c.p.c.** (argomenti di prova)
- b. Produzione in giudizio delle prove documentali: **allegazione delle prove preconstituite ad uno degli atti processuali** che si depositano in giudizio. Molti documenti si allegano agli atti introduttivi, ma altri si possono allegare ad esempio alle memorie n.2 e n.3 ex art. 171-ter. Il **giudizio di ammissibilità e rilevanza** di tali prove, a differenza di quanto avviene con le prove costituende, è di regola formulato dal giudice **in sede decisoria**.
- c. Consulenza tecnica d'ufficio: tale strumento processuale merita un discorso a parte, in quanto non si tratta di un mezzo di prova anche se è tra questi regolata.

**PROVE PRECOSTITUITE O DOCUMENTALI**

La prova documentale non va confusa con l'atto o negozio giuridico, in quanto è la sua mera rappresentazione grafica.

**1. La scrittura privata**

- **Definizione:** qualunque tipo di prova documentale, idonea a rappresentare un fatto, redatta liberamente dalle parti. Esempi classici di scritture private sono il documento contrattuale e il documento attestante un atto unilaterale.
- **Efficacia probatoria:** di regola, la scrittura privata ha **efficacia probatoria ridotta**; questa caratteristica si desume dalla qualifica di **prova libera** di tale mezzo di prova, caratterizzato dalla possibilità di essere smentito mediante **prova contraria** della controparte e rimesso al **libero apprezzamento del giudice** ai fini della decisione.
- **Acquisizione del valore di prova legale:** nel nostro ordinamento vi sono casi in cui la scrittura privata è idonea ad **acquistare efficacia di prova legale**, sebbene in relazione al solo elemento della **provenienza della scrittura privata da chi l'ha sottoscritta**. Qualora ricorra uno dei tre casi menzionati in seguito, le parti non possono mettere in dubbio la provenienza della scrittura privata dalle stesse; il resto del documento mantiene valore di prova libera.

**1. Riconoscimento (espresso o tacito) della sottoscrizione (art. 2702 c.c.; artt. 214-215 c.p.c.)**

Si ha riconoscimento della sottoscrizione quando la parte contro cui la scrittura privata è prodotta riconosce la sua sottoscrizione, attestando dunque che la scrittura privata è la sua. Il riconoscimento può essere:

- a. **Espresso:** nel corso del processo, verbalmente in udienza o per iscritto in un atto giudiziale, la parte contro cui la scrittura è stata prodotta dichiara espressamente che la sottoscrizione è la sua (*infrequente*).
- b. **Tacito o implicito:** l'omesso o comunque tardivo disconoscimento della propria sottoscrizione di una scrittura privata prodotta in giudizio dalla controparte implica il suo riconoscimento per fatti concludenti. La parte contro cui è prodotta la scrittura privata deve tassativamente disconoscere la sottoscrizione nella **prima udienza** o nel **primo atto del processo** che la parte può presenziare o produrre dopo la produzione della scrittura privata *ex adverso* da parte della controparte. *Rif. verbale d'udienza (Consulta)*

**2. Autenticazione della sottoscrizione (art. 2703 c.c.):** attività che attesta la **veridicità della sottoscrizione**, necessariamente ad opera di un soggetto a cui la legge attribuisce il potere di dare pubblica fede a ciò che figura in un documento. Non tutti i **pubblici ufficiali** hanno questo potere; gli avvocati lo hanno solo in relazione ad atti specifici come la procura alle liti, mentre i **notai** hanno in tal senso un ampio potere.**3. Istanza di verificazione della sottoscrizione disconosciuta (art. 216 c.p.c.):** accade talvolta che una parte disconosca la sottoscrizione di una scrittura privata prodotta in giudizio dalla controparte, e che quest'ultima ritenga tale contestazione pretestuosa. In tal caso, la parte potrà esperire una vera e propria **azione di mero accertamento** che, pur non avendo ad oggetto un diritto soggettivo leso (*bensì un mero fatto*), sarà ammissibile in quanto ipotesi espressamente prevista dalla legge in deroga ai requisiti generali. L'art. 216 aggiunge che:

- a. **Istanza incidentale:** l'istanza di verificazione è presentata **durante la pendenza di un processo**; si crea un "giudizio autonomo" dinanzi al **medesimo giudice** chiamato a decidere sul merito della questione.
- b. **Istanza in via principale:** si tratta dell'istanza di verificazione presentata in **assenza di un processo pendente**, ad esempio in previsione di una futura giudiziale o perché una parte vuole avvalersi della scrittura privata in sede stragiudiziale. In tal caso, non essendovi un giudice già adito, il Codice chiarisce che la competenza spetta al **Tribunale territorialmente competente**; non si tratta di competenza per materia o valore, bensì di una figura peculiare detta **competenza funzionale o inderogabile**.

Le prove che di regola assumono maggiore rilevanza a favore dell'autenticazione della sottoscrizione sono gli **ordini di esibizione delle c.d. scritture comparative**; su istanza di parte, il giudice istruttore ordina alla controparte di fornire uno o più documenti in cui ha apposto la sua sottoscrizione. Su tali documenti verrà

eseguita una **perizia calligrafica**, di regola ad opera di un **consulente tecnico nominato ex officio** dal giudice. In alcuni casi, sebbene più improbabile, si può ricorrere ad altre prove come quella testimoniale.

## **2. Atto pubblico**

- **Definizione e ruolo del pubblico ufficiale:** l'atto pubblico è anch'esso un documento, e rimane dunque una prova che attraverso un supporto cartaceo/digitale rappresenta una serie di circostanze fattuali. Ciò che lo distingue dalla scrittura privata è la sua provenienza; esso è **interamente redatto da un pubblico ufficiale**, fatto che ne implica la qualifica di **prova legale**. Non è possibile opporre ad un atto pubblico una prova contraria; inoltre, il giudice è **vincolato a fondare la propria decisione** su quei mezzi di prova a cui il codice attribuisce il valore di prove legali.
- **Formalità prescritte dalla legge:** affinché un documento possa essere qualificato come atto pubblico, il mero requisito soggettivo della provenienza dal pubblico ufficiale (e non dalle parti) non è sufficiente. È infatti necessario che l'atto sia redatto seguendo tutte le norme in materia di **requisiti formali dell'atto pubblico**, che possono essere rinvenute nella **legislazione speciale**; essa fornisce le necessarie garanzie di chiarezza, precisione e informazione.
- **Conversione in scrittura privata (art. 2701 c.c.):** accade talvolta che un 'atto pubblico' non possa essere considerato come tale per **l'assenza di un requisito oggettivo** (carenza delle formalità prescritte dalla legge) o **di un requisito soggettivo** (redatto da un pubblico ufficiale incapace o territorialmente incompetente); in tal caso, la legge fa salva la qualifica di mezzo di prova, declassandone l'efficacia probatoria da prova legale a **prova libera**.
- **La differenza tra l'estrinseco e l'intrinseco:** quali elementi dell'atto pubblico sono presunti in via assoluta?
  - A) **Estrinseco dell'atto pubblico:** elementi dell'atto pubblico che fanno piena prova (efficacia di prova legale)
    1. Il fatto che l'atto scritto **proviene dal pubblico ufficiale**. Se si tratta di atto pubblico non si può, sul piano istruttorio, contestare la provenienza dell'atto dal pubblico ufficiale. (N.B. limite della **querela di falso**).
    2. Le **dichiarazioni rese dalle parti dinanzi pubblico ufficiale** e che sono riportate nell'atto pubblico. Ad esempio, il rogito notarile della compravendita immobiliare raccoglie una serie di dichiarazioni di alienante e acquirente: queste dichiarazioni hanno efficacia di prova legale. L'efficacia di prova legale ricade su ciascuna dichiarazione in qualità di fatto accaduto, e non già sul contenuto delle dichiarazioni.
    3. Tutti gli altri **fatti che il pubblico ufficiale attesta essere stati compiuti** in sua presenza dalle parti o che lui stesso ha compiuto alla presenza delle parti. Ad esempio, nel rogito notarile il notaio attesta che il compratore consegna un assegno circolare del valore di euro tot per l'acquisto dell'immobile.
  - B) **Intrinseco dell'atto pubblico:** con la locuzione 'intriseco' ci si riferisce al contenuto sostanziale delle dichiarazioni rese dinanzi al pubblico ufficiale, riportate nell'atto pubblico; il contenuto di tali dichiarazioni **non ha valore di prova legale**. *Ad esempio, se nell'atto pubblico è indicato che Tizio ha dichiarato dinanzi al p.u. di vendere il proprio immobile per 1 milione di euro, ciò che è dimostrato (senza che si possa provare il contrario) è che Tizio abbia effettivamente dichiarato quanto scritto; non ha valore di prova legale il contenuto della dichiarazione, e dunque sarà possibile provare che l'immobile venduto da Tizio non sia di sua proprietà.*
- **Querela di falso (art. 221 c.p.c.):** se da un lato un mezzo di prova avente efficacia di prova legale non ammette prova contraria, dall'altro è necessario uno strumento che permetta di **contestare la falsità dell'atto pubblico** prodotto in giudizio dalla controparte. Tale strumento prende il nome di querela di falso e, come per l'istanza di verifica della sottoscrizione, consiste in un'**azione di mero accertamento di un mero fatto** che può essere proposta **in via principale** (*nessuna controversia giudiziale*) oppure **in via incidentale** (*processo già pendente*). La falsità dell'atto pubblico può riguardare due diversi aspetti; a tal proposito si distingue tra:

- A) **Falsità materiale:** consiste nella **contraffazione** o nell'**alterazione del documento**; essa è **censurabile** mediante la querela di falso in quanto idonea a ingenerare la pubblica fede riguardo elementi che fanno piena prova.
- B) **Falsità ideologica:** falsità relativa al **contenuto del documento**; essa non è **censurabile** mediante la querela di falso in quanto l'atto pubblico non fa piena prova sull'intrinseco, ossia sul suo contenuto. Dal falso ideologico, così come da quello materiale, può comunque derivare una **responsabilità penale**.
- C) **La querela di falso può essere incidentale o principale:** in entrambi i casi il giudice competente è il Tribunale.
- Se la querela di falso è sollevata nel corso di un procedimento già pendente in cui una delle parti ha prodotto l'atto di cui si sospetta la falsità, la querela si dice **incidentale**. L'ordinamento consente però anche la possibilità di contestare la veridicità di un atto pubblico "rimasto chiuso in un cassetto", ossia **in via principale**. A differenza di quanto accade nella istanza di verificazione, nella querela di falso incidentale **il GI deve obbligare le parti a notificare la querela al pubblico ministero**, il quale può addirittura costituirsi in giudizio (la ragione è ovvia: se vi è falsità di un atto pubblico, si genera un pregiudizio anche all'interesse pubblico). Di regola il PM non si costituisce, ma ne è informato e **riceve la notitia criminis** (fondamento dell'esercizio dell'azione penale). Il GI deve altresì intimare alla parte che ha prodotto il documento **se intenda continuare ad avvalersene** anche in seguito alla querela di falso, prima di esaminare mediante consulenza tecnica se l'atto sia falso oppure no. Solo se la parte conferma la volontà di continuare, il giudice svolge l'accertamento. Altrimenti, la querela viene **dichiarata improcedibile** e l'atto è espunto dal processo.
  - **La consulenza tecnica** non è uno strumento di prova, ma **serve a valutare il significato tecnico di determinati atti o fatti**. Ad esempio, può essere utile a stabilire se la sottoscrizione è autentica o meno, oppure se un atto pubblico è falso o meno (attività che presuppongono delle competenze tecniche).

## LE PROVE COSTITUENDE

Le prove costituende esaminate in questa sede rispondono in pieno al **principio dispositivo**; possono essere acquisite **solo su istanza di parte** e si formano nel **contraddittorio tra le parti durante il processo**. Si formano così la testimonianza, la confessione giudiziale e il giuramento; si tratta di dichiarazioni rese verbalmente o per iscritto su fatti di causa. Vi sono altresì **prove costituende disposte d'ufficio dal giudice**, come ad es. l'ispezione di cose o persone.

### 1. La testimonianza

- **Definizione:** dichiarazione resa da un terzo in sede di interrogatorio da parte del giudice istruttore sui fatti indicati nei capitoli di prova formulati dalla parte istante e ammessi dal giudice stesso. La testimonianza si distingue dagli altri tipi di prove costituende perché può essere resa soltanto da chi è terzo, cioè da chi non è parte del processo e assume la qualifica di **testimone** o **teste**. Affinché la dichiarazione resa dal terzo valga come testimonianza, è necessario che sia acquisita attraverso il particolare strumento processuale dell'**interrogatorio formale da parte del GI**. Per essere formale, questo interrogatorio deve scaturire da una **istanza istruttoria di parte** nella quale siano indicati i capitoli di prova, cioè siano descritti i **singoli fatti su cui il testimone può essere interrogato** dal giudice.
- Si tratta di una prova che ha un contenuto meramente dichiarativo, riguardante solo accadimenti di fatto e non giudizi o valutazioni. Il giudice, sulla base delle istanze di parte che egli stesso ha ammesso, formula al testimone delle domande specifiche, formulate in modo da ottenere una risposta affermativa o negativa ("È vero che... ?")
- **Efficacia probatoria:** la testimonianza, così come la scrittura privata, ha **valore di prova libera** (anche in ossequio al principio dispositivo, che risulta derogato in quanto il contenuto della testimonianza proviene dal terzo)
- **Limiti di ammissibilità:** il Codice civile prevede che la **prova per testi del contratto** non sia ammissibile a causa di:
- A) **Limiti di valore (art. 2721 c.c.):** di regola è ammissibile la prova del contratto solo se questo ha un **valore irrisorio**, in particolare inferiore a € 2,58 (5000 lire); tale norma, da sola, consisterebbe oggi in un divieto generalizzato della prova per testi del contratto. Tuttavia, la disposizione fa salvo il **potere derogatorio del**

**giudice istruttore;** l'autorizzazione del g.i. al ricorso alla prova testimoniale deve necessariamente tenere conto delle circostanze che hanno portato al contratto: **qualità delle parti, natura del contratto e ogni altra circostanza utile.** Ad esempio, il giudice potrebbe ammettere la prova testimoniale di un contratto commerciale qualora venga attestato che le parti abbiano regolato verbalmente per decenni il loro rapporto contrattuale.

- B) **Limite ai patti aggiuntivi o contrari al contenuto del documento (artt. 2722-2723 c.c.):** non è ammessa la prova per testimoni di patti aggiuntivi o derogatori al contenuto di un documento, **se anteriori o contemporanei alla stipulazione dell'accordo scritto.** Tali patti possono essere provati per testimoni solo se successivi alla stipula dell'accordo scritto e se la loro conclusione è **ritenuta verosimile dal giudice istruttore.**

Nel primo caso la *ratio* dipende dalla decisione delle parti di non tenere conto di un'esigenza che già conoscevano, negoziata precedentemente alla stipula dell'accordo scritto. Nel secondo caso, l'approccio più permissivo si spiega in ragione dell'eventualità di nuove esigenze, anche urgenti, sorte in seguito alla redazione.

- Ammissibilità, in ogni caso, della prova per testi (artt. 2724-2725 c.c.): il Codice civile prevede due casi in cui la prova testimoniale è *ex lege* sempre ammисibile; in particolare, si tratta dei casi di:

1. **Esistenza di un principio di prova per iscritto:** è necessario ciò che il Codice definisce "principio di prova per iscritto", che da un lato **faccia sembrare verosimile il fatto allegato** (contratto o atto) e dall'altro **provenga dalla persona contro cui è stata proposta la domanda.** Per principio di prova si intende una prova documentale idonea a far presumere o ritenere verosimile che ci sia stato un contratto, ancorché concluso verbalmente, tra le parti. Per esempio, si pensi alla lettera con cui una parte chiede l'adempimento del contratto o con cui intenda far valere una delle previsioni contrattuali. Una lettera simile non è idonea da sola a provare il contratto, non essendo il documento contrattuale, ma può 'spianare la strada' alla prova per testi.
2. **Impossibilità di procurarsi una prova scritta o perdita della stessa senza colpa:** anche se non c'è un principio di prova per iscritto, il giudice deve ammettere la prova per testi se la parte che si vuole avvalere di questa prova asserisce l'impossibilità di produrre un documento scritto, oppure che è stato perduto senza colpa. In entrambi i casi, il documento era inizialmente presente (a differenza della prima ipotesi).

Le tre ipotesi sono previste dall'art. 2724 c.c.; l'art. 2725 c.c. ne amplia l'ambito applicativo aggiungendo che, qualora ricorrono tali condizioni, si può ricorrere alla prova per testi del contratto anche nei casi in cui la legge impone la forma scritta *ad probationem* o *ad substantiam*.

- **Procedimento:** come anticipato, è necessaria un'**istanza (di parte) di interrogatorio formale** del testimone presentata negli atti introduttivi o al più tardi nelle memorie integrative n.2 e n.3. Il giudice si pronuncia sull'istanza valutandone ammissibilità e rilevanza; riguardo quest'ultima, la giurisprudenza include oltre alle testimonianze su fatti primari o fatti aventi efficacia emi del diritto fatto valere in giudizio quelle aventi ad oggetto fatti secondari, che permettono di chiarire i fatti della vicenda dedotta in giudizio. La parte istante deve anche indicare i **capitoli di prova**, ciascuno dei quali deve enucleare un fatto su cui il teste deve essere interrogato. I capitoli devono essere indicati in **maniera specifica** (per esempio, data esatta, localizzazione del bene immobile, nome dell'acquirente) e in **modo non valutativo** (per non implicare un giudizio di valore da parte del teste ma semplicemente la descrizione di un fatto). L'interrogatorio è svolto dal giudice istruttore e non dai difensori; questi ultimi possono **chiedere al giudice di svolgere una o più domande** su altri fatti da cui vengono a conoscenza **ex novo dalle dichiarazioni del teste**, ma è comunque necessario rivolgersi al giudice. Il teste può dichiarare di essere impossibilitato a comparire in udienza per giustificati motivi; in tal caso, l'interrogatorio è rimandato ad un'udienza successiva.
- Testimonianza scritta ex art. 247-bis c.p.c.: si tratta di una **testimonianza scritta, redatta fuori dal contesto processuale** e talvolta anche prima dell'inizio del processo. Tale mezzo di prova ha una **funzione latamente cautelare**, in quanto vi si ricorre in quei casi in cui si ritiene improbabile l'acquisizione della testimonianza in sede processuale (*ad esempio perché il teste è in fin di vita oppure è molto anziano*). I soggetti autorizzati ad acquisire tale prova sono i **difensori (gli avvocati)**. La natura derogatoria di tale mezzo di prova, che non si forma nel

contraddittorio tra le parti, esige una **procedura molto complessa e farraginosa** volta ad assicurarne l'attendibilità intrinseca; per questi motivi, la testimonianza scritta **non differibile** ha una **rilevanza pratica pressoché nulla**.

## **2. La confessione**

- **Definizione**: dichiarazione resa da una parte avente ad oggetto la **verità di fatti sfavorevoli al dichiarante e favorevoli alla controparte**, resa spontaneamente in un atto processuale o nel corso di un interrogatorio formale da parte del g.i., sui **capitoli di prova formulati dalla parte istante e ammessi dal giudice istruttore**.
- **Efficacia probatoria**: la confessione giudiziale ha **valore di prova legale**; per quella stragiudiziale si veda *infra*.
- **Confessione giudiziale e stragiudiziale**: la confessione resa **spontaneamente in un atto processuale o nel corso di un interrogatorio formale** si dice **giudiziale** (art. 2733 c.c.); essa si distingue dalla confessione stragiudiziale ex art. 2735 c.c., che è invece resa al di **fuori del contesto processuale**. Quest'ultima, **se fatta alla controparte o a chi la rappresenta, ha valore di prova legale** al pari di quella giudiziale; quando è **resa davanti a un terzo o in un testamento**, è **liberamente apprezzata dal giudice** (efficacia di prova libera). La confessione stragiudiziale non può provarsi per testimoni, se verte su un oggetto per il quale la prova testimoniale non è ammessa dalla legge.
- **Acquisizione della confessione giudiziale**:
  - A) **Interrogatorio formale su istanza di parte**, in cui sono indicati i capitoli di prova su cui la parte interessata **potrebbe** rendere una confessione giudiziale. A differenza della testimonianza, infatti, l'interrogatorio formale di una parte può condurre **a una confessione o a semplici dichiarazioni liberamente apprezzabili dal giudice**.
  - B) La confessione si può formare **per iscritto in un atto processuale**, purché esso sia stato **sottoscritto anche dalla parte** e non solo dal difensore. Trattandosi di un atto dispositivo, infatti, non è sufficiente una semplice procura alle liti; la sottoscrizione della parte potrà mancare solo in presenza di una **procura speciale** al difensore.
- **Capacità di disporre del diritto (art. 2731 c.c.)**: la confessione può essere resa **solo dalla parte che ha la capacità di disporre del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono**. Capacità di disporre del diritto significa non solo capacità giuridica, ma vera e propria capacità legale di agire e cioè di **porre in essere validamente atti giuridici dispositivi di un diritto**, tra cui figurano **atti modificativi del suo modo d'essere**, cioè di una qualche qualità intrinseca o propria del diritto. Tra questi modi di disporre vi è senza dubbio anche la confessione: è indubbio che riconoscere un fatto a sé sfavorevole va ad incidere sull'esistenza o sul modo d'essere di un proprio diritto. Pertanto, a titolo esemplificativo, il minore che può essere parte processuale (poiché può agire mediante un rappresentante processuale), non può essere confidente in quanto non ha la capacità di disporre dei propri diritti).
- **Confessione giudiziale e litisconsorzio necessario**: i litisconsorti necessari sono espressione di una stessa parte processuale, poiché esprimono uno stesso centro di interesse. In caso di litisconsorzio necessario, è ammissibile una dichiarazione confessoria giudiziale **solo se questa dichiarazione è resa conformemente da tutti i litisconsorti necessari contitolari del diritto**. Ciascun litisconsorte, infatti, non ha da solo la capacità di disporre del diritto, perché quel diritto può essere disposto solo congiuntamente da tutti (e se ad es. c'è un minore, non si può fare). Se soltanto alcuni dei litisconsorti necessari confessano, il giudice può tenerne conto ma con un'efficacia probatoria diversa; mentre la confessione giudiziale ha efficacia di prova legale, la dichiarazione resa da un solo litisconsorte necessario ha valore di prova libera (efficacia che è soggetta al libero e prudente apprezzamento del giudice).
- **Dichiarazioni aggiuntive alla confessione**: quando la parte interrogata aggiunge **dichiarazioni ulteriori** a quella resa circa la verità di un fatto a sé sfavorevole e favorevole alla controparte, **la parte non si limita a riconoscere il fatto estintivo allegato dal convenuto, ma dichiara anche la verità di un fatto costitutivo a sostegno della propria domanda**. L'articolo 2734 c.c. stabilisce che le dichiarazioni aggiuntive rispetto alla confessione giudiziale

acquistano valore di **prova legale** solo se non vengono contestate dalla controparte; in caso di contestazione, invece, tali dichiarazioni sono rimesse al libero apprezzamento del giudice in quanto prove libere.

### **3. Il giuramento**

- **Definizione:** dichiarazione resa da una parte, **a cui il giuramento sia stato deferito dalla controparte o dal g.i.**, sulla verità di determinati fatti favorevoli al giurante e accompagnata da giuramento solenne. È la prova costituenda più infrequente, le cui origini sono molto antiche; alcuni ordinamenti moderni nemmeno la conoscono più. Deferire il giuramento significa intimare alla parte di prestare la dichiarazione di giuramento; l'efficacia del giuramento va ricercata nella **responsabilità penale** che sorge in capo al giurante **in caso di dichiarazioni mendaci**.
- **Efficacia probatoria:** il giuramento ha **valore di prova legale**.
- **Acquisizione:** Il giuramento viene acquisito **senza necessità di un interrogatorio formale** della parte che presta giuramento. Ciò che serve affinché la parte possa prestare giuramento è un'attività processuale che prende il nome di **deferimento del giuramento**. Deferire il giuramento significa che una parte, **previa autorizzazione del giudice**, intima alla controparte di rendere il giuramento. La parte che riceve il deferimento del giuramento, tuttavia, non ha l'obbligo di prestare il giuramento poiché la legge gli assegna la **facoltà di riferire il giuramento alla parte che gliel'ha deferito**, obbligando la controparte a prestare giuramento in primo luogo.
- **Tipologie in base all'oggetto della dichiarazione:** l'ordinamento processuale conosce **tre tipi di giuramento**:
  1. ***Giuramento decisorio:*** l'art. 2376, comma 1, c.c. sancisce che è decisorio il giuramento che una parte deferisce all'altra **per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa**. L'oggetto della dichiarazione resa dalla parte che presta un giuramento decisorio è costituito quindi **da una parte o da tutti i fatti constitutivi della domanda**. Il convenuto, ad esempio, potrebbe deferire giuramento all'attore sui fatti constitutivi posti a fondamento della sua domanda. Se l'attore sceglie di giurare, dichiara che i fatti constitutivi posti a fondamento della domanda sono veri e a quel punto i fatti constitutivi giurati hanno efficacia di prova legale: la causa è vinta dall'attore. Il problema o, meglio, l'argine, è la conseguenza in caso di falsità del giuramento: la parte che giura il falso **commette un reato**. L'ordinamento processuale, inoltre, costruisce questo istituto in modo che il deferimento sia limitato: colui a cui è deferito il giuramento può infatti **riferire il giuramento alla controparte**. Le conseguenze del **giuramento falso** sono equiparate a quelle del **giuramento ingiustificatamente omesso**. In altri termini, la parte a cui è deferito il giuramento non può tacere; o giura o riferisce il giuramento. L'equilibrio funziona così bene che il giuramento decisorio non viene quasi mai utilizzato, anche se il premio è molto sostanzioso (la vittoria della causa). Dunque, chi ha giurato il falso vince subito la causa, ma in seguito il reato commesso potrebbe essere perseguito penalmente. Nel caso la responsabilità penale sia considerata sussistente in sede penale, il giudicato civile (res iudicata) non è rimovibile ma dà diritto a chi ha subito un giuramento falso di chiedere un **risarcimento del danno**.
  2. ***Due tipi di giuramento suppletorio:*** l'art. 2376, comma 2, c.c. qualifica come suppletorio il giuramento che viene **deferito d'ufficio dal giudice a una delle parti al fine di decidere la causa**. Si tratta di un caso di prova che può essere disposta d'ufficio dal giudice, in deroga al principio dispositivo. L'oggetto del giuramento è costituito anche in questo caso dai **fatti constitutivi della domanda**, con l'obiettivo di decidere la causa. Questa tipologia di giuramento è funzionale a superare eventuali **lacune** nella ricostruzione del **piano istruttorio**:
    - A) **La domanda o le eccezioni non sono pienamente provate:** caso insolito e desueto in cui nessuna delle istanze svolte dall'attore e dal convenuto può dirsi pienamente provata, ma nemmeno del tutto sfornita di prova (tradizionalmente nota come **prova semi plena**). In questi casi l'ordinamento consente al giudice di deferire il giuramento suppletorio. In genere il destinatario sarà l'attore che ha proposto la domanda, con

l'intimazione a giurare sui fatti costitutivi che ne costituiscono il fondamento. In questo caso, **non esiste il potere di riferire il giuramento** alla controparte, poiché chi l'ha deferito è il giudice.

- B) **Si deve stabilire il valore della cosa domandata:** si parla in questo caso di **giuramento estimatorio**, in quanto ciò che è incerto e va provato è il valore della cosa domandata. Se non è possibile accettare in altro modo il valore della cosa oggetto della domanda, il giudice istruttore può deferire d'ufficio il giuramento a una delle parti (in genere alla parte attrice) affinché **giuri che il valore (soltanto allegato) della cosa domandata, è effettivamente il suo reale valore**. Anche tale ipotesi ha scarsissima rilevanza pratica.

➤ Condizioni per la disposizione del giuramento: siccome giurare significa **disporre del diritto**, proprio come accade per la confessione, anche in questo caso trovano applicazione le norme menzionate in materia di confessione:

1. Il giurante deve essere **capace di disporre del diritto** a cui si riferiscono i fatti;
2. In caso di **litisconsorzio necessario**, il giuramento è possibile **solo se tutti i litisconsorti necessari prestano giuramento**, in quanto lo stesso viene deferito o riferito necessariamente a tutto il litisconsorzio.

### LE PROVE D'UFFICIO

Le ipotesi di c.d. *prove d'ufficio*, tra cui troviamo istituti quali la consulenza tecnica d'ufficio che non sono veri e propri mezzi di prova, costituiscono una **deroga al principio dispositivo** di cui all'art. 115 c.p.c.; al fine di non discostarsi troppo da tale principio, il codice prevede numerose garanzie volte ad **assicurare la pienezza del contraddittorio tra le parti ed evitare un'eccessiva discrezionalità del giudice istruttore** o dei suoi ausiliari.

### L'ordine di ispezione del giudice istruttore (artt. 118 e 258 ss. c.p.c.)

Il g.i. può ordinare anche d'ufficio alle parti e ai terzi di «consentire **sulla loro persona o sulle cose** in loro possesso le **ispezioni** che appaiono indispensabili per conoscere i fatti della causa». L'ispezione è **eseguita «personalmente» dal g.i.**, che ne stabilisce le modalità di assunzione, ma l'ispezione non deve comportare **mai un «grave danno** per la parte o per il terzo» né **violazione del segreto** professionale, d'ufficio o di Stato (artt. 351-352 c.p.p.).

L'ispezione si distingue dunque da tutti gli altri mezzi di prova poiché il giudice la acquisisce personalmente, **senza filtri o mediazioni**. Il giudice, nel disporre l'ispezione (fissandone altresì tempo, luogo e metodo), deve assicurarsi di non arrecare un danno grave, che va oltre ciò che è strettamente necessario; il secondo limite a cui va incontro il giudice istruttore è il **divieto di violazione del segreto**, così come delineato dal **Codice di procedura penale**.

Lo strumento dell'ispezione, particolarmente invasivo, può dunque legittimamente cagionare un danno (non grave) alla persona che subisce (personalmente o nei confronti dei suoi beni) l'ispezione; per questo, è fondamentale che il ricorso a tale mezzo di prova sia **limitato ai casi in cui sia necessario**, nel caso concreto, acquisire la conoscenza della cosa o della persona che risultino rilevanti alla luce dei fatti di causa. Il g.i. **può farsi assistere da un consulente tecnico d'ufficio** da lui nominato, qualora siano necessarie delle competenze tecniche o scientifiche che egli non possiede.

### Consulenza tecnica d'ufficio

La natura della consulenza tecnica d'ufficio è complessa e dibattuta, anche a causa della collocazione delle norme in materia all'interno del Codice di procedura civile. La disciplina della **consulenza tecnica d'ufficio** si trova infatti nelle **norme che regolano l'istruzione probatoria** (artt. 191 ss. c.p.c.), mentre la figura del **consulente tecnico d'ufficio** è regolata dalle norme in materia di **ausiliari del giudice** – categoria cui appartiene il CTU insieme al cancelliere e all'ufficiale giudiziario - (artt. 61 ss. c.p.c.). Dunque, sembrerebbe che da un lato la consulenza tecnica sia un mezzo di prova, ma che dall'altro la figura del consulente sia riconducibile più a quella del giudice, in quanto suo ausiliario.

La figura del CTU, nei diversi ordinamenti processuali, può essere ricondotta a **due diverse figure**:

- **Expert Witness:** consulente **di parte** che fornisce la propria competenza tecnico-scientifica nel processo, mediante interrogatorio dell'avvocato di parte e controinterrogatorio dell'avvocato della controparte; si parla a tal riguardo di ***cross-examination***. Questo sistema, che caratterizza gli ordinamenti processuali anglosassoni (*common law*), da un lato è lodato perché **integra in pieno il modello adversarial** del processo (pienezza del contraddittorio tra le parti), dall'altro è criticato perché ha condotto all'**estremizzazione delle consulenze** e all'asservimento della lettura tecnico scientifica del fatto agli interessi della parte/
- **Appointed Expert:** consulente, **nominato dal giudice**, che rappresenta un suo ***alter ego*** rispetto alla conoscenza sul piano tecnico scientifico dei fatti provati dalle parti. Il vantaggio di tale sistema, tipico degli ordinamenti di *civil law*, è che il consulente così nominato ha come obiettivo il **perseguimento della verità processuale** al pari del giudice, non dovendo egli rendere conto a una delle parti. Tuttavia, la logica del contraddittorio tra le parti viene in parte **svisita**. Nonostante ciò, si può affermare che da un lato l'attività del consulente è **limitata ai fatti allegati/provati** dalle parti e dall'altro la legge prevede un **apposito sub-procedimento** di consulenza tecnica d'ufficio, al fine di permettere alle parti di **espletare il contraddittorio**.

Nel nostro ordinamento, **l'attività del CTU è destinata a supportare e compenetrarsi con quella del giudice**; si tratta, come anticipato, di un'attività di supporto all'accertamento della verità processuale. Essa segue all'ammissione, al riconoscimento interiore, da parte del g.i. di non possedere le adeguate competenze per conoscere taluni fatti di causa. Conseguenza di ciò è che i CTU possono essere **nominati solo tra soggetti che abbiano una particolare competenza**, attestata dall'iscrizione in un **apposito albo** (previa certificazione delle proprie competenze tecnico-scientifiche).

- **Nomina:** La nomina del consulente avviene di regola per **singoli atti del processo**; può tuttavia accadere che, qualora la consulenza si renda necessaria in relazione ai **fatti primari di causa**, la **nomina del CTU avvenga per l'intero processo**. La nomina deve avvenire soltanto **"quando si rivela necessario"** (*fatti primari o secondari, purché determinanti ai fini della decisione*); non è necessaria a tal riguardo un'istanza di parte, la quale può comunque sollecitarne informalmente la nomina (che resta comunque una **prerogativa esclusiva del giudice istruttore**).

La nomina avviene mediante **ordinanza del giudice istruttore**, di regola quella in cui egli si pronuncia sulle istanze istruttorie. La nomina presuppone l'**accettazione dell'incarico** da parte del consulente e il **successivo giuramento** di adempiere al suo ufficio nel rispetto della legge e di perseguire la verità. Il rifiuto dell'incarico costituisce di regola la conformazione ad un **obbligo legale di astensione** del CTU per **conflitto di interessi**; qualora tale conflitto sussista, e il CTU rifiuti di astenersi, le parti possono presentare istanza di **ricusazione** davanti al giudice istruttore.

- **L'attività del consulente tecnico d'ufficio:** Il CTU «*completa le indagini che gli sono commesse dal giudice*» e fornisce, in udienza e in camera di consiglio, i «*chiariimenti che il giudice gli richiede*». L'art. 62 c.p.c. prevede che il giudice debba svolgere delle indagini; per indagini si intendono quelle **attività che non sono di accertamento dei fatti**, bensì di **verifica del significato tecnico-giuridico dei fatti allegati e provati dalle parti**. Il giudice non può acquisire tramite il CTU quei fatti che le parti non sono state in grado di acquisire autonomamente (resta dunque l'onere delle prova). Dunque, il giudice, nell'assumere una decisione, si baserà sui fatti allegati e provati dalle parti, così come indagati (ossia verificati, tradotti) dal consulente tecnico d'ufficio

- **Il subprocedimento della consulenza tecnica d'ufficio:** Lo svolgimento della consulenza è rimesso alla **discrezione del CTU**, pur con qualche limite volto a **garantire il contraddittorio** tra le parti. Ciascuna parte ha infatti il potere di nominare un **consulente tecnico di parte (CTP)**, il quale può prendere **parte alle operazioni tecniche** del CTU e può fornire la sua opinione sulle sue osservazioni; questo vale in particolare per quanto attiene alla relazione finale in cui si condensa la consulenza tecnica d'ufficio. Di regola, il CTU al termine della consulenza redige una **bozza di**

**relazione conclusiva che sottopone ai CTP;** sulla base dei feedback dei consulenti di parte, il CTU redige la relazione definitiva (che di regola resta invariata rispetto alla bozza; il CTU si limita a smentire le obiezioni di parte).

Il risultato della consulenza tecnica d'ufficio **non vincola il giudice** ed è liberamente apprezzabile da parte di esso; per dirla con una formula utilizzata in passato, il giudice è *peritus peritorum* (*il perito dei periti*). Egli **può discostarsi dai risultati del CTU**, ad esempio perché non è convinto degli argomenti usati dal consulente per giungere ad una data conclusione. In tal caso, il giudice **può decidere in autonomia o nominare un nuovo CTU**. Viene spontaneo chiedersi per quale motivo il giudice, che nomina un CTU basandosi sulla carenza delle conoscenze tecnicoscientifiche necessarie alla soluzione della causa, abbia diritto di sindacare sulla consulenza tecnica d'ufficio; ciò appare **in parte contraddittorio**, ma dopotutto il giudice rimane l'**unico soggetto responsabile della decisione**.

- **La sentenza delle Sezioni Unite e l'ambito di cognizione del CTU:** La Suprema Corte, con la sentenza 3086/2022 pronunciata a Sezioni Unite, ha chiarito i limiti che incontra l'attività del consulente tecnico d'ufficio. Per quanto attiene ai **fatti primari di causa**, ossia quelli costitutivi o aventi efficacia e.m.i., il CTU ha un **mero potere di indagine e non di accertamento**, non potendo sostituire l'onere probatorio gravante sulle parti. Ciò implica che, se le parti non hanno allegato (e provato, salvo *relevatio*) tali fatti o le relative prove, il consulente **non può acquisirli autonomamente**; al pari delle norme circa l'operato del giudice, tale previsione preclude *sentenze della terza via*.

Per quanto attiene invece ai **fatti secondari di causa**, che non hanno rilevanza decisiva ai fini della soluzione della causa, si può attribuire al CTU anche una **funzione acquisitiva, esplorativa**. Anche in assenza dell'assolvimento dell'onere di allegazione e prova da parte delle parti, dunque, il CTU può acquisire autonomamente prove dei fatti secondari. L'introduzione di tali mezzi di prova è comunque **sottoposta al contraddittorio tra le parti**.

## Fase decisoria della causa

### LA FASE DECISORIA DELLA CAUSA PRIMA DELLA RIFORMA

#### **PERCORSO ORDINARIO**

Conclusa la fase di trattazione della causa, il giudice rimetteva la causa in decisione e fissava l'**udienza di precisazione delle conclusioni** (c.d. *udienza di PC*); in seguito a tale udienza, regolata dall'art. 189 c.p.c., le parti erano autorizzate dal giudice istruttore a depositare gli scritti conclusionali: **comparse conclusionali**, nel termine di **60 giorni** dopo l'udienza di PC, e **memorie di replica**, entro **20 giorni** dal decorso del termine per il deposito delle comparse. Dall'ultimo termine per il deposito degli scritti conclusionali decorreva infine il termine (ordinatorio) per la **pubblicazione della sentenza**; esso era (ed è ancora) pari a **30 giorni per il tribunale in composizione monocratica** e **60 giorni per il tribunale in composizione collegiale**.

#### **L'UDIENZA DI PC: TEMPISTICHE E ATTIVITÀ**

La riforma è intervenuta in modo significativo sull'udienza di precisazione delle conclusioni, motivo per cui è necessario soffermarsi sulla sua disciplina ante riforma. La **fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni** dipendeva dalle condizioni della causa quando il giudice decideva di rimetterla in decisione; in tal senso, l'art. 187 c.p.c. attribuiva un **potere totalmente discrezionale al giudice istruttore** per quanto attiene alla rimessione della causa in decisione:

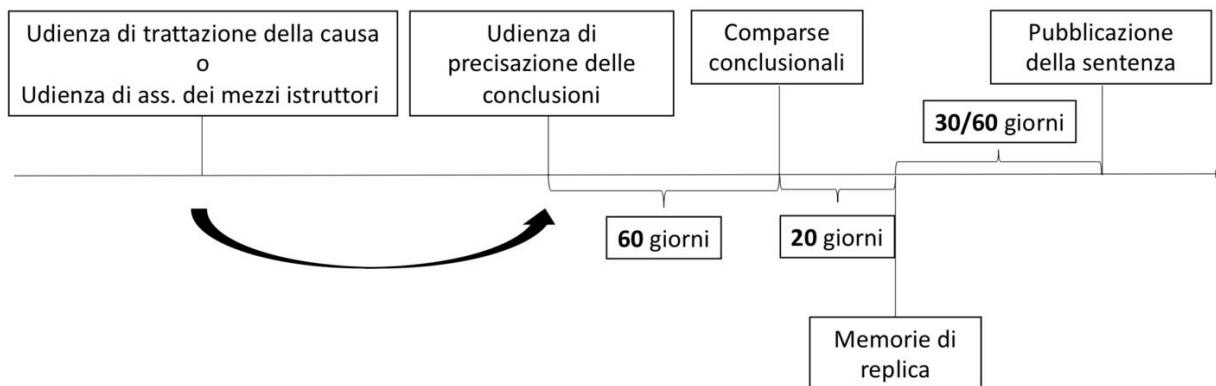
- Se la causa non ha bisogno di alcuna istruzione probatoria (fatti non contestati; prove documentali e memorie integrative sufficienti), l'**udienza p.c. era la seconda udienza**, che seguiva quella di cui all'art. 183 c.p.c.
- (*La causa è rimessa in decisione per una questione pregiudiziale o preliminare*)
- Se la causa ha bisogno dell'espletamento dell'istruzione probatoria, l'**udienza p.c. seguiva sia l'udienza ex art. 183 c.p.c. sia l'udienza** (o le udienze) **di assunzione dei mezzi di prova** di cui all'art. 184 c.p.c.

Da un punto di vista temporale, non c'era regolamentazione della fissazione dell'udienza di p.c.; per questo motivo, concluse le attività di trattazione della causa e di istruzione probatoria, il g.i. rimetteva la causa in decisione e l'**udienza di p.c. era sovente fissata mesi dopo**. Tale prassi, che consentiva ai giudici di **smaltire il lavoro arretrato** (*sottostante a termini quantomeno ordinatori*), aveva trasformato l'udienza di p.c. nel "**collo di bottiglia**" della giustizia civile.

Nell'udienza di p.c. ciascuna parte aveva il **potere di specificare il contenuto delle proprie istanze** di tutela giurisdizionale presentate negli atti introduttivi, o introdotte/modificare in sede di trattazione. In concreto, tale potere veniva esercitato solo in caso l'istruzione probatoria avesse condotto a modifiche nell'oggetto quantitativo delle istanze; in caso contrario, si assisteva alla mera riproposizione di quanto già affermato negli atti introduttivi. Dunque, si può trarre da ciò l'origine del nome dell'udienza ex art. 187: precisazione, data la **specificazione delle istanze, delle conclusioni**, ossia del **petitum immediato**, dei **provvedimenti giurisdizionali** che la parte chiede al giudice.

Fuori udienza, successivamente ad essa, le parti depositavano gli **scritti conclusionali**; essi sono fondamentali per **chiarire le idee al giudice**, specie in presenza di un'**attività complessa di trattazione e istruzione** della causa.

### **DELIBERAZIONE E PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA (PERCORSO ORDINARIO)**



Secondo quanto previsto dall'art. 275 c.p.c., la sentenza è deliberata dal **tribunale in composizione collegiale** entro **60 giorni** dalla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica ex art. 190 c.p.c.; secondo quanto previsto dall'art. 281-*quinquies*, co. 1, c.p.c. (*introdotto con la riforma del 1998 che ha per introdotto il TCM*), la sentenza è deliberata dal **tribunale in composizione monocratica** entro **30 giorni** dal decorso del termine di cui sopra. Il **deposito della sentenza** in cancelleria, per il Codice, equivale alla sua **pubblicazione** (*con annessa presunzione di conoscenza*).

#### **DELIBERAZIONE E PUBBLICAZIONE DELLA SENTENZA (PERCORSI ALTERNATIVI)**

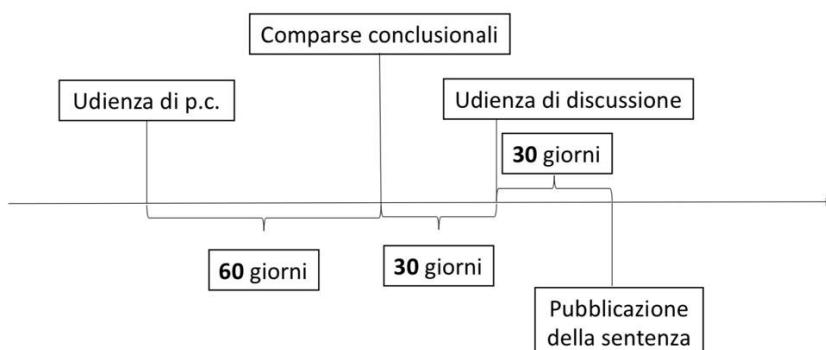
Nella disciplina previgente alla riforma del 2022, al percorso ordinario che conduceva alla pubblicazione della sentenza si affiancavano **tre percorsi alternativi**: uno per il tribunale collegiale e due per il tribunale monocratico.

a. Alternativa per il TCC - Sentenza dopo discussione orale della causa

I commi 2, 3 e 4 dell'art. 275 c.p.c., presenti nel codice sin dal 1940, concedevano alle parti il diritto di chiedere al **Presidente del Collegio** la discussione orale della causa, **in seguito e in aggiunta al deposito degli scritti conclusionali**. Tale richiesta andava rinnovata, alla scadenza del termine per il deposito delle memorie di replica ex art. 190 c.p.c., davanti al **Presidente del Tribunale**. Quest'ultimo, quando accoglieva la richiesta delle parti, fissava un'**apposita udienza** per la discussione orale davanti all'intero collegio giudicante **entro 60 giorni**. In tal caso, il termine di 60 giorni per il deposito della sentenza decorreva dalla data dell'udienza di discussione orale.

b. Alternativa 1 per il TCM - Decisione a seguito di trattazione mista dinanzi al tribunale in c.m.

L'art. 281-*quinquies*, co. 2, c.p.c. prevede(va) una possibilità di successo pratico pressoché nullo. Il legislatore consentiva che la decisione della causa conseguisse in parte ad un'attività scritta e in parte ad un'attività orale in udienza. Perciò, dopo l'udienza di precisazione e su richiesta di parte, il giudice **fissava soltanto il termine per il deposito delle comparse conclusionali**, mentre per le **repliche** veniva fissata un'**apposita udienza di discussione**, da celebrarsi entro 30 giorni dal decorso del termine per il deposito delle comparse. Infine, dalla data dell'udienza di replica orale, decorreva il termine di 30 giorni per il deposito della sentenza in cancelleria.

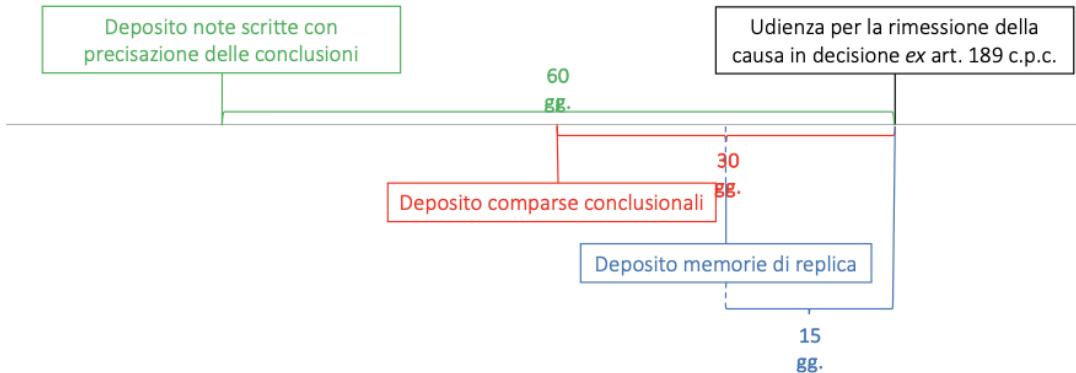


c. Alternativa 2 per il TCM - Decisione a seguito di trattazione orale dinanzi al tribunale in c.m.

L'art. **281-sexies** c.p.c. introduceva per il TCM una norma che solo a prima vista ricorda quella in materia di discussione orale prevista per il TCC dall'art. 275 c.c.; essa presenta infatti due novità che l'hanno resa efficace:

1. Il giudice, quando non provvede ai sensi dell'art. 281-*quinquies* c.p.c. (*trattazione scritta* di cui al primo comma o *trattazione mista* di cui al secondo comma), fatte precisare le conclusioni, **può ordinare la discussione orale della causa nella stessa udienza di p.c.** o, su istanza di parte, **in un'udienza successiva**. Si assiste dunque ad una marcata accelerazione, grazie alla sostituzione degli scritti conclusionali con la discussione in udienza.
2. Il giudice **doveva pronunciare la sentenza al termine dell'udienza di discussione**. Al termine della stessa, infatti, il giudice (*evidentemente già preparato*), doveva elaborare il **dispositivo**, stabilendo se accoglieva o rigettava la domanda, insieme ad un'**esposizione concisa delle ragioni di fatto e di diritto** sottese alla decisione. Il deposito della sentenza, e in particolare delle motivazioni, era lasciato ad un momento successivo. Questa seconda previsione, insieme alla precedente, ha condotto a vantaggi significativi in termini di tempo, specialmente per la parte vittoriosa che ottiene così una **sentenza di condanna** che, seppur priva delle motivazioni, costituisce un **titolo esecutivo pienamente ed immediatamente efficace**.

## LA FASE DECISORIA DELLA CAUSA DOPO LA RIFORMA



Al termine della prima udienza *ex art. 183 c.p.c.*, o dell'eventuale udienza istruttoria *ex art. 184 c.p.c.*, il giudice deve fissare l'**udienza per la rimessione della causa in decisione** (come definita dal riformato art. 189 c.p.c.). Rispetto a tale udienza decorrono a ritroso tre termini per il deposito di

- (a) **note scritte contenenti la precisazione delle conclusioni** [termine: **60 giorni** prima dell'udienza *ex art. 189*];
- (b) **comparse conclusionali** [termine: **30 giorni** prima dell'udienza *ex art. 189*];
- (c) **memorie di replica** [termine: **15 giorni** prima dell'udienza *ex art. 189*].

Sorge dunque spontanea una domanda; che cosa si fa nell'udienza di rimessione della causa in decisione?

Servirà, ad esempio, per chiedere la **discussione orale** della causa quando la causa pende davanti al tribunale collegiale o la **discussione mista** in caso di tribunale monocratico. Inoltre, può esserci la **rimessione della causa in istruttoria**: il giudice potrebbe ad esempio rendersi conto che un'istanza istruttoria (cruciale per la decisione) prima ritenuta irrilevante o inammissibile in realtà può essere acquisita, e dunque dispone la rimessione della causa in istruttoria. Ogni **ordinanza del g.i.** ha infatti le caratteristiche della **revocabilità** e della **modificabilità**; il giudice che le ha emesse può sempre revocarle o modificarle su istanza di parte. Sono ivi incluse tutte le ordinanze aventi contenuto istruttorio.

### PERCORSI ALTERNATIVI

Per quanto attiene alle modalità di deliberazione e pubblicazione della sentenza, troviamo **confermato l'intero sistema dinanzi al tribunale in composizione monocratica**: decisione a seguito di trattazione scritta (modalità ordinaria *ex art. 281-quinquies*, comma 1, c.p.c.), decisione a seguito di trattazione mista (*ex art. 281-quinquies*, comma 2, c.p.c.) e decisione a seguito di trattazione orale (*ex art. 281-sexies*, c.p.c.).

Per quanto attiene invece alle modalità decisorie del tribunale in composizione collegiale, sono rimaste pressoché invariate le norme che disciplinano la modalità ordinaria e la **sentenza dopo la discussione orale della causa** (*art. 275 c.p.c.*). Per quanto attiene a quest'ultima, ciascuna delle parti può chiedere al presidente del tribunale, con la **nota di precisazione delle conclusioni**, che la causa sia discussa oralmente davanti al collegio; in tal caso, resta fermo il rispetto dei termini indicati nell'articolo 189 per il **deposito delle sole comparse conclusionali**. Il presidente provvede sulla richiesta revocando l'udienza di cui all'articolo 189 e fissando con decreto la data dell'udienza di discussione davanti al collegio, **da tenersi entro sessanta giorni**; la sentenza è depositata in cancelleria entro i 60 giorni successivi.

L'unica **modifica incisiva** della riforma, per quanto attiene al profilo in esame, è consistita nell'introduzione dell'**art. 275-bis c.p.c.**, che estende al TCC la possibilità di decisione a seguito di discussione orale prima prevista per il solo TCM dall'*art. 281-sexies c.p.c.* Il giudice istruttore, quando ritiene che la causa possa essere decisa a seguito di discussione orale, fissa udienza davanti al collegio e assegna alle parti termine, anteriore all'udienza, non superiore a 30 giorni per il deposito di note limitate alla precisazione delle conclusioni e un ulteriore termine non superiore a 15 giorni per note

conclusionali. All'esito della discussione il collegio **pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo** e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione. Vi è dunque, in questo caso, una significativa accelerazione.

**N.B. In ogni caso, l'udienza di discussione orale della causa è l'udienza di rimessione della causa in decisione.**

## Il procedimento semplificato di cognizione

### PRIMA DELLA RIFORMA: PROCEDIMENTO SOMMARIO

La disciplina del procedimento sommario, introdotta dalla **legge 69/2009**, venne anzitutto inserita nel **IV e ultimo libro** del codice, dedicato ai **procedimenti speciali**; essi sono così definiti perché non hanno finalità prettamente cognitoria o esecutiva, oltre che perché caratterizzati da forme processuali contraddistinte perlopiù da **sinteticità e rapidità**. La scelta di inserire tale disciplina nel IV libro, aspramente criticata in dottrina, venne giustificata dalla presenza di numerosi procedimenti sommari, presenti sin dal 1940 (*e addirittura nel codice previgente*). Tra di essi troviamo:

1. La giurisdizione volontaria: non ha natura contenziosa e non è dunque chiamata a stabilire chi ha ragione e chi ha torto; un esempio è la nomina giudiziale del tutore della persona legalmente incapace.
2. Processo del lavoro: caratterizzato da un **rito speciale a cognizione piena** (definizione che lo accomuna al rito sommario), in quanto la specialità rispetto al processo ordinario, è data dalla **differenziazione del rito** e cioè delle **regole procedurali**. A titolo d'esempio, le parti vedevano maturare le preclusioni istruttorie con il decorso del termine per la costituzione in giudizio; le prove, dunque, potevano essere presentate solo negli atti introduttivi.
3. Procedimento monitorio o d'ingiunzione: si tratta di una forma speciale, dal punto di vista processuale, di **tutela condannatoria**. La caratteristica più spiccata è che la pronuncia del provvedimento condannatorio, che prende il nome di **decreto ingiuntivo**, avviene **senza contraddittorio con il debitore**, ma sulla base della sola domanda del creditore. Perché questo provvedimento venga pronunciato, **serve però che il credito sia certo, liquido, esigibile e provato per iscritto**. Al pari della sentenza condannatoria, il decreto ingiuntivo è immediatamente esecutivo e ha piena efficacia ipotecaria. A seguito della notificazione alla parte soccombente del decreto ingiuntivo, decorre un **termine di 40 giorni entro cui il debitore ingiunto può proporre opposizione**, instaurando così un procedimento ordinario di cognizione; in particolare, un'azione di mero accertamento a contenuto negativo.
4. Procedimento cautelare: la **tutela cautelare** è un **tertium genus**, non riconducibile né alla tutela cognitoria né a quella esecutiva; tali procedimenti presentano un rito apposito, detto **rito cautelare**, che si caratterizza per una marcata sommarietà. Nel caso del procedimento cautelare, tuttavia, **la sommarietà non è limitata solamente alle forme processuali** (*ad es. trattazione e istruzione ridotte e vincolate alla discrezione del giudice*); **anche la cognizione del giudice è sommaria**, in quanto egli non ha bisogno della certa esistenza del diritto fatto valere, essendo sufficiente una **conoscenza probabile o verosimile**. *Come si chiarirà meglio in seguito, nel 'procedimento sommario' introdotto nel 2009, la sommarietà caratterizza soltanto il rito, e non anche la cognizione del g.i.*

### Gli articoli 702-bis, 702-ter e 702-quater

La legge di riforma del 2009 introduceva il nuovo **Capo III-bis «Del procedimento sommario di cognizione»** del Titolo I «Dei procedimenti sommari» del Libro IV «Dei procedimenti speciali». Tale capo era composto da soli tre articoli, 702-bis, 702-ter e 702-quater, che creavano un **rito sommario uniforme**, ossia un procedimento “semplificato” che andava seguito in tutti quei casi in cui la legge processuale prescriveva un allontanamento dal rito ordinario senza dettare una disciplina *ad hoc* per il caso di specie, come accadeva invece per i casi sopra menzionati.

Come anticipato, la collocazione codicistica della nuova disciplina sollevò aspre critiche; la ragione risiede nel fatto che **i procedimenti speciali sono talvolta caratterizzati da una cognizione sommaria** (*es. procedimento cautelare*), oltre che dal rito sommario. Al contrario, **la sommarietà del nuovo procedimento risiedeva esclusivamente nel rito**.

I tre articoli, oggi abrogati, stabilivano delle regole generali sul funzionamento di un tipo di procedimento con cui ottenere **una delle tre forme di tutela cognitoria secondo modalità più snelle e rapide**, contraddistinte da un **minore sviluppo del contraddittorio** (minore potere di trattazione e istruzione delle parti) e da un **minor numero di udienze**.

## Diritto Processuale Civile I

Il procedimento sommario di cognizione, caratterizzato dunque da un rito sommario ma da cognizione piena, si poteva applicare in **tutte le cause in cui il tribunale decideva in c.m.** e che richiedevano una **istruzione sommaria**. In assenza dei requisiti necessari per ricorrere al rito sommario, il giudice istruttore doveva disporre il prima possibile un provvedimento con cui **convertiva il rito** da sommario a ordinario.

- 1) In base all'articolo 702-bis c.p.c., il procedimento sommario costituiva un'alternativa al rito ordinario rimessa esclusivamente alla **scelta discrezionale della parte**. Solo in alcuni casi previsti in disposizioni estranee al codice, per certi tipi di tutela come ad esempio in materia di immigrazione, la legge imponeva l'adozione di questo **procedimento**. Questa scelta poteva essere compiuta solo quando ricorrevano le condizioni prima menzionate.
- 2) L'articolo 702-ter c.p.c. prevedeva innanzitutto che il giudice, se riteneva che le difese svolte dalle parti richiedessero un'**istruzione non sommaria**, fissasse con ordinanza non impugnabile l'**udienza di cui all'articolo 183**. In tal caso si applicavano le **disposizioni del libro II**. Dal punto di visto procedimentale, si deve ricordare che:

### a. **IL RICORSO DELL'ATTORE E IL DECRETO DEL G.I.**

La **domanda** non ha la forma dell'atto di citazione, bensì quella del **ricorso**; esso **si propone depositandolo nella cancelleria** del giudice monocratico. Per quanto attiene al contenuto del ricorso, la norma richiama il terzo comma dell'articolo 163; i primi sei numeri sono interamente richiamati, mentre il numero 7 è richiamato soltanto in rapporto all'avvertimento che l'attore deve fare al convenuto circa la tempestiva costituzione. Ciò che mancava rispetto all'atto di citazione era la data dell'udienza e il rispetto del termine minimo a comparire.

La data dell'udienza di comparizione delle parti veniva **fissata in autonomia dal giudice mediante decreto**, il quale ordinava alla parte ricorrente di notificare il ricorso e il decreto al convenuto. Quest'ultimo aveva l'onere di costituirsi in giudizio almeno 10 giorni prima dell'udienza. *N.B. Quando la domanda ha la forma del ricorso non ci può essere contumacia dell'attore, in quanto la sua notifica coincide con la costituzione in giudizio.*

### b. **LA TRATTAZIONE E L'ISTRUZIONE DELLA CAUSA**

Il quinto comma dell'art. 702-ter regolava la trattazione e la istruzione della causa; alla prima udienza il g.i., **"sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto"**. La disciplina attribuiva dunque un'**amplissima discrezione** al giudice istruttore, seppur temperata dall'**obbligo di garantire il contraddittorio** tra le parti, pur evitando la trattazione quando superflua o comunque non essenziale. *Ad esempio, poteva avvenire che il g.i., ritenendo la causa particolarmente semplice, invitasse le parti a trattarla oralmente in udienza e disponesse l'interrogatorio formale di una delle parti nella medesima udienza iniziale.*

### c. **L'ORDINANZA DECISORIA**

La decisione, infine, era **pronunciata con ordinanza**. L'ordinanza è un atto processuale del giudice avente come finalità tipica e prevalente quella di **assicurare l'organizzazione e lo svolgimento del procedimento**; essa, tuttavia, viene spesso ad assumere anche altre (tipiche ma) eccezionali funzioni (ad es. adottare la decisione della causa). La ragione di questa natura ambivalente nell'ordinanza è la **possibilità di motivazione sintetica e concisa** (art. 135 c.p.c.), di regola inadatta alla decisione salvi i casi di cause fattualmente semplici. *N.B. Dal 2009, anche la sentenza può avere una motivazione succinta; dunque, ha senso parlare di ordinanza decisoria?*

Tale **ordinanza avente contenuto decisorio**, in quanto sostanzialmente paragonabile ad una sentenza, era **appellabile** ai sensi dell'art. 207-quater c.p.c.; inoltre, essa è **idonea a passare in giudicato**. L'appellabilità di tale ordinanza è sancita dalla legge processuale in deroga ai principi generali, in quanto le ordinanze possono soltanto essere **revocate (salvo divieti)** o **modificate dal giudice che le ha emesse**, su istanza di parte.

## **Dopo la riforma: procedimento semplificato**

## Diritto Processuale Civile I

La riforma Cartabia ha apportato modifiche significative al procedimento sommario, riqualificandolo innanzitutto come **procedimento semplificato di cognizione**. La nuova rubrica, insieme alla collocazione della disciplina nel II libro del codice (*e non più nel IV*), ha chiarito una volta per tutte la **cognizione piena** che caratterizza tale procedimento, il quale si distingue da quello ordinario solo per quanto attiene al rito, ossia alle regole procedurali.

Le nuove norme, ossia gli artt. 281-undecies ss. c.p.c., hanno lasciato **immutata la logica di fondo dell'istituto**; tuttavia, sono state apportate alcune modifiche significative nell'ottica di fornire migliori garanzie per quanto attiene al **contraddittorio tra le parti**, a scapito dell'ampia **discrezionalità** di cui godeva il giudice prima della riforma.

### L'instaurazione del contraddittorio

Dopo la riforma del 2022 (e il d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164)



La modifica più significativa introdotta dalla riforma del 2022 (e dal correttivo del 2024) riguardo l'instaurazione del contraddittorio è l'introduzione di un vero e proprio **termine minimo a comparire**; il giudice istruttore, infatti, fissa l'udienza di comparizione affinché dalla successiva notificazione del ricorso e del decreto possano decorrere almeno **40 giorni** (60 giorni se il convenuto è residente all'estero). Prima della riforma, invece, il decreto e il ricorso andavano notificati almeno 30 giorni prima del decorso del termine di costituzione del convenuto (10 giorni prima dell'udienza).

### La trattazione della causa

Al pari di quanto accade nel procedimento ordinario di cognizione, le parti depositano gli **atti introduttivi** in sede di costituzione. Nel caso dell'attore, con il deposito del ricorso, sono presentate le **istanze di tutela giurisdizionale** su cui il giudice sarà chiamato a pronunciarsi; nel caso del convenuto, in sede di costituzione, saranno esercitati i **poderi difensivi (molti a pena di decadenza) in risposta alle domande giudiziali** della controparte. L'art. 281-duodecies c.p.c. chiarisce come si sviluppa la trattazione della causa nei momenti successivi al deposito degli atti introduttivi.

- **Trattazione in udienza:** in udienza le parti possono proporre le **domande** e le **eccezioni** che sono conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni proposte dalle altre parti (negli atti introduttivi).
- **Trattazione scritta a richiesta:** quando «l'esigenza sorge dalle **difese della controparte**» [non più: quando sussiste «giustificato motivo»], il g.i., **su istanza delle parti, «concede»** [non più: «può concedere»]:
  - Un termine non superiore a **20 giorni** per **precisare e modificare le istanze (ius poenitendi)** e per **indicare i mezzi di prova** e produrre documenti;
  - Un termine successivo, non superiore a **10 giorni**, per **replicare e dedurre prova contraria**.

N.B. L'attuale formulazione è il risultato del correttivo apportato dal d.lgs. 164/2024; la formulazione presente tra parentesi quadre era stata introdotta dalla riforma del 2022. Prima della riforma Cartabia la disciplina era contenuta nell'art. 702-ter c.p.c., che attribuiva al giudice un'ampia discrezionalità.

### Decisione della causa

Il procedimento semplificato si caratterizza per un'accelerazione, imposta dalla legge processuale, nella fase decisoria. Dopo la riforma del 2022, infatti, a seguito della rimessione della causa in decisione:

- Il tribunale in **composizione monocratica** procede ai sensi dell'art. **281-sexies** c.p.c.
- Il tribunale in **composizione collegiale** procede ai sensi dell'art. **275-bis** c.p.c.

*Differenza rispetto al rito sommario: prima era ammesso solo per le cause proposte davanti al TCM*

### Ambito di applicazione (art. 281-decies c.p.c.)

**OBBLIGATORIETÀ:** Il primo comma dell'articolo prevede alcuni casi in cui non vi è discrezionalità circa la scelta del rito. Nelle cause in cui il tribunale giudica **in C.M. o in C.C.**, il procedimento semplificato di cognizione è **obbligatorio** se:

- **I fatti di causa non sono controversi** (*caso perlopiù scolastico*);
- La domanda è fondata su **prova documentale**;
- La domanda è di **pronta soluzione** (*ipotesi difficile da distinguere dalla successiva*);
- La domanda richiede un'**istruzione non complessa**.

Qualora ricorra una di tali condizioni, se il giudizio è stato instaurato nella forma del rito ordinario, il giudice istruttore **deve disporre la prosecuzione nelle forme del rito semplificato** (*c.d. conversione del rito*). In tal caso, il g.i. fissa la data dell'udienza di cui all'art. 183 c.p.c., da cui decorrono a ritroso i termini per il deposito delle memorie ex art. 171-ter.

**DISCREZIONALITÀ:** Il secondo comma dell'articolo, modificato dal recentissimo d.lgs. 164/2024, estende l'ambito di applicazione del rito semplificato a **tutte le cause proponibili davanti al tribunale in composizione monocratica**; tale scelta, dunque, può essere effettuata anche se la causa è fattualmente complessa (*non ricorrendo le condizioni di cui al primo comma*). In tal caso tuttavia, si tratta di una **scelta lasciata alla discrezionalità dell'attore**.

In ogni caso, però, il giudice istruttore **può sempre convertire il rito in ordinario**, valutata la **complessità della lite e dell'istruzione probatoria**. Secondo alcuni ci si trova davanti ad una *contraddizione*; l'attore, nonostante la causa sia fattualmente complessa, può introdurla nelle forme del rito semplificato; ma il giudice, se la causa è fattualmente complessa, può disporre la conversione del rito in ordinario. Secondo altri, il riferimento alla complessità "della lite" potrebbe fare riferimento alla **complessità giuridica**, oltre che fattuale, della causa.

### Mutamento del rito

**Controversia semplice sul piano fattuale:** va trattata e decisa nelle forme del **rito semplificato** sia quando dev'essere decisa dal TCM (art. 50-ter c.p.c.) sia quando dev'essere decisa dal TCC (art. 50-bis c.p.c.).

- Se la causa è stata introdotta erroneamente nelle forme del rito ordinario, il g.i. deve disporre il **mutamento del rito** (da ordinario a semplificato) **all'udienza dell'art. 183-bis c.p.c.** (v. art. 171-bis).

**Controversia complessa sul piano fattuale:** va trattata e decisa nelle forme del **rito ordinario** sia quando dev'essere decisa dal TCM (art. 50-ter c.p.c.) sia quando dev'essere decisa dal TCC (art. 50-bis c.p.c.).

- Se la causa dev'essere decisa dal **TCM**, può essere introdotta nelle forme del rito semplificato «anche se non ricorrono i presupposti di cui al primo comma», ma il g.i. deve disporre il **mutamento del rito** (da semplificato a ordinario) e fissare l'udienza dell'art. 183 c.p.c. quando ritiene che, in base alla «**complessità della lite** e dell'istruzione probatoria», la causa debba essere trattata con il rito ordinario (art. 281-*duodecies*, co. 1, c.p.c.).
- Se la causa è stata introdotta erroneamente nelle forme del rito semplificato dinanzi al **TCC**, il g.i. deve **sempre disporre il mutamento del rito** (da semplificato a ordinario) e fissare l'udienza dell'art. 183 c.p.c.

## **La sentenza e i suoi effetti**

La sentenza è il provvedimento con cui l'organo dello Stato a cui è affidata la funzione giurisdizionale (il giudice) assicura la tutela dei diritti soggettivi lesi (tutela giurisdizionale dei diritti) mediante una **decisione sulla ammissibilità e/o fondatezza di ciascuna domanda giudiziale** proposta dalle parti nel processo. La distinzione tra ammissibilità e fondatezza è apprezzabile non solo nel **contenuto sostanziale della sentenza** (*che si compone per l'appunto di giudizio di ammissibilità e giudizio di fondatezza*), bensì anche nel contenuto della domanda. L'attore, o il convenuto in caso di domanda riconvenzionale, deve infatti sincerarsi prima di tutto che sussistano tutti i **presupposti processuali** sottesti all'esperimento della domanda e, in secondo luogo, procederà ad affrontare il **merito** della controversia.

### **Pregiudizialità tra ammissibilità e fondatezza**

Tale rapporto di **pregiudizialità o dipendenza logica** che lega ammissibilità e fondatezza, per ragioni di **efficienza ed economia processuale**, è rilevante in sede decisoria. Il giudice, infatti, procede innanzitutto a valutare la sussistenza dei necessari presupposti processuali; se anche solo uno di essi non sussiste, egli rimetterà la causa in decisione su una **questione di rito** e pronuncerà una **sentenza di inammissibilità**. Si badi che tale sentenza, anche nel caso in cui passi in giudicato, non preclude la riproposizione della medesima domanda (*opportunamente corretta*).

### **Contenuto formale della sentenza (art. 132 c.p.c.)**

La sentenza, in quanto provvedimento del giudice, è un **atto processuale** a tutti gli effetti. Dunque, oltre al suo contenuto sostanziale (ammissibilità e fondatezza), è necessario esaminarne anche il contenuto formale; una carenza sul piano formale potrebbe ad esempio condurre alla nullità (propria) della sentenza. Ai sensi dell'art. 132, la sentenza:

- **È pronunciata "in nome del popolo italiano."**: tale precisazione allude al fatto che la sentenza è resa dal giudice in quanto organo dello Stato, assoggettato soltanto alla legge (*ex art. 101 Cost.*) la quale è frutto della volontà popolare. Questo primo requisito ha perlopiù valore idealistico, e non certo pratico
- **Indica il giudice, le parti e i loro difensori**
- **Indica le conclusioni delle parti** (e del p.m. se intervenuto): la sentenza deve riportare il **petitum immediato**, ossia le istanze di tutela giurisdizionale che le parti hanno svolto nei confronti del giudice e sulle quali quest'ultimo **deve pronunciarsi**. L'indicazione delle conclusioni è di cruciale importanza ai fini processuali, in quanto la sentenza deve necessariamente pronunciarsi su tutte e sole le istanze di tutela proposte dalle parti, in ottemperanza al principio della **corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c.** Dottrina e giurisprudenza, alla luce di quest'ultimo articolo, hanno **individuato alcuni vizi** che può presentare la sentenza:
  - **Vizio di omissione di pronuncia (parziale o totale)**: si ha quando il giudice **non si pronuncia** su parte della domanda o la trascura integralmente. In tal caso, la sentenza è **nulla** per violazione di una norma di legge processuale. *Ovviamente, il rigetto della domanda costituisce una valida forma di pronuncia.*
  - **Vizio di extra-petizione**: si ha quando il giudice **concede alla parte più di quello che essa ha richiesto**; *ad es. una parte chiede che la controparte sia condannata a pagare € 10K, ma il giudice stabilisce una somma pari a € 20K.* Tale vizio può derivare sia da una "svista" del giudice sia dal fatto che le prove o una CTU dimostrano che il danno subito è superiore alla richiesta dell'attore; in ogni caso, tuttavia, tale risultanza probatoria non può comunque giustificare una pronuncia contraria all'art. 112 c.p.c.
  - **Vizio di ultra-petizione**: si ha quando il giudice **concede alle parti qualcosa che non hanno chiesto**. Tale vizio non si configura quando il giudice qualifica diversamente un elemento dal punto di vista giuridico, in quanto si limita in tal caso ad applicare la legge (art. 113 c.p.c., *iura novit curia*). Il giudice è **vincolato solo alla ricostruzione fattuale** fornita dalle parti, salvi i casi di rilevabilità d'ufficio

(comunque vincolati da una pregressa allegazione di parte). Il vizio di ultra petizione si ha quando il giudice **qualifica diversamente la richiesta di tutela giurisdizionale** proposta dalla parte, ossia il tipo di domanda; si pensi ad es. alla domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre riqualificata come domanda di mero accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà.

La sentenza è composta da **capi**, che costituiscono l'**unità minima del provvedimento**. In particolare, vi sarà un capo per ciascuna domanda decisa dal giudice. Conseguenza dell'autonomia che di regola caratterizza i capi della sentenza, al pari delle istanze di parte su cui essa è modellata, è che la **nullità della sentenza** per i vizi sopra menzionati è **limitata al capo interessato** e non si estende alla restante parte della sentenza. Tuttavia, se un capo della sentenza è dichiarato nullo, **subiranno la medesima sorte tutti i capi da esso dipendenti**.

- **È motivata:** la sentenza, in conformità con quanto disposto dalla Costituzione, presenta la «concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione» (art. 118, disp. att., c.p.c.); è in questa sede richiamata la definizione codicistica di *causa petendi*. Le ragioni di fatto e di diritto menzionate dal giudice, di regola, contengono elementi presentati da entrambe le parti; il giudice dovrà indicare quali sono prevalse ai fini della decisione (tipicamente, quelle presentate dalla parte che ha assolto al meglio all'onere della prova) tra:

- Ragioni avanzate dall'**attore**
- Ragioni avanzate dal **convenuto**
- Ragioni elaborate *ex novo* dal **giudice**

Dal 2009, le motivazioni vanno espresse in modo **“conciso”**, ovverosia sintetico; tale riforma va letta nell'ottica della **riduzione dei tempi processuali**, in quanto la motivazione è la parte più complessa della sentenza. Inoltre, sempre perseguendo il medesimo obiettivo, il legislatore ha **modificato l'art. 118 disp. att c.p.c.**, prevedendo che la concisa esposizione possa avvenire mediante il **rinvio ai c.d. precedenti conformi**; si tratta di fare riferimento a sentenze già pronunciate su **controversie analoghe** a quella dedotta in giudizio, con l'obiettivo di utilizzare, anche per la causa in corso, la *ratio* utilizzata nel precedente per risolvere una questione analoga.

La **tendenza** a cui si assiste negli ordinamenti di *civil law* è chiaramente ispirata ai sistemi di *common law*, in cui il precedente conforme acquista **valore vincolante**, di fonte di produzione del diritto. Nell'ordinamento italiano, accanto al rinvio ai precedenti conformi, vi sono casi in cui la **legge vincola il giudice a conformarsi ai precedenti della Corte di Cassazione**: si tratta in particolare della Cassazione stessa e del giudice di merito che abbia svolto un **rinvio pregiudiziale** alla Suprema Corte ai sensi dell'art. 363-bis c.p.c.; circa quest'ultimo punto, il rinvio è vincolante limitatamente alle **sole questioni di diritto** (es. interpretazione di una norma); le questioni fattuali sono rimesse esclusivamente al giudice a quo, tant'è che la sua decisione su di esse è appellabile.

Si noti infine che la **deflazione** non è l'unico obiettivo perseguito attraverso le riforme menzionate, tra cui l'attribuzione di valore vincolante al precedente conforme; ciò che si vuole parimenti perseguire è una coerenza tra le decisioni dei giudici, al fine di garantire l'**interpretazione conforme** della legge e la **certezza del diritto**.

- **Contiene il dispositivo, la data e la sottoscrizione:** nel dispositivo sono condensate le pronunce su ammissibilità e/o fondatezza di ciascuna istanza presentata dalle parti; quanto agli altri elementi, essendo la sentenza un atto processuale, la loro assenza pregiudica radicalmente la validità del provvedimento.

#### Pubblicazione della sentenza mediante deposito nella cancelleria (art. 133 c.p.c.)

Il giudice, mediante la **pubblicazione**, comunica alle parti la sentenza, esternando qualcosa che fino a quel momento era rimasto esclusivamente nella sua sfera. Da tale momento, **si presume che le parti conoscano il contenuto della sentenza**; nella pratica, sussiste l'obbligo di notifica personale del dispositivo ai difensori delle parti, i quali si dovranno (*dovevano*) recare presso l'ufficio giudiziario per estrarre copia autentica della sentenza.

## Diritto Processuale Civile I

Dal 2012, in seguito alla riforma sul **PCT**, tutto è divenuto più semplice; le parti sono **avviseate della pubblicazione via PEC**, alla quale è allegata sin da subito **l'intera sentenza**. Il momento della pubblicazione è di cruciale importanza perché è uno dei momenti da cui decorre il termine di decadenza del **diritto di impugnazione** della sentenza.

### Sentenza in senso formale e sostanziale

Da un punto di vista meramente formale, si parla di sentenza in relazione alla forma del provvedimento giudiziale che contiene la decisione del giudice. Tuttavia, si parla di sentenza (in senso sostanziale) anche in relazione al contenuto decisoria del provvedimento *ex art. 132*, che consiste nei giudizi di ammissibilità e fondatezza.

La distinzione tra sentenza in senso formale e sentenza in senso sostanziale è estremamente rilevante, poiché è necessario distinguere le norme che si applicano alla prima da quelle che si applicano alla seconda. Vi sono infatti provvedimenti, formalmente diversi dalla sentenza, che hanno il medesimo contenuto sostanziale (decisione su diritti soggettivi, su domande giudiziali) e i medesimi effetti (propensione al giudicato); si pensi ad esempio all'ordinanza con cui il giudice decide le cause proposte dinanzi a lui con rito semplificato. Tali provvedimenti, in relazione ai quali si può parlare di sentenza in senso sostanziale, potranno sempre essere impugnati in appello o in Cassazione.

### Sentenza, ordinanza e decreto

- La **sentenza** è il provvedimento del giudice, pronunciato ai sensi dell' art. 132 c.p.c. e nel rispetto dei criteri formali da questo previsti, che ha esclusivamente natura decisoria e definitiva.
- L'**ordinanza** è un provvedimento avente natura organizzativa, volta alla regolamentazione dello svolgimento del processo (es. ordinanza istruttoria) che eccezionalmente, e solo in casi tipizzati, può svolgere la funzione della sentenza grazie ad una natura decisoria e talvolta anche definitiva
  - o **Ordinanza con funzione decisoria per volontà della legge:** in taluni casi, la legge attribuisce alle ordinanze del giudice natura decisoria, come nel caso dell'ordinanza che "chiude" il rito semplificato. La *ratio* è ancora una volta la **riduzione dei tempi**, grazie alla **motivazione "succinta"** (ancor più sintetica di quella "concisa") che caratterizza l'ordinanza. In caso di contenuto decisoria, non si applica il regime ricavabile dagli artt. 176-177 c.p.c., secondo cui l'ordinanza può solo essere modificata o revocata dal g.i., ma non può essere impugnata; il **divieto di impugnare** l'ordinanza si spiega solo in relazione ad un **contenuto meramente ordinatorio**, e vige solo in tale caso. L'ordinanza avente contenuto decisoria va infine trattata, per quanto attiene a tutti i suoi effetti, come una sentenza.
  - o **Ordinanza con contenuto decisorio per errore del giudice:** qualora il giudice emetta un'ordinanza in luogo della sentenza a causa di un suo errore, questo viene "risolto" dal **principio di prevalenza della sostanza sulla forma**; come accadeva nel punto precedente, l'atto è sottoposto alla disciplina prevista dal legislatore per quello che si ritiene essere il suo **contenuto effettivo**.
- Il **decreto** è un provvedimento del giudice avente natura esclusivamente organizzativa

### Giurisdizione e competenza

La giurisdizione e la competenza del giudice adito rappresentano due fondamentali presupposti processuali ai fini dell'ammissibilità della domanda, e sono in particolare i principali presupposti relativi alla figura del giudice (*a differenza, ad esempio, di legittimazione ed interesse ad agire che riguardano la parte processuale*). Entrambe le parole alludono all'esercizio del potere giurisdizionale, ossia di quel potere pubblico dedito all'amministrazione della giustizia.

Ogni ordinamento necessita di una pluralità di uffici giudiziari che insieme compongono il potere giudiziario, accanto al quale convivono altri poteri sovrani dello Stato come quello amministrativo; non si può infine prescindere dal

considerare che, accanto ai giudici nazionali, possono venire in rilievo anche i loro omologhi stranieri. Ebbene, i criteri della giurisdizione e della competenza permettono di allocare il potere giurisdizionale in capo a un dato ufficio giudiziale, sottraendolo a tutti gli altri (*posto che il potere di risolvere le controversie non spetti ad un altro potere*).

### La giurisdizione

Per giurisdizione si intende l'insieme dei criteri attributivi del potere giurisdizionale al **giudice ordinario italiano**; il difetto di giurisdizione implica dunque che di tale potere siano investiti altri poteri dello Stato, giudici stranieri o giudici speciali. L'ordinamento italiano conosce due diverse tipologie di difetto di giurisdizione:

- **Difetto assoluto di giurisdizione [Reg. UE n. 1215/2012 e Legge 218/1995]**

Si parla di difetto assoluto di giurisdizione quando il giudice ordinario italiano è spogliato del potere giurisdizionale in favore della **PA** (potere amministrativo o esecutivo) o di un **giudice straniero**.

- **Competenza della Pubblica Amministrazione:** in tali casi, il giudice non ha giurisdizione e alla PA spetta un potere *in luogo* della giurisdizione che normalmente spetterebbe al giudice; le controversie tra magistratura ordinaria e PA circa il potere di risoluzione delle controversie integrano un vero e proprio **confitto di attribuzioni** tra poteri dello Stato. Per quanto riguarda la PA, non si parla di giurisdizione poiché l'esercizio del potere amministrativo non è sotteso al rispetto delle garanzie costituzionali previste in materia giurisdizionale; l'atto amministrativo, difatti, è un atto frutto di un interesse di parte prodotto da un'entità che non risponde ai requisiti di terzietà e indipendenza.

*Esempio: un cittadino desidera ottenere una concessione edilizia; in luogo di un'istanza alla PA, propone una domanda condannatoria nei confronti del Comune. Tale domanda sarà certamente dichiarata inammissibile per difetto assoluto di giurisdizione, poiché è competenza della PA*

- **Competenza del giudice straniero:** più frequentemente, il difetto assoluto di giurisdizione deriva dal fatto che nel caso concreto la giurisdizione spetta ad un giudice straniero. A tal proposito, è necessario tenere conto di due provvedimenti: il **Regolamento UE 1215/2012**, in materia di conflitto di giurisdizione tra giudici degli stati membri, e la **legge sul diritto internazionale privato**, per quanto attiene ai conflitti di giurisdizione tra il giudice italiano e il giudice di uno Stato extra-UE; non trovano più applicazione le norme del Codice di procedura civile sul tema. Gli atti normativi menzionati prevedono come **criterio di giurisdizione la residenza del convenuto**, superando il criterio della cittadinanza che vigeva in Italia sino al 1995. Inoltre, entrambi prevedono che il difetto assoluto di giurisdizione sia **rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo**. Vi sono però alcune **eccezioni**:

- **Controversie aventi ad oggetto diritti reali su immobili:** qualora il giudice adito scorrettamente sia del **paese in cui l'immobile è situato**, il vizio è rilevabile solo su istanza di parte; se essa non lo rileva tempestivamente, interviene una **sanatoria** in via di fatto.
- **Controversie di natura societaria:** anche nei casi in cui la società non è il convenuto (es. *controversie tra soci*), il giudice del **paese dove ha sede legale la società** ha la giurisdizione .

- **Difetto relativo di giurisdizione [art. 37 c.p.c.]**

Si parla di difetto relativo in relazione al conflitto di giurisdizione **tra giudice ordinario italiano e giudice speciale italiano**; la giurisdizione ordinaria generale è residuale, in quanto le sono devolute tutte le cause inerenti diritti soggettivi, tra privati o tra privati e la PA, che la legge non devolve a giudici speciali. Le giurisdizioni speciali, invece, devono pronunciarsi su controversie che hanno ad oggetto rapporti giuridici **peculiaris in base alla materia o in base a uno dei soggetti del rapporto**; si pensi ad es. alla giurisdizione amministrativa (controversie su pretese del privato verso la PA), a quella tributaria, militare o contabile. Si ricordi che la **Costituzione proibisce qualsiasi tipologia di giudice speciale**, fatte salve quelle già esistenti alla sua entrata in vigore (*delle quali, comunque, le disposizioni transitorie e finali auspicavano il superamento*).

Fino al 2022, il difetto relativo di giurisdizione era teoricamente rilevabile in ogni stato e grado del processo. Sin dagli anni 2000, tuttavia, alla luce del principio costituzionale della **ragionevole durata del processo**, la giurisprudenza di legittimità aveva elaborato il principio del **giudicato implicito**; di fronte ad una sentenza di primo grado che si pronuncia sul merito, la parte soccombente non può vedervi solo ciò che vi è scritto ma anche ciò che non vi è scritto, ossia la **pronuncia implicita sulla giurisdizione**. Il fatto che il giudice abbia deciso sul merito della causa implica un'implicita e pregressa decisione (favorevole) in merito alla sua giurisdizione; se la parte soccombente impugna la sentenza, che si pronuncia esclusivamente sul merito, limitatamente alla pronuncia sul merito, il **capo implicito sulla giurisdizione passa in giudicato** (sanando l'eventuale difetto di giurisdizione non tempestivamente rilevato né dalle parti né dal giudice). In seguito alla riforma del 2022, **decorso il termine per impugnare** la sentenza di I grado, il vizio non è più rilevabile e **sanato in via di fatto**.

#### **Riassunzione del processo ex art. 59, L. 69/2009**

Fino al 2009, quando il giudice adito dichiarava il difetto della propria giurisdizione mediante una sentenza di inammissibilità per carenza di un presupposto giudiziale, l'attore poteva ripresentare la domanda al giudice indicato in tale sentenza. Nel proporre la nuova domanda, però, l'attore **non poteva avvalersi degli effetti della prima domanda** (es. interruzione della prescrizione), poiché quella ripresentata era radicalmente nuova.

Dopo il 2009, tuttavia, vi è un cambiamento. Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. Se, entro il **termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato** della pronuncia di cui sopra, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, **sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto** se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio. Per apprezzare le conseguenze di tale cambio di disciplina, può essere utile ricorrere ad un esempio:

*Tizio, il giorno 1/4/2022, si rivolge al giudice civile per chiedere la condanna di un ente pubblico al pagamento di un debito che l'ente ha contratto con il ricorrente. Il credito di Tizio si prescriverebbe di lì a sei mesi; tuttavia, la proposizione della domanda giudiziale costituisce un atto interruttivo della prescrizione. Sette mesi dopo la proposizione della domanda, il 1/11/2022, il giudice civile rimette la causa in decisione su una questione pregiudiziale di rito, dichiarando l'istanza inammissibile per difetto assoluto di giurisdizione; nella sentenza, viene indicato il TAR come giudice da adire.*

*Prima del 2009, se Tizio avesse ripresentato la medesima domanda dinanzi al TAR, essa sarebbe stata rigettata in quanto volta a far valere un diritto ormai prescritto, non essendo fatti salvi gli effetti della prima domanda. Al contrario, dopo il 2009, se Tizio presenta ricorso al TAR entro tre mesi dalla sentenza con cui il giudice civile ha dichiarato il difetto di giurisdizione, il ricorrente potrà avvalersi degli effetti della prima domanda, inclusa l'interruzione della prescrizione.*

Un'ultima considerazione sulla salvezza degli effetti della domanda presentata dinanzi al giudice in difetto di giurisdizione; appare difficile che tale norma possa trovare applicazione in presenza di difetto assoluto di giurisdizione del giudice italiano in favore di quello straniero (*o viceversa*). La norma fa infatti **salvi solo effetti che possono essere fatti valere nell'ordinamento italiano**, dunque davanti ad altri giudici italiani o al limite alla Pubblica Amministrazione.

#### **Regolamento preventivo di giurisdizione: art. 41 c.p.c.**

Il regolamento preventivo di giurisdizione è un **istituto simile al rinvio pregiudiziale** alla Corte di Cassazione, esistente nel nostro ordinamento sin dal 1940. La norma consente a ciascuna delle parti di proporre un'istanza alla Suprema Corte affinché questa fornisca la **soluzione della questione di giurisdizione**; si deve essere in presenza di una situazione in cui le parti litigano persino sulla giurisdizione e non vogliono rimettersi alla sentenza del giudice adito (*si noti che, in questo caso, sono le parti a rivolgersi alla Cassazione, scelta molto costosa*). In questo modo, prima di qualsiasi sentenza sul merito da parte del giudice adito, la questione di giurisdizione viene risolta in modo autorevole dalla Corte, la cui ordinanza **vincola il giudice a quo**; per di più, le sentenze della Cassazione sono generalmente **inoppugnabili**.

## Diritto Processuale Civile I

Il giudice a quo deve obbligatoriamente disporre la **sospensione del processo** fino a quando giunga l'ordinanza della Corte di Cassazione. Secondo la legge, il regolamento preventivo può essere richiesto **finché il giudice a quo non si è pronunciato sul merito**; in realtà, nella pratica, il regolamento può essere richiesto finché non sia intervenuta una qualsiasi pronuncia, poiché una sentenza (anche di rito) implica l'**implicito riconoscimento della propria giurisdizione**.

### La competenza

Per competenza si intende l'insieme delle regole che distribuiscono il potere giurisdizionale tra i **plurimi uffici giudiziari ordinari presenti sul territorio nazionale**, i quali sono parimenti legittimati ad amministrare la giustizia e rispondono all'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. Il criterio della competenza non risponde però all'esclusiva esigenza di dislocazione geografica, bensì anche ad un'esigenza verticale circa le caratteristiche della controversia dedotta in giudizio. Vi sono tre parametri che determinano la competenza di ciascun ufficio giudiziario:

- **Materia** } Attengono alla **natura della controversia** e servono a stabilire
- **Valore** } se essa è di competenza del **Tribunale** o del **Giudice di Pace**
- **Territorio**: attiene alla relazione geografica tra alcuni profili della controversia e l'ufficio giudiziario adito

Dal punto di vista pratico, innanzitutto si stabilisce chi tra Tribunale e Giudice di Pace è competente per materia e valore della controversia; una volta risolto tale dubbio, si procede ad individuare l'ufficio territorialmente competente.

I criteri della materia e del valore sono **ex lege inderogabili** dalle parti; contrariamente, il **criterio del territorio** è invece di regola **derogabile pattiziamemente**. Ad esempio, le parti possono pattuire che, benché in base alla legge la controversia spetterebbe al tribunale di Milano, la controversia debba dalle stesse essere introdotta dinanzi al tribunale di Roma. Non possono però pattuire che una causa di competenza del Tribunale sia decisa dal giudice di pace.

Per ciò che concerne il processo di cognizione, per mezzo dei tre parametri menzionati, è possibile individuare l'ufficio giudiziario ordinario competente in primo grado principalmente tra le seguenti due ipotesi:

- **Il Giudice di Pace**
- **Il Tribunale**

La **Corte d'Appello** e la **Corte di Cassazione** esercitano sempre una **giurisdizione cognitoria**, ma dipendente dall'esercizio del **potere di impugnazione** avverso una sentenza. Vi sono casi limitati e tassativi in cui la legge riconosce alla Corte d'Appello la funzione di giudice di primo grado, ma per lo più essa è solo giudice dell'impugnazione. Anche il Tribunale assolve alla funzione di giudice dell'impugnazione, in particolare verso le sentenze del Giudice di Pace.

### Competenza per materia e valore (artt. 7 e 9 c.p.c.)

- **Materia**: tipologia di **questione giuridica prevalente nella controversia**, determinata in base all'oggetto della domanda. È dunque l'attore che, proponendo la domanda giudiziale, determina di fatto la materia della controversia (*posto che egli possa commettere un errore nel determinare il giudice da adire*).
- **Valore**: fa riferimento all'**entità patrimoniale** e al valore economico della controversia, anch'essi misurati con riferimento all'oggetto della domanda come proposta dall'attore

### **Competenza residuale del Tribunale e sua ratio (art. 9 c.p.c.)**

L'art. 9 c.p.c. individua la competenza per materia e valore del Tribunale. Innanzitutto, è prevista per esso una **competenza generale e residuale**; dunque, **tutte le cause che la legge processuale non demanda al Giudice di Pace sono di competenza del Tribunale medesimo**. La ragione di tale scelta, che rende il Tribunale il principale ufficio ordinario di primo grado, è legata alla diversa natura degli uffici giudiziari coinvolti; solo il Tribunale è un **organo**

**giudiziario professionale (c.d. togato)**, mentre il giudice di pace è un ufficio giudiziario non professionale (c.d. laico o popolare). Questo non significa che il Gdp non abbia sufficienti competenze tecniche richieste dal suo ruolo, ma non possiede quelle che mediamente possiedono i componenti del Tribunale in ragione delle **modalità di selezione**.

I magistrati del **Tribunale** sono professionali poiché sono **assunti mediante concorso pubblico**, dunque per competenza, secondo quanto stabilito dalla Costituzione. Ciò che determina la loro nomina di magistrato è dunque la loro **competenza in ambito giuridico**, e non una nomina o un'elezione come accade in altri ordinamenti.

Per i componenti dell'ufficio del **giudice di pace**, ferma restando la presenza di un concorso, il concorso avviene soltanto **per titoli e non anche per competenza**; per essere gdp è sufficiente essere laureati in giurisprudenza ed avere un'adeguata esperienza professionale, misurata con una certa anzianità nella professione forense. Questo esclude che il componente dell'ufficio del gdp possa definirsi professionale o togato. Ciò che giustifica la figura del giudice di pace è la norma della Costituzione che consente anche la partecipazione più o meno diretta del popolo all'amministrazione della giustizia. Il Gdp non è infatti l'unica ipotesi di partecipazione di membri laici all'attività giurisdizionale: in ambito civile, nei procedimenti di adozione, il collegio è spesso composto da un giudice togato e da giudici onorari (*di regola, psicologi o assistenti sociali*); in ambito penale, in Corte d'Assise e in Corte d'Assise d'appello (*competenti circa la repressione dei reati più gravi*), il collegio è composto da due giudici togati e da sei giudici popolari.

### **Competenza del Giudice di pace (art. 7 c.p.c.)**

L'art. 7 c.p.c. delinea due ambiti principali in cui si esplica la competenza del Giudice di pace:

1. **Controversie in materia di responsabilità civile da circolazione di veicoli** (valore massimo: € 25'000)
2. **Controversie circa beni mobili** (valore massimo: € 10'000)
3. *Altre materie specifiche che costituiscono i naturali sviluppi delle precedenti due linee di tendenza*

Dalle norme in materia di competenza del gdp, si evince che **la competenza residuale del tribunale è molto ampia**; anche per quelle materie in cui è competente il giudice di pace, residua infatti una competenza del tribunale qualora la controversia superi le soglie di valore indicate nei primi due commi dell'art. 7 c.p.c.

### **Competenza esclusiva del Tribunale (art. 9 c.p.c.)**

L'art. 9 c.p.c. prescrive infine alcune materie in cui il Tribunale è **esclusivamente competente**, a prescindere dall'eventuale valore della causa. Sono ascrivibili alla competenza esclusiva del Tribunale ex art. 9 c.p.c.:

- Controversie in materia di **stato e capacità delle persone** (esempi: filiazione, adozione, interdizione...)
- Controversie in materia di **imposte e tasse** (quando non sono assorbite dalla giurisdizione speciale tributaria)
- **Querela di falso** (ad esempio, se la querela di falso è proposta in via incidentale in un procedimento davanti al Gdp, la querela viene risolta davanti al tribunale e il procedimento davanti al Gdp viene sospeso)
- **Esecuzione forzata**
- In ogni caso, ogni causa di **valore indeterminabile**

### **Competenza per territorio (artt. 18 ss. c.p.c.)**

Il criterio territoriale interviene sussidiariamente, dopo aver stabilito in base ai criteri di competenza per materia e valore chi sia competente tra Tribunale e Giudice di Pace. Il criterio territoriale si fonda su una relazione qualificata sussistente tra la lite e uno dei numerosi uffici giudiziari del tipo individuato mediante gli altri criteri.

In relazione a ciascun ufficio giudiziario, si definisce "circoscrizione" il suo ambito territoriale di competenza. Le circoscrizioni non coincidono necessariamente con le province o con i comuni, in quanto sono state disegnate in base

### Fori generali (artt. 18 e 19 c.p.c.)

Con la locuzione “foro generale” si fa riferimento al criterio attributivo della competenza per territorio che si applica ogni qualvolta non trovano applicazione delle regole che stabiliscono un diverso criterio esclusivo per l’attribuzione di tale competenza. I fori generali sono dunque i **criteri residuali**, in quanto trovano applicazione **solo se non derogati**.

I fori generali sono pensati per salvaguardare la posizione del convenuto, che “subisce” il processo non potendo decidere di sottrarsi ad esso, a differenza dell’attore che sceglie liberamente se proporre una domanda giudiziale oppure astenersi. I fori generali previsti dalla legge processuale sono due, a seconda della natura del convenuto:

- **Residenza, domicilio o dimora della persona fisica convenuta** (art. 18 c.p.c.)
- **Sede legale della persona giuridica convenuta** (art. 19 c.p.c.)

### Foro alternativo (art. 20 c.p.c. e art. 1182 c.c.)

L’attore, se la controversia ha ad oggetto rapporti obbligatori, può scegliere di ricorrere davanti al foro generale ovvero davanti ad uno dei due fori alternativi individuati dalle previsioni codistiche menzionate:

- Giudice del **luogo in cui è sorta l’obbligazione (forum contractus)**: si tratta del luogo in cui si è verificato il fatto illecito, se l’obbligazione risarcitoria è sorta in seguito ad un fatto illecito; si tratta invece del luogo in cui si è verificata la conclusione del contratto, se l’obbligazione è sorta in conseguenza di responsabilità contrattuale.
- Giudice del **luogo in cui l’obbligazione deve essere eseguita (forum destinate solutionis)**: nel caso di obbligazione extra-contrattuale, domicilio del creditore, se deriva da contratto, risulta dal titolo.
  - L’art. 1182 c.c., in materia di luogo dell’adempimento, prescrive che l’adempimento può avvenire al **domicilio del debitore (in deroga alle regole generali)** se egli dimostra che l’adempimento al domicilio del creditore è per lui **eccessivamente oneroso**, previa comunicazione alla controparte.

*Si pensi al seguente esempio. Un contratto di fornitura concluso a Milano prevede l’erogazione di energia elettrica presso un immobile situato a Roma; tuttavia, il debitore è residente a Firenze ma domiciliato a Venezia. Il Tribunale di Milano è foro alternativo in quanto forum contractus ex art. 20 c.p.c.; il Tribunale di Roma è parimenti foro alternativo in quanto forum destinate solutionis ex art. 20 c.p.c. Il Tribunale di Firenze è foro generale, dunque parimenti competente non essendovi alcun foro esclusivo. Infine, il Tribunale di Venezia è competente sia in quanto foro generale ex art. 18 c.p.c., sia in quanto foro alternativo ex art. 20 c.p.c., letto in combinato disposto con l’art. 1182 c.c.*

### Fori esclusivi (artt. 21 ss. c.p.c.)

Con la locuzione “foro esclusivo” si fa riferimento al **criterio legale specifico per la soluzione di una controversia** per quanto attiene alla competenza per territorio. Nei casi in cui la legge prevede un foro esclusivo, è **esclusa la competenza dei fori generali o di quelli alternativi**. I fori esclusivi previsti sono riconducibili alla seguente casistica:

- **Controversie aventi ad oggetto beni immobili**: ufficio giudiziario del luogo in cui è situato l’immobile
- **Controversie tra soci**: ufficio giudiziario del luogo in cui ha sede legale la società
- **Controversie ereditarie**: ufficio giudiziario del luogo in cui si è aperta la successione
- **Controversie in cui la PA è difesa per legge o per scelta dall’Avvocatura dello Stato**: ufficio giudiziario del luogo in cui ha sede l’ufficio dell’Avvocatura cui la Pubblica Amministrazione si è rivolta)

**Rilevazione del difetto di competenza (art. 38 c.p.c.)**

Sino al 2009, tutte le eccezioni di incompetenza (per materia, valore e territorio) erano soggette alla preclusione processuale coincidente con la tempestiva costituzione in giudizio del convenuto; l'incompetenza poteva dunque essere sollevata **soltanto su eccezione di parte**, che doveva essere proposta dal convenuto **costituendosi in giudizio tempestivamente**, sotto pena di decadenza. A tal proposito, l'atto di citazione doveva infatti contenere l'avvertimento delle decadenze in cui incorre il convenuto, tra cui quelle ex art. 167 c.p.c. sulle difese quelle ex art. 38 c.p.c.

La riforma del 2009 ha apportato un parziale cambiamento a tale disciplina. È stata mantenuta la **rigida preclusione solo per l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile**; per tutte le altre ipotesi (incompetenza per materia, per valore e per territorio inderogabile) è ammesso ora il **rilievo officioso del giudice**, purché entro la prima udienza. La competenza territoriale è derogabile pattizialmente per iscritto dalle parti in pressoché tutte le materie. Quando la competenza è derogata dalle parti, certamente l'incompetenza può essere eccepita solo dalle parti e non dal giudice, in quanto egli potrebbe non essere a conoscenza di tale pattuizione. Negli altri casi, invece, il giudice ha di regola a disposizione tutte le informazioni necessarie alla tempestiva rilevazione della sua incompetenza.

Ai sensi dell'art. 29 c.p.c., è **inderogabile** la competenza territoriale del giudice in **materia esecutiva e cautelare**. Qualora la controversia non sia riconducibile alle ipotesi ex art. 29 c.p.c., le parti potranno istituire un **foro derogatorio**, imposto come esclusivo dalla volontà delle parti (*a differenza del foro esclusivo, imposto come tale dalla legge*).

**Riassunzione della causa per difetto di competenza (art. 50 c.p.c.)**

Nel caso in cui la questione di incompetenza, sollevata su istanza di parte o rilevata d'ufficio dal giudice, sia **ritenuta fondata**, il giudice rimette la causa in decisione su una questione di rito e pronuncia una **sentenza di inammissibilità**.

Il Codice di procedura civile, all'**art. 50**, prevede sin dalla sua entrata in vigore un meccanismo di **riassunzione della causa**, simile a quello introdotto dall'art. 59 della L. 69/2009 per il difetto di giurisdizione. Il meccanismo riassuntivo è più semplice nel caso ex art. 50, poiché il giudice competente è del medesimo tipo di quello adito per errore, ma semplicemente di un altro luogo; la domanda ha dunque la stessa forma e gli stessi effetti. A conferma di quanto detto, l'art. 50 c.p.c. parla di **riassunzione della causa**, mentre l'art. 59 parla di **riproposizione della domanda**.

**Regolamenti di competenza (artt. 42-43 c.p.c.)**

A differenza del regolamento di giurisdizione, che è un mezzo preventivo esercitabile da ciascuna delle parti, i regolamenti di competenza sono **veri e propri mezzi di impugnazione**, esperibili solo **dopo che il giudice si è pronunciato** dichiarando la propria incompetenza ovvero sul merito della causa (*dichiarandosi quindi competente*):

- **Regolamento necessario di competenza:** è esperibile contro una **pronuncia di incompetenza**; si definisce tale poiché è l'unico strumento con cui si può impugnare una pronuncia che si limita a dichiarare l'incompetenza
- **Regolamento facoltativo di competenza:** concorre con il mezzo impugnatorio ordinario (ricorso in Appello o per Cassazione); nella sentenza, necessariamente di merito, c'è un **capo pregiudiziale** che ha dichiarato infondata l'eccezione di competenza e un **capo dipendente** che ha deciso sul merito della questione. La parte soccombente può impugnare (*con mezzo impugnatorio ordinario*) **entrambi in capi in appello**; tuttavia, se non ha motivi per impugnare la decisione nel merito, non può ricorrere in appello e potrà dunque esperire soltanto il **regolamento facoltativo di competenza**, sul quale si esprimerà la **Corte di Cassazione**.

### Gli effetti della sentenza e il giudicato

Gli **effetti della sentenza di accoglimento** della domanda dipendono dalla **tutela richiesta** dalle parti che ha presentato l'istanza; in ambito cognitorio, l'unico effetto comune a tutte le sentenze è quello **dichiarativo**. La legge processuale riconduce alcuni effetti anche alla **sentenza di rigetto** della domanda; ad esempio, se il giudice rigetta nel merito la domanda dell'attore, questi non potrà più ripresentarla nei confronti del medesimo convenuto.

L'effetto dichiarativo consiste nell'affermazione, nella proclamazione che un certo effetto giuridico si è prodotto (ad es. esistenza di un diritto soggettivo). L'effetto dichiarativo ha una **particolare propensione alla stabilità, al c.d. giudicato**. Il giudicato è un particolare modo d'essere degli effetti della sentenza, in particolare di quello dichiarativo. Finché la sentenza può essere impugnata, l'effetto dichiarativo è instabile. La vera utilità della sentenza dichiarativa si ha solo con **l'efficacia di cosa giudicata**, che rende la pronuncia del giudice **incontrovertibile**.

Il **giudicato formale** è una caratteristica della sentenza che dipende dal **decorso del termine preclusivo** entro cui può essere esperito il mezzo di impugnazione ordinario; decorso tale termine, infatti, la sentenza passa in giudicato formale. Secondo il Codice civile, al verificarsi del giudicato formale si produce anche il **giudicato sostanziale**; l'accertamento del diritto soggettivo controverso **fa stato tra le parti**, divenendo così **incontrovertibile** e precludendo la riproposizione.

## Limiti della cosa giudicata

### Limiti in senso soggettivo del giudicato

La cosa giudicata, intesa in senso sostanziale, allude al grado di **incontrovertibilità della sentenza** per la decadenza della parte soccombente dal potere di proporre impugnazione ordinaria contro la sentenza. Questo grado di incontrovertibilità caratterizza il contenuto sostanziale della sentenza, ovvero l'accertamento giudiziale del diritto soggettivo fatto valere dall'attore. Dal punto di vista soggettivo, l'incontrovertibilità interessa le parti del processo; l'art. 2909 c.c. prevede infatti che l'accertamento giudiziale del diritto **"fa stato fra le parti (processuali)"**.

NB = ma nei casi di rappresentanza e processuale, l'accertamento del diritto fa stato anche fra le *parti in senso sostanziale* (rappresentato e sostituito, titolari del diritto dedotto in giudizio ed oggetto della sentenza/giudicato).

Art 2909 c.c. *"L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa"*.

Art 2909 estende gli effetti del giudicato anche agli **eredi ed aventi causa delle parti**. Quindi il giudicato è opponibile anche alle vicende traslative del diritto oggetto della sentenza, *poste in essere dopo la formazione del giudicato*. Quindi se dopo la formazione del giudicato, il diritto viene trasmesso ad un terzo per *apertura della successione ereditaria o per atto inter vivos*, allora l'accertamento del diritto vale anche nei confronti dell'erede o dell'avente causa (e nello stesso modo in cui valeva per la parte).

Quindi il tema dei limiti soggettivi del giudicato civile sono condensati all'art 2909 = il giudicato vale nei confronti delle parti (sia in senso sostanziale, che processuale), ma anche nei confronti degli eredi ed aventi causa che abbiamo acquistato il diritto oggetto del giudicato mediante vicenda traslativa *posteriore al giudicato stesso*.

NB = anche soggetti terzi (che non sono eredi o aventi causa) possono essere soggetti agli effetti della sentenza resa fra le parti e quindi anche al giudicato che si forma alla sentenza. Per esempio = *interventore adesivo (ex art 105 comma 2)*. L'art 1595 c.c. deroga al principio ex art 2909, ammettendo che la sentenza (ed i suoi effetti, in primis giudicato) fra locatore e conduttore valga anche nei confronti del sub conduttore.

### Limiti in senso oggettivo del giudicato.

Qual è l'oggetto del giudicato? Qual è la cosa che diventa incontrovertibile quando la sentenza passa in giudicato?

L'art 2909 prevede che oggetto del giudicato sia *"accertamento giudiziale del diritto soggettivo fatto valere"*. Tuttavia, per definire l'oggetto del giudicato, bisogna tener conto anche del **fenomeno della pregiudizialità – dipendenza**.

Ora dobbiamo vedere come si passa alla fase finale del processo ordinario: la fase decisoria.

- **La condizione principale**, ma non esclusiva per il passaggio in decisione è la maturità della causa per la decisione, espressione che usa proprio l'articolo 187 per stabilire quando il GI deve rimettere la causa in decisione. La causa può essere matura sia in assenza di istruzione probatoria, sia all'esito di istruzione probatoria.
  - a. nel primo caso, il giudice istruttore, al termine dell'udienza di comparizione delle parti ex articolo 183, accertando che non c'è bisogno di acquisire prove costituende (ad esempio perché la prova è già acquistata sulla base dei documenti prodotti con gli atti introduttivi) rimette la causa in decisione attraverso la fissazione di una successiva udienza. Questa udienza non è quella di assunzione dei mezzi di prova, ma sarà l'udienza di rimessione della causa in decisione ex articolo 189.
  - b. Se è stato necessario lo svolgimento dell'istruzione probatoria, sarà al termine dell'udienza o delle udienze di assunzione dei mezzi di prova che il giudice , accertato che finalmente la causa è matura per la decisione, fissa l'udienza ex articolo 189. Questo meccanismo ci fa semplicemente capire che maturità della decisione significa esistenza di prove sufficienti a decidere la causa.
- **Remissione su una questione**: l'articolo 187 offre anche una terza opportunità: quella della rimessione della causa in decisione su una questione. In questa terza eventualità, è indifferente se la causa è o non è matura per la decisione: ciò che il giudice ritiene più importante della maturità della causa per la decisione è l'esistenza di una questione che ritiene fondata e che è idonea astrattamente a definire immediatamente la causa, senza bisogno di passare attraverso l'istruzione probatoria.
  1. **Punto problematico** è che questa questione fotografa solo un aspetto specifico della causa e non riguarda tutto il merito della controversia. In particolare, l'aspetto specifico che la questione può fotografare e che è idoneo astrattamente a definire la causa può essere:
    - A. Un presupposto processuale (*questioni pregiudiziali di rito*);
      - a) il presupposto processuale è un requisito previsto dalla legge processuale che condiziona la valida instaurazione del processo. Il presupposto processuale può riguardare l'ufficio giudiziario adito (giurisdizione e competenza), può riguardare la parte processuale (capacità di stare in giudizio, articolo 75) oppure può riguardare l'azione esercitata (legittimazione e interesse ad agire).
      - b) Le questioni pregiudiziali di rito pongono questo interrogativo: esiste o non esiste un dato presupposto processuale in questo processo? L'interrogativo talvolta deriva da un'iniziativa di parte (cioè, da un'eccezione del convenuto, che sarà un'eccezione di rito, come l'eccezione di incompetenza o quella di legittimazione e interesse ad agire). Spesso però la legge processuale consente anche il rilievo d'ufficio di un difetto di un presupposto processuale.
      - c) Quando la questione pregiudiziale si pone, anche in un momento in cui si può dire se la causa è o no matura per la decisione, l'articolo 187 invita il giudice istruttore a interrogarsi: ritieni che probabilmente la questione pregiudiziale di rito sollevata dal convenuto o rilevata d'ufficio è fondata o infondata? Perché se la ritieni fondata, hai la possibilità di rimettere subito la causa in decisione, evitando un'attività di trattazione e istruzione della causa sul merito che a nulla servirebbe se la questione pregiudiziale di rito fosse fondata (cioè se mancasse il presupposto processuale). Se il giudice sceglie di avvalersi liberamente di questo potere di rimessione, fisserà l'udienza ex articolo 189. Ma la sua decisione riguarderà solo la questione pregiudiziale di rito oggetto della rimessione, cioè senza dire nulla del merito della domanda dell'attore.
      - d) La principale conseguenza di una tale sentenza definitiva di rito si gioca sul giudicato: se la sentenza non è impugnata acquista quella efficacia di incontrovertibilità, ma solo per il rito: l'attore potrà riproporre la domanda sul merito.
      - e) Cosa succede se il GI che ha rimesso la causa in decisione sulla questione pregiudiziale si deve criticare? L'eccezione sollevata dal convenuto è infondata o l'eccezione rilevata d'ufficio non esiste. Il giudice però ha rimesso la causa in decisione e quindi deve pronunciare una sentenza, che però non sarà definitiva. Ma questa volta, essendo non definitiva, non ci fermiamo qui e il giudice deve anche

pronunciare un'ordinanza che rimette la causa in istruttoria e pronunciarsi in quella che sarà una nuova udienza ex articolo 183 sulle istanze istruttorie che aveva lasciato in sospeso.

**B. Fatto estintivo, modificativo o impeditivo (*questioni preliminari di merito*)**

- a) sorge da una eccezione del convenuto sul merito. Anche in questo caso la soluzione della questione è in astratto idonea a definire la causa. Se sussiste il fatto emi allegato dal convenuto, non c'è bisogno di andare ad accertare tutta la fattispecie costitutiva del diritto azionato nella domanda giudiziale, ma si potrà rigettare la domanda sulla scorta di quel fatto emi che ha fatto valere il convenuto. L'esito di questo giudizio di opportunità del GI è duplice:
    - 1. Può darsi che il giudice ritenga di aver valutato in prima battuta correttamente la fondatezza della questione preliminare confermando l'esistenza di quel fatto emi allegato dal convenuto: in questo caso pronuncia una sentenza definitiva di merito con cui rigetta la domanda dell'attore. La propensione al giudicato di questa sentenza è una propensione ad un giudicato esterno. Non riguarderà soltanto il processo pendente ma preclude alle parti di tornare a discutere su quel medesimo diritto in un altro processo.
    - 2. Se invece il GI riconosce che la prognosi originaria era scorretta, pronuncerà una sentenza non definitiva di merito, la cui propensione sarà sempre una propensione al giudicato esterno. Con essa si rende però necessario rimettere le parti in istruttoria: pronuncerà un'ordinanza con cui rimette le parti all'istruzione probatoria affinché decida se la causa è o no matura per la decisione.
  - b) Anche in questo caso, seppur meno frequente, il fatto emi può essere rilevato d'ufficio dal giudice (Un esempio è quello della nullità del contratto, ma vi è un'espressa previsione di legge).
2. **Anticipazione della decisione:** Questi aspetti fotografati dalle questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito sono aspetti che il giudice in ogni caso deve decidere, ma l'articolo 187 consente al giudice, se vuole, di anticipare la decisione su tale questione ad un momento anteriore a quando può decidere se la causa è matura o no per la decisione.
3. **Cose in comune di questi due tipi di questioni:** È il loro carattere incidentale. L'aggettivo pregiudiziale e preliminare sono due espressioni che vogliono alludere alla stessa cosa, cioè il carattere incidentale delle questioni. Questo significa che le questioni coinvolgono degli aspetti del processo che necessariamente devono essere esaminati e risolti prima del merito della controversia. Questa necessità logica è evidente, ma è così importante ai fini della giusta disciplina del processo che la legge la scolpisce in una norma: l'art. 276, comma 2 => stabilisce che il giudice, quando deve decidere la controversia, è chiamato prima a risolvere le questioni pregiudiziali e poi il merito della causa.
4. **In caso di non remissione:** il 276 trova applicazione anche se il giudice sceglie di non rimettere la causa in decisione sulla questione. In questo caso succede che la questione che ha rilevanza incidentale resta, deve essere decisa, ma il giudice la deciderà insieme al merito della controversia. Quando pronuncerà la sentenza sul merito non si limiterà quindi a pronunciarsi sulla domanda, ma a pronunciarsi necessariamente prima (276 comma 2) sulla questione che ha rilevanza incidentale. Qui possono succedere due cose:
  - 1. il giudice, dovendo esaminare prima la questione incidentale, riconosce che la questione è fondata. E in cuor suo si chiede perché non se n'è accorto prima. E in questo caso deve pronunciare una sentenza definitiva in rapporto alla questione che scopre fondata.
  - 2. l'alternativa è che la questione incidentale si rileva invece infondata: il giudice dice che ha fatto bene a non applicare l'articolo 187 perché tanto è una bufala. Oppure può dire a sé stesso che, pur essendosene accorto all'ultimo momento è andata bene perché è una questione infondata. Anche in questo caso pronuncerà una sentenza, che sarà una sentenza sulla questione incidentale e sul merito. Avrà due capi: il primo con cui dichiara infondata la questione, e il secondo dipendente con cui si pronuncia sul merito in cui decide se la domanda è fondata o infondata.

### **La pregiudizialità**

## Diritto Processuale Civile I

L'ipotesi su cui dobbiamo soffermarci è quella in cui abbiamo un capo pregiudiziale e un capo dipendente. Abbiamo già visto che ci sono due modi di intendere la pregiudizialità: abbiamo parlato di pregiudizialità logica e tecnica.

1. La pregiudizialità tecnica è un concetto che si radica nella struttura della fattispecie costitutiva dei diritti. Si ha pregiudizialità tecnica in quei casi in cui la fattispecie costitutiva di un diritto soggettivo è composta, oltre che da fatti, anche da un altro diritto soggettivo. Così il diritto che scaturisce dalla fattispecie si chiama dipendente, mentre il diritto che compone la fattispecie si chiama pregiudiziale.

- A) *Esempio:* Un diritto di credito agli alimenti è il diritto dipendente, mentre lo status di filiazione naturale è pregiudiziale.  
B) *Cognizione in via incidentale:* La pregiudizialità tecnica è importante perché influisce sulla cognizione del giudice. La cognizione della fattispecie costitutiva significa non solo conoscere dei fatti, ma conoscere anche un diritto.

⇒ Problema: il giudice può conoscere un diritto solo se glielo chiede qualcuno (principio della domanda). C'è una sorta di impasse perché da un lato la domanda ha ad oggetto solo il diritto dipendente, ma lui non può fare a meno di accertare anche un altro diritto soggettivo, quello pregiudiziale, su cui non c'è stata una domanda giudiziale.  
⇒ Soluzione: **art. 34 cpc:** se l'attore propone la domanda giudiziale sul diritto dipendente, il giudice accerterà incidentalmente il diritto pregiudiziale. Il legislatore si arrende all'evidenza logica. Il giudice non può fare a meno di esaminare e quindi stabilire se esiste anche il diritto pregiudiziale. Tuttavia, se il diritto pregiudiziale non è stato fatto oggetto di un'ulteriore domanda dell'attore (domanda cumulata) l'accertamento del diritto pregiudiziale vale solo incidenter tantum, cioè ai fini del processo in corso. Avremo quindi in questo caso una sentenza definitiva di merito nella quale il giudice accerta il diritto pregiudiziale e conseguentemente accetta anche il diritto dipendente, se le cose vanno bene per l'attore ovviamente.

- C) *Accertamento in via principale:* L'articolo 34 aggiunge che, se al contrario l'attore oltre che proporre una domanda sul diritto dipendente, propone espressamente e in via cumulata una domanda sul diritto pregiudiziale (domanda di accertamento incidentale), allora l'accertamento sul diritto pregiudiziale passa in giudicato esattamente come l'accertamento sul diritto dipendente, di modo che le parti non possono più rimettere in discussione né un diritto né l'altro. A voler essere precisi, l'articolo 34 aggiunge che l'accertamento del diritto pregiudiziale passa in giudicato non solo quando c'è una domanda di accertamento incidentale, ma anche eccezionalmente quando lo prevede espressamente la legge. In questi casi, l'accertamento del diritto pregiudiziale passa cioè in giudicato anche se la parte non ha formulato una domanda di accertamento. Le ipotesi più importanti sono

⇒ Art. 124 del cc => questione pregiudiziale di merito che consiste nella nullità di precedente matrimonio in caso di impugnazione del matrimonio successivo. È evidente che, se devo stabilire se un matrimonio è valido o no, devo prima stabilire se un precedentemente matrimonio è valido oppure no.  
⇒ Art. 35 cpc => eccezione di compensazione: anche in questo caso la legge prevede che se il diritto di controcredito fatto valere dal convenuto in via di eccezione è contestato dall'attore, la questione pregiudiziale di merito che si viene a creare sulla esistenza del diritto di controcredito, deve essere sempre accertata con efficacia di giudicato anche se non c'è da parte dell'attore la proposizione di una domanda di accertamento incidentale negativo del diritto di controcredito del convenuto.

- D) *Osservazione sul giudicato:* vediamo due diversi tipi di impugnazioni:

- (art. 324 cpc) cosa giudicata formale: la sentenza definitiva diventa incontrovertibile solo se è decorso il termine perentorio per proporre i mezzi di impugnazione ordinari. Questo concetto si definisce formale perché lo definisce da un punto di vista esteriore. Ma questo concetto del giudicato che la legge definisce come formale non ci dice in cosa consiste questa efficacia.
- cosa giudicata sostanziale: qui non abbiamo una norma analoga. Possiamo rifarcirci a una disposizione del cc che ci aiuta solo in parte, cioè l'articolo 2909 cc: «l'accertamento [del diritto soggettivo] contenuto

nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa». La norma serve per definire i limiti soggettivi del giudicato, che vengono utilizzati (nella frase fa stato) con uno sforzo interpretativo per cercare di individuare i limiti oggettivi del giudicato e cioè per dire qual è la sostanza di questa efficacia. Dall'espressione fa stato si ricava:

- a. un **effetto preclusivo**: l'accertamento giudiziale del diritto non può più essere messo in discussione tra le parti. Le parti non possono più agire in giudizio per ottenere un nuovo accertamento di ciò che è già stato accertato con una sentenza passata in giudicato.
- b. Un **effetto conformativo**: se il giudicato ha ad oggetto un diritto che ha efficacia pregiudiziale, il giudice che in un successivo processo si trova a decidere di un altro diritto che è però dipendente da quello accertato con il giudicato non è libero del tutto dalla decisione sul diritto dipendente.

L'accertamento del diritto dipendente è condizionato dal giudicato sul diritto pregiudiziale.

2. **Pregiudizialità logica**: Non ha un fondamento normativo come la pregiudizialità tecnica. La pregiudizialità logica è un concetto sviluppato da dottrina e giurisprudenza: ricordiamoci sempre l'articolo 187, e cioè che l'esigenza logica di decidere prima una questione e poi il merito c'è in due casi. Non solo c'è quando vi è dubbio su un presupposto processuale, ma anche quando vi è dubbio su un fatto emi. La pregiudizialità logica, cioè, può riguardare un profilo processuale o uno di merito. La giurisprudenza però si è occupata di sviluppare questo concetto con riferimento alla pregiudizialità logica di merito.
  - A) *Rapporto fattispecie-effetti*: La giurisprudenza di legittimità ha esteso questo concetto al rapporto tra la fattispecie costitutiva e gli effetti che questa fattispecie produce in tutti i numerosissimi casi in cui da una stessa fattispecie deriva una pluralità di effetti (pensiamo ai contratti ad effetti obbligatori e quindi a dei contratti che producono un fascio di effetti giuridici).
  - B) *Efficacia in giudicato*: quando il primo giudice produce un accertamento che passa in giudicato, si pone la domanda se quella efficacia di giudicato riguarda soltanto l'esistenza del diritto o anche la fattispecie costitutiva di quel diritto (elemento pregiudiziale in senso logico). E quindi, il secondo giudice può ritenere invalido o inefficace quel contratto, per esempio, che è già stato deciso nella prima sentenza? La risposta dipende dall'estensione del giudicato:
    - se il giudicato riguarda solo il diritto, il secondo giudice può ritenere invalido e inefficace il contratto;
    - se il giudicato riguarda anche la fattispecie costitutiva, il secondo giudice non potrà ritenere quello stesso contratto invalido e inefficace. La giurisprudenza si è pronunciata in maniera costante nel senso di considerare che l'efficacia del giudicato deve anche comprendere la fattispecie costitutiva del diritto accertato, perché questa rappresenta l'elemento logico pregiudiziale (essa è un antecedente logico necessario del diritto soggettivo fatto valere). La ragione di questa evoluzione interpretativa è complessa, ma è una linea di tendenza che la cassazione sta espandendo in ogni ambito del processo civile e trova tra i suoi canoni interpretativi quello costituzionale della ragionevole durata del processo.
  - C) *Si esclude che si possa applicare alla pregiudizialità logica l'art. 34 sulla pregiudizialità tecnica*. Quindi, alla domanda "Perché il giudicato si estenda anche alla fattispecie costitutiva serve che nella domanda l'attore abbia chiesto anche l'accertamento della validità ed efficacia?" La risposta che dà la giurisprudenza è negativa. L'articolo 34 è dettato infatti per la pregiudizialità tecnica.
    - Tema più problematico: se nessuno ha chiesto al giudice qualcosa mediante una domanda o un'eccezione relativamente alla validità ed efficacia, quell'accertamento sull'efficacia e validità che passa in giudicato è il più delle volte un accertamento implicito. Il giudice può rilevare d'ufficio alcuni vizi, come la nullità, ma perlopiù i vizi devono essere sollevati dal convenuto. Ma se il convenuto non li solleva e ove possibile il giudice non li rileva d'ufficio, l'accertamento è compiuto soltanto ai fini della decisione della domanda, ma non passa attraverso un'indagine specifica di tutti quegli aspetti che possono mettere in crisi il contratto. Quindi è un passaggio in giudicato che può scontare un accertamento molto superficiale della fattispecie costitutiva. E non si può anche dire che ci sono le impugnazioni ordinarie: io posso impugnare su ciò che il giudice ha negato. Se io non ho domandato niente, il fatto che il giudice abbia ritenuto efficace un contratto valido quando invece è invalido, questo non è censurabile con l'impugnazione.

### Tre concetti diversi

Esistono tre concetti che in qualche modo si distaccano progressivamente dal concetto di pregiudizialità e che quindi vanno tenuti distinti: si tratta di tre situazioni previste dall'ordinamento in cui vi è una relazione qualificata tra due o più azioni davanti ad uffici giudiziari diversi. Noi faremo sempre l'esempio di due processi pendenti, ma potrebbe essere anche più complesso.

#### Riunione di cause oggettivamente connesse (art.40)

- Definizione: Il primo fenomeno è la riunione di cause oggettivamente connesse (connessione oggettiva di azioni). È il caso in cui due azioni aventi in comune oggetto o titolo, anziché essere cumulate nello stesso processo (litisconsorzio facoltativo) sono proposte separatamente davanti a uffici giudiziari diversi. Non vi è pregiudizialità logica né tecnica tra i due diritti fatti valere: pur avendo qualcosa in comune (titolo e/o oggetto), sono tra loro diversi. Riunione del processo => far sì che i due giudizi si riuniscono in uno solo per evitare il rischio di decisioni contrastanti.
- Procedimento: Quando il giudice accerta l'esistenza della connessione oggettiva, deve assegnare un termine perentorio per riassumere la causa connessa davanti al giudice preventivamente adito. Per stabilire quale giudice è stato investito per primo della causa connessa si fa riferimento al momento di notificazione della citazione. La norma aggiunge che la stessa regola si applica in un caso particolare di connessione oggettiva: nel caso in cui ci sia una causa accessoria a una principale. In questo caso non vale il criterio della prevenzione, ma quello della causa principale: la causa accessoria va sempre riassunta davanti al giudice della causa principale e la ragione è legata all'esigenza di non sconvolgere troppo le regole della competenza.
- Limite di opportunità: il giudice istruttore ha il potere di separare le azioni connesse in altrettanti processi o quando ne fanno istanza congiunta le parti o quando la trattazione e decisione congiunta delle cause rischia di pregiudicare o ritardare la definizione del processo. Ma il 40 dice che è esentato dall'ordinare la riassunzione della causa connessa e quindi la riunione dei processi se ritiene che lo stato della causa preventivamente instaurata o della causa principale ostacoli, impedisce una trattazione/decisione esauriente delle cause connesse.
- Come si fa a riunire due azioni oggettivamente connesse esercitate in procedimenti con forme processuali diverse? Ad esempio, un'azione connessa segue il rito ordinario, mentre l'altra azione segue un rito speciale, come il rito del lavoro. Prevale di regola il rito ordinario. L'ultimo comma, poi, dice che si segue il rito ordinario o speciale che si esegue davanti al tribunale se la causa connessa appartiene alla competenza del giudice di pace. L'articolo 274 applica la stessa regola anche nel caso in cui le cause connesse siano pendenti davanti a giudici persone fisiche diverse di un medesimo ufficio giudiziario: non dobbiamo pensare al confronto tra tribunale di Milano e tribunale di Roma, ma a due giudici del tribunale di Milano. Anche in questo caso c'è l'esigenza di riunire la causa, ma essa sarà riunita davanti a un giudice persona fisica.

#### Litispendenza (primo comma dell'art. 39 cpc.)

- Definizione: Negli effetti processuali della domanda, la litispendenza alludeva alla pendenza della lite. Il codice usa il vocabolo litispendenza per alludere a una situazione diversa: una situazione che non ha l'ambizione di presentarsi nella pratica, ma di stabilire un principio che serve per governare lo svolgimento della tutela giurisdizionale secondo un canone di equità. Allude infatti al caso in cui una stessa causa, cioè due azioni identiche siano pendenti davanti a uffici giudiziari diversi. Qui il caso non è più quello di due azioni connesse oggettivamente, ma di due azioni che hanno sia elementi oggettivi sia elementi soggettivi in comune. Si tratta appunto della stessa causa, proposta due volte prima davanti a un ufficio e poi davanti a un altro (nella prassi si verifica quasi mai).
- Bis in idem: La norma serve a fissare il principio del ne bis in idem: quella situazione in cui il rischio di giudicati contrastanti è più elevato e che dipende proprio dal fatto che una stessa causa viene replicata una seconda volta davanti a un giudice diverso. Il principio non va confuso con il giudicato: quando si raggiunge il giudicato formale, cioè quando è decorso il termine per proporre le impugnazioni, l'accertamento giudiziale del diritto contenuto nella sentenza fa stato tra le parti, cioè non è più possibile per le parti tornare a litigare su quella medesima causa. Si discute il caso in cui due processi sono contemporaneamente pendenti.

➤ *Meccanismo per evitare la litispendenza:* Si gioca su due fattori:

- regime di rilevabilità della litispendenza: il rischio di giudicati contrastanti è massimo quando c'è litispendenza; quindi, il regime di rilevabilità è il più ampio possibile: si può rilevare anche d'ufficio in ogni stato e grado.
- Il secondo elemento è quello della cancellazione della causa successivamente instaurata dal ruolo. Non avrebbe senso disporre l'estinzione del processo dopo tre mesi dalla cancellazione della causa dal ruolo. La causa preventiva è quella instaurata per prima sulla base della notificazione dell'atto di citazione. Siccome la domanda può avere anche la forma del ricorso, in questo altro caso il momento che determina la prevenzione è il deposito della stessa nella cancelleria del giudice.

#### **Continenza di azioni (secondo comma dell'art. 39)**

- *Definizione:* situazione intermedia tra la connessione oggettiva di azioni e la litispendenza, perché fa riferimento al caso in cui due o più azioni pendenti davanti a uffici giudiziari diversi, hanno in comune sia i soggetti, sia il titolo da cui derivano e si differenziano soltanto sul piano dell'oggetto. Ma gli oggetti delle due azioni, pur essendo diversi, hanno tra loro una relazione particolare: l'oggetto dell'una contiene in sé l'oggetto dell'altro. L'azione continentente oggetto più ampio, azione contenuta quello meno.
- Il fenomeno a cui pensa la legge è la *continenza quantitativa*: il rapporto tra oggetti si misura da un punto di vista quantitativo.
- a. *Esempio:* in un'azione chiedo la condanna del debitore al pagamento di tutte le rate scadute. In un altro processo chiedo, nei confronti dello stesso convenuto, il pagamento di alcune soltanto delle rate già scadute.
  - b. *È rilevabile anche d'ufficio* in ogni stato e grado del processo: la continenza è un caso di litispendenza parziale.
  - c. *Giudice competente:* se è il giudice adito per primo ad essere competente anche a decidere la causa instaurata successivamente perché è una causa con oggetto più piccolo, spetta al giudice adito successivamente sulla causa più piccola, una volta rilevata la continenza, assegnare un termine perentorio perché le parti la riassumano di fronte al primo giudice competente per la causa più grande. Se invece il giudice adito per primo non è competente a decidere anche la causa successiva e perché quest'ultima ha un oggetto più grande, spetterà al primo giudice assegnare alle parti il termine per la riassunzione della causa davanti al giudice successivamente adito.
  - d. *Perplessità:* è abbastanza priva di rilevanza pratica => chi ha promosso un'azione per la condanna al pagamento di tutte le rate, difficilmente poi propone un'azione per la condanna al pagamento di sole alcune di quelle rate. Più probabile che si instauri la situazione contraria, ma lo stesso complicato. Basterebbe dire che il giudice dinanzi al quale è stata proposta la causa più piccola semplicemente disponga la cancellazione di quella causa davanti a sé pendente dal ruolo.
- *Continenza qualitativa:* si è osservato che il meccanismo previsto assume un significato diverso e quindi un'utilità maggiore se non si pensa tanto al fenomeno della continenza quantitativa, ma a quello della continenza qualitativa. Con questa espressione si allude al fatto in cui le due azioni in rapporto di continenza non hanno tanto due oggetti di cui l'uno è ricompreso quantitativamente nell'altro, ma azioni in cui l'oggetto dell'una esaurisce o assorbe la tutela giurisdizionale che può essere ottenuta con l'altra azione.
- a. *Esempio:* taluno proponga l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento e il convenuto eccepisca (o il giudice rilevi) la nullità di quel contratto: l'azione di nullità e l'azione di risoluzione stanno in rapporto di continenza. Non c'è più alcun interesse, per la parte che chiede la risoluzione, a ottenere questo effetto costitutivo se interviene l'accertamento della nullità e quindi dell'assenza ab origine di qualsiasi effetto del contratto.
  - b. In questa prospettiva ha senso prevedere un meccanismo che non cancelli la causa contenuta, ma che la faccia riassumere davanti al giudice della causa più grande. Il giudice della causa più grande (sulla nullità, nel nostro esempio) potrebbe ritenere l'azione di nullità infondata e quindi il giudice dovrebbe poi decidere sulla risoluzione. L'unico meccanismo che consente quindi la decisione su entrambe le domande (nel caso quella

più ampia sia infondata) è quella di riassumere la causa più piccola davanti al giudice della causa più grande (e poco importa se è quello adito per primo o per secondo).

- c. La continenza qualitativa è un caso di pregiudizialità di merito in senso logico? La nullità del contratto è un antecedente logico necessario per l'azione di risoluzione del contratto. Solo se il contratto non è nullo, si può disquisire sulla sua eventuale risoluzione per inadempimento. Ma se è nato invalido e inefficace, allora non ha senso valutare la risoluzione per inadempimento perché semplicemente non esisteva un contratto.

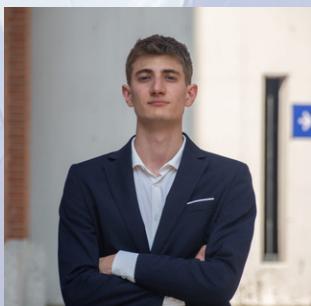
## PER DUBBI O SUGGERIMENTI SULLA DISPENSA



**GIORGIO COLLEONI**

[giorgio.colleoni@studbocconi.it](mailto:giorgio.colleoni@studbocconi.it)  
[@giocolleoni](https://www.instagram.com/giocolleoni)  
+39 3889097265

## PER INFO SULL'AREA DIDATTICA



**NICOLA COMBINI**

[nicola.combini@studbocconi.it](mailto:nicola.combini@studbocconi.it)  
[@nicolacombini](https://www.instagram.com/nicolacombini)  
+39 3661052675

**MARTINA PARMEGIANI**

[martina.parmegiani@studbocconi.it](mailto:martina.parmegiani@studbocconi.it)  
[@martina\\_parmegiani05](https://www.instagram.com/martina_parmegiani05)  
+39 3445120057

**MARK OLANO**

[mark.olano@studbocconi.it](mailto:mark.olano@studbocconi.it)  
[@mark\\_olano.\\_](https://www.instagram.com/mark_olano._)  
+39 3713723943



TEACHING DIVISION



## ■ NOSTRI PARTNERS



Wall  
Street  
English®



TEGAMINO'S



ETHAN  
SUSTAINABILITY

700+  
CLUB



LA PIADINERIA

