

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Studio del libro "diritto processuale civile" (volume primo "principi generali" e volume secondo "il processo ordinario di cognizione") di Luiso e dal libro "corso di diritto processuale civile" (volume terzo) di Mandrioli, Carratta

TIPI DI TUTELA GIURISDIZIONALE

- 1) Tutela dichiarativa
- 2) Tutela esecutiva
- 3) Tutela cautelare

TUTELA ESECUTIVA

- Ordinamento impone a un soggetto di tenere un comportamento funzionale alla soddisfazione di una sostanziale protetta. Quando comportamento dovuto non è stato tenuto l'attività dichiarativa non è sufficiente per la soddisfazione della situazione sostanziale protetta. In questo caso è necessaria la tutela esecutiva. La tutela dichiarativa può rendersi eventualmente necessaria solo ove il titolare del diritto si debba procurare un **titolo esecutivo** che è il presupposto indispensabile del processo esecutivo (in tal caso avremo un provvedimento di condanna). Quindi, la tutela dichiarativa non è un prius logico e cronologico alla tutela esecutiva, infatti il ricorso alla tutela dichiarativa da parte del titolare del diritto insoddisfatto a causa dell' inadempimento dell' obbligato si rende necessario solo ove non esista già un titolo esecutivo stragiudiziale, e quindi il titolare debba procurarsi un titolo esecutivo giudiziale attraverso il processo di cognizione, ma anche questo non è pur sempre vero giacché nelle procedure concorsuali di tutela esecutiva l' unico presupposto processuale è la situazione di insolvenza del debitore.

Tipi di tutela esecutiva

- **Esecuzione forzata diretta**: attività non tenuta da obbligato è sostituita da corrispondente attività dell'organo giurisdizionale; Attività surrogatoria (sostitutiva) è possibile finché per creditore è indifferente che soddisfazione del suo diritto provenga da un soggetto diverso dall'obbligato. Quando non è indifferente bisogna ricorrere alle forme di:
- **Esecuzione forzata indiretta**: è previsto a carico dell'obbligato il prodursi di determinate conseguenze sfavorevoli (sanzione penale, obblighi di pagamento verso lo stato o verso il creditore) come conseguenza del persistere dell'inadempimento

TUTELA DICHIARATIVA

La tutela dichiarativa può concludersi con questi tre tipi di provvedimento:

- 1) **Provvedimento di mero accertamento**: accerta l'esistenza, il contenuto del diritto da tutelare
- 2) **Provvedimento di condanna**: accerta un diritto e impone un certo comportamento per sanare la lesione subita; consente l'esperibilità della tutela esecutiva
- 3) **Pronuncia costitutiva**: la pronuncia crea, modifica o estingue una situazione giuridica.

(**diritto potestativo**: la manifestazione di volontà di un soggetto produce un effetto nella sfera giuridica di un altro soggetto. Talvolta la volontà è manifestata con un atto di diritto sostanziale (recesso da un contratto nel quale sia stabilita una caparra penitenziale: art. 1386 cc.): in questi casi il diritto potestativo si esercita stragiudizialmente. Altre volte il diritto potestativo si esercita giudizialmente: l'effetto giuridico è prodotto dal provvedimento, che viene appunto denominato costitutivo).

TUTELA CAUTELARE

- Dal momento della richiesta dell'intervento dell'organo giurisdizionale al momento in cui la tutela è effettivamente impartita, *passa del tempo*. Questo *tempo può diminuire l'interesse* alla tutela giurisdizionale di chi ha chiesto la tutela. **Occorre che la tutela nel momento in cui viene concessa abbia per la parte avente diritto la stessa utilità che avrebbe avuto se gli fosse stata data nel momento in cui l'ha richiesta.** *La durata del processo non deve danneggiare la parte che ha ragione.* Per venire incontro a questi problemi vi è la tutela cautelare.
- È concessa **senza una completa cognizione** di chi abbia ragione e chi torto. Deve infatti essere impartita **velocemente (sommarietà della cognizione)**.
- **Contenuto della tutela:** vario, custodia del bene, anticipazione di quelli che potrebbero essere gli effetti del provvedimento finale.
- La tutela cautelare è **provvisoria**, limitata all'arco temporale del processo cui è funzionale dopodiché è **sostituita dalla misura giurisdizionale definitiva** vuoi di cognizione, vuoi di esecuzione

I PRINCIPI COSTITUZIONALI IN TEMA DI GIURISDIZIONE

- Art. 24 costituzione, primo comma:

"Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"

Dove c'è una situazione sostanziale protetta ivi deve essere possibile la tutela giurisdizionale.

Casi in cui la **tutela giurisdizionale** è compressa o condizionata:

- 1) **Autodichia degli organi costituzionali** (parlamento, presidenza della repubblica, corte costituzionale).

Dipendenti di questi organi rispetto alle loro pretese legate al loro rapporto di lavoro non possono chiedere la tutela giurisdizionale ma devono richiedere al loro datore di lavoro (gli organi stessi) il riconoscimento delle proprie pretese. Camera dei deputati e senato hanno esteso l'autodichia anche al rapporto con i terzi, tuttavia sia la corte costituzionale che la corte di cassazione hanno escluso che quando il rapporto con i terzi è disciplinato dalla normativa di diritto comune e non dalla normativa del parlamento l'autodichia possa trovare applicazione.

- 2) **Arbitrato obbligatorio** (corte costituzionale ne ha dichiarato l'incostituzionalità)

- 3) **Giurisdizione condizionata** (quando ci sono delle condizioni da adempiere prima di proporre la domanda al giudice; ok quando il condizionamento è utile al fine di un miglior svolgimento dell'attività giurisdizionale.)

4) possibilità di esperire ricorsi amministrativi avverso provvedimenti della pubblica autorità e coordinamento di tali ricorsi con la tutela giurisdizionale.

La corte costituzionale ha affermato che l'esperibilità dei ricorsi amministrativi deve essere intesa come facoltativa nel senso che l'interessato deve poter scegliere tra l'azione di fronte al giudice e l'utilizzazione del rimedio amministrativo. È invece incostituzionale rendere obbligatorio il previo esperimento del rimedio amministrativo rispetto all'azione in giudizio

Principio della effettività della tutela giurisdizionale: l'ordinamento deve garantire a chi ne ha bisogno una tutela giurisdizionale effettiva (necessità della tutela cautelare).

• **Art. 24, secondo comma:**

"La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento"

- La norma ha rilievo per ogni fenomeno processuale, anche nel processo arbitrale
- **Contemperamento** del primo e del secondo comma dell'art.24, cioè del **diritto di azione** e del **diritto di difesa**; talvolta la necessità di una effettiva tutela giurisdizionale può far sì che il diritto di difesa della controparte possa, sia pure per il momento e provvisoriamente, subire determinate limitazioni.

ESEMPIO: *Tizio avanza delle pretese in ordine a certi beni mobili che si trovano nel possesso di Caio e vi è pericolo che tali beni possano essere dispersi o alienati. Vi è necessità di un provvedimento cautelare: i beni devono essere custoditi. Se per l'emanazione del provvedimento cautelare fosse necessario rispettare il diritto di difesa della controparte, cioè avvertirla e instaurare il contraddittorio prima che il giudice conceda il provvedimento richiesto, la controparte, quando venisse a conoscenza della richiesta cautelare potrebbe portare via i beni e nasconderli. Si rende allora necessario consentire l'emanazione del provvedimento cautelare senza avvertire la controparte e assicurare preventivamente la custodia dei beni e poi svolgere una fase successiva di controllo e conferma del provvedimento cautelare, questa volta nel contraddittorio della controparte. (compressione del diritto di difesa della controparte).*

- ❖ La **compressione del diritto di difesa** deve essere circoscritta nel tempo e strettamente **limitata a quelle ipotesi in cui non c'è altro sistema per poter dare a chi la richiede una tutela effettiva**. Inoltre tale compressione deve informarsi al cosiddetto **principio del minimo mezzo**: in base a tale principio la *deviazione dalle regole generali deve essere la minima indispensabile per raggiungere il risultato voluto e niente di più*.
- ❖ L'articolo 24 garantisce il diritto d'azione e di difesa a tutela di diritti e interessi legittimi a condizione che questi siano effettivamente esistenti. Per questo motivo vi è la possibilità che siano poste a carico della parte soccombente una serie di conseguenze sfavorevoli, spese e danni derivanti dal processo.

• Art. 111, secondo comma, costituzione:

"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"

- Garanzia dell'attuazione del **contraddittorio** in ogni processo. Il processo è un fenomeno caratterizzato dal contraddittorio.
- Principio del contraddittorio: possibilità di replica ai mezzi di attacco e di difesa, agli argomenti e alle attività in genere posti in essere dagli altri soggetti.
- Anche le **iniziative ufficiose del giudice** (gli atti cioè che durante il processo sono compiuti dal giudice stesso e non dalle parti) devono essere **sottoposte al principio del contraddittorio**. Le questioni rilevabili di ufficio devono essere sottoposte al contraddittorio delle parti.

- Statuizione del principio del contraddittorio nel codice di procedura civile (cpc):

Art.101 cpc:

"Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa.

Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione."

- **Contraddittorio nel processo dichiarativo:** vi è incertezza sulla situazione da tutelare, a questa incertezza corrisponde un contraddittorio a bilateralità perfetta di poteri fra l'attore ed il convenuto e tra le parti ed il giudice.
- **Contraddittorio nel processo esecutivo:** nell'esecuzione forzata si dà per presupposto che esista il diritto da tutelare, in relazione a questo profilo il contraddittorio è quindi meramente eventuale, in quanto è rimesso alla volontà dell'esecutato il potere di utilizzare alcuni strumenti destinati a verificare l'esistenza del diritto a tutela del quale si procede ad esecuzione forzata. Anche nel processo esecutivo vi è però contraddittorio pieno per ciò che riguarda le misure esecutive che debbono prendere gli organi del processo.

❖ Applicazione del principio del contraddittorio in alcuni procedimenti speciali.

i. **Processi a cognizione piena**: un processo si qualifica a cognizione piena quando *le parti possono portare il loro contributo in ordine a tutte le questioni rilevanti ai fini della decisione utilizzando tutti i mezzi che a tal fine il sistema prevede*.

Sono a cognizione piena il processo ordinario e i processi speciali che sono previsti per fornire la tutela dichiarativa in alcune particolari categorie di controversie in quanto sono ritenuti più adatti alle peculiarità delle stesse. In tutti i casi le particolarità dei processi speciali a cognizione piena non impediscono l'attuazione dei principi costituzionali. Poiché non vi è un modello costituzionalmente vincolante di processo il legislatore ordinario può liberamente istituire processi speciali semplicemente rispettando il principio di ragionevolezza.

i. **Processi sommari**: *non prevedono una trattazione piena ed esauriente della controversia*.

La **limitazione** può derivare a) dal fatto che **talune questioni pur rilevanti vengano escluse dalla trattazione**, b) o dal fatto che **non possono essere utilizzati tutti i mezzi di prova previsti dal sistema**, c) o ancora dal fatto che **l'istruttoria è effettuata in modo atipico cioè senza seguire le regole ordinarie**.

I processi che sono sommari in ragione di **a) e b)** soggiacciono ad una regola costante: *ciascuna delle parti deve poter ottenere semplicemente manifestando la sua volontà in tal senso l'instaurazione di un processo a cognizione piena il cui atto conclusivo sostituisca gli effetti prodotti dal provvedimento emesso nel processo sommario*.

• **Art. 24, terzo comma:**

"Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione"

- DPR 30 maggio 2002 numero 115 contiene la disciplina generale dell'assistenza ai non abbienti in tutti i processi:

Limite massimo di reddito; domanda all'ordine degli avvocati, se questa non viene accolta: domanda al giudice di merito. Il difensore è scelto dalla parte ed è retribuito dallo stato. L'ammissione al beneficio determina l'esenzione dal pagamento dei tributi e delle tasse inerenti al processo nonché la retribuzione del consulente tecnico di parte ove il giudice disponga la consulenza tecnica di ufficio. Esistono altre istituzioni di natura privata che offrono assistenza legale: sindacati patronati per controversie pensionistiche.

- Art. 101 cost., primo comma :

"La giustizia è amministrata in nome del popolo"

- Art. 101 cost., secondo comma:

"I giudici sono soggetti soltanto alla legge"

- **Art. 102, cost., secondo comma:**

"Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura"

- **Giudici straordinari:** quello *istituito e incaricato della materia post factum*. Il giudice deve essere precostituito per la fondamentale garanzia di imparzialità rispetto all'oggetto della lite.
- **Giudici speciali:** *istituiti dalla legge prima del fatto con competenza solo su determinate materie ma nell'ambito di quella materia per tutte le controversie che in essa rientrano*. I giudici speciali *non godono di tutte le garanzie proprie della magistratura ordinaria e proprio per questo la costituzione ne impedisce la istituzione*.

• **Art. 103 cost. :**

"Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi

La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge .

I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate"

- **diritto soggettivo**: attribuisce il potere di far valere davanti a un giudice un proprio interessi riconosciuto meritevole di tutela da una norma
- **interesse legittimo**: interesse del soggetto a che gli organi della pubblica amministrazione svolgano la loro funzione nel rispetto delle norme giuridiche poste per disciplinare la loro attività

Nel nostro sistema vi sono **due giudici diversi per le controversie di diritto pubblico**:

- I. il **giudice ordinario** quando si tratta di **diritti soggettivi**,
- II. il **giudice amministrativo** quando si tratta di **interessi legittimi**.

Gli organi di giurisdizione amministrativa hanno peraltro **giurisdizione anche relativamente a taluni diritti soggettivi** sempre naturalmente nelle materie disciplinate dal diritto pubblico.

Le controversie di diritto privato con una pubblica amministrazione appartengono tutte al giudice ordinario.

• Art. 111, primo, secondo, sesto:

*"La giurisdizione si attua mediante il **giusto processo** regolato dalla legge.*

*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**.*

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati."

I TIPI DI PROVVEDIMENTO

➤ **Sentenza**: le sentenze sono i provvedimenti che concludono il processo in un certo grado del suo sviluppo e che comunque anche se non concludono il processo hanno uno dei contenuti previsti dell'articolo 279 secondo comma cpc.

Art. 279 cpc, secondo comma:

"Il collegio pronuncia **sentenza**:

- 1) quando **definisce il giudizio**, decidendo **questioni di giurisdizione** ;
- 2) quando **definisce il giudizio**, decidendo **questioni pregiudiziali attinenti al processo o questioni preliminari di merito**;
- 3) quando **definisce il giudizio**, decidendo **totalmente il merito**;
- 4) *quando, decidendo alcune delle questioni di cui ai numeri 1, 2 e 3, non definisce il giudizio e impedisce distinti provvedimenti per l'ulteriore istruzione della causa* ;
- 5) quando, valendosi della facoltà di cui agli articoli 103, secondo comma, e 104, secondo comma, *decide solo alcune delle cause fino a quel momento riunite, e con distinti provvedimenti dispone la separazione delle altre cause e l'ulteriore istruzione riguardo alle medesime, ovvero la rimessione al giudice inferiore delle cause di sua competenza.*"

➤ La **sentenza** una volta pronunciata **esaurisce il potere giurisdizionale** del **giudice** che l'ha emessa, è da lui **irrevocabile** ed il suo **contenuto** è per lui **vincolante**. La sentenza **può essere rimossa** solo attraverso i **mezzi di impugnazione** che l'**ordinamento prevede**. Tutte le sentenze **devono essere motivate**

Art.132 cpc

"La sentenza reca l'intestazione «Repubblica italiana», ed è pronunciata «In nome del popolo italiano». Essa **deve contenere**:

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

La sentenza emessa dal giudice collegiale è sottoscritta soltanto dal presidente e dal giudice estensore. Se il presidente non può sottoscrivere per morte o per altro impedimento, la sentenza viene sottoscritta dal componente più anziano del collegio, purché prima della sottoscrizione sia menzionato l'impedimento; se l'estensore non può sottoscrivere la sentenza per morte o altro impedimento è sufficiente la sottoscrizione del solo presidente, purché prima della sottoscrizione sia menzionato l'impedimento"

- **Dispositivo**: *È la parte della sentenza che enuncia la vera e propria decisione del giudice*

- **Giudice collegiale**: Si tratta di un **organo giudicante composto da più soggetti**. La composizione varia a seconda dei casi: il tribunale e la corte d'appello sono composti da tre giudici; la corte d'assise giudica con il numero invariabile di otto votanti; la Corte di Cassazione, in ciascuna sezione, è composta da un numero invariabile di cinque votanti; le Sezioni Unite giudicano con il numero di nove votanti.
La funzione di **presidente del collegio** viene svolta da uno dei suoi componenti. A seguito della soppressione dell'ufficio del Pretore, il d.lgs. 19.2.1998, n. 51 ha ribadito che **di regola il tribunale opera in composizione monocratica (art. 50 ter cpc)** e ha limitato la **decisione collegiale ad alcuni casi tassativamente determinati (art 50 bis cpc)**.
- **Giudice estensore**: Si tratta del giudice che materialmente redige la sentenza.

- **Art. 133 cpc:**

"La **sentenza** è resa **pubblica** mediante **deposito nella cancelleria** del giudice che l'ha pronunciata.

Il **cancelliere** dà atto del deposito in calce alla **sentenza** e vi **appone la data e la firma**, ed entro **cinque giorni**, mediante **biglietto** contenente **il testo integrale della sentenza**, ne **dà notizia alle parti che si sono costituite**. La comunicazione non è idonea a far decorrere i termini per le impugnazioni di cui all' art. 325"

- **Cancelliere:** È l'organo individuale con funzione di assistenza e collaborazione alle attività del giudice. E' funzionario dirigente degli uffici giudiziari. L'istituzione di una cancelleria presso ciascun organo giurisdizionale è prevista dall'art. 3 dell'ordinamento giudiziario. In ambito civile, le funzioni principali del cancelliere sono quelle di documentazione delle attività inerenti al processo e di rilascio di copie ed estratti autentici dei documenti conservati in cancelleria.

- **Biglietto:** È così definita la comunicazione da parte della cancelleria di un atto che interessa il procedimento pendente (art 136 cpc): il biglietto contiene gli estremi dell'atto e una sua riproduzione completa o parziale. Attualmente, i biglietti di cancelleria cartacei (in precedenza comunicati a mezzo fax, posta o ufficiali giudiziari) vengono trasmessi in via telematica alla casella di posta elettronica certificata comunicata dalla parte all'inizio del procedimento.

- **Ordinanza**: L'ordinanza e il decreto costituiscono provvedimenti minori in quanto sono destinati a risolvere **questioni interne al singolo processo**.

L'ordinanza **non esaurisce il potere giurisdizionale del giudice** che la emette, **non** è da lui **irretrattabile né è per lui vincolante**.

Art. 134 cpc:

"L'**ordinanza** è succintamente **motivata**. Se è pronunciata in udienza, è inserita nel processo verbale; se è pronunciata fuori dell'udienza, è scritta in calce al processo verbale oppure in foglio separato, munito della data e della sottoscrizione del giudice o, quando questo è collegiale, del presidente.

Il cancelliere comunica alle parti l'ordinanza pronunciata fuori dell'udienza, salvo che la legge ne prescriva la notificazione."

- **Decreto:** I decreti sono inferiori rispetto alle ordinanze e **normalmente non sono motivati**. Quando in seguito al deposito di un ricorso il giudice deve fissare un'udienza la fissa con decreto e la motivazione è superflua perché è la stessa parte che chiede l'emanazione del decreto, la controparte deve comunque essere evocata in giudizio. In virtù della previsione costituzionale si deve in ogni caso ritenere che ove il decreto non abbia un contenuto vincolato esso debba essere, sia pur succintamente, motivato.

Art.135 cpc:

"Il decreto è pronunciato d'ufficio o su istanza anche verbale della parte.

Se è pronunciato su ricorso, è scritto in calce al medesimo.

Quando l'istanza è proposta verbalmente, se ne redige processo verbale e il decreto è inserito nello stesso.

Il decreto non è motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge; è datato ed è sottoscritto dal giudice o, quando questo è collegiale, dal presidente."

Art. 111, settimo comma, costituzione:

"Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione"

- Violazione di legge: errore di diritto
- Legge: norma di diritto

- Corte di cassazione

Funzione nomofilattica: crea uniformità nell'interpretazione della legge attraverso le sue sentenze.



- Art. 65 ordinamento giudiziario, primo comma:

"La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge."

- *Come fa la corte costituzionale ad esercitare la funzione nomofilattica dal momento che nel nostro ordinamento non vige il vincolo del precedente?*

Una risposta la troviamo sicuramente nell'autorevolezza dell'organo: *le sentenze della Corte di Cassazione possono, se convincenti, indurre gli altri giudici ad adeguarsi*. La parte soccombente ha diritto di impugnare la sentenza dissidente e di farla annullare della Cassazione. Ciò può indurre il giudice ad adeguarsi al precedente anche se egli non è del tutto convinto, sapendo che comunque la sua decisione divergente potrebbe essere annullata.

Quindi le funzioni dell'articolo 111 sono:

- 1) Consentire alla Corte di Cassazione di potersi pronunciare su tutte le questioni di diritto esistenti nell'ordinamento senza che tale funzione sia subordinata a scelte insindacabili del legislatore ordinario.
- 2) Rendere possibile portare dinnanzi alla Corte le sentenze che si discostano dal precedente.

- **Definizione di sentenza per la Corte di Cassazione:** la Corte di Cassazione ha interpretato il termine **sentenza** dell'articolo 111 costituzione **in senso non formale sebbene sostanziale**: *non come provvedimento che ha la forma della sentenza secondo le leggi ordinarie ma come provvedimento che ha gli effetti caratteristici, la sostanza della sentenza e quindi svolge il ruolo che normalmente svolge la sentenza. Quindi anche le questioni di diritto sorte in un procedimento che si conclude con un decreto o un'ordinanza possono essere sottoposte all'attenzione della Cassazione.*

• **Art. 113 cost.**

"Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa."

- **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**

Art.6, primo periodo primo comma:

"Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti."

❖ *La persona lesa può ricorrere alla commissione europea, la quale, effettuata un'istruttoria, può deferire lo stato innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*

- Nell'Unione Europea sono i giudici degli Stati membri dover applicare il diritto comunitario, che naturalmente prevale, ove contrastante, sul diritto interno. Ciò significa che l'interpretazione e l'applicazione delle norme comunitarie è affidata ai singoli giudici statuali. Vi è quindi il rischio che tali norme siano diversamente interpretate ed applicate nei singoli Stati membri. Questo inconveniente è fronteggiato dalla presenza di un organo giurisdizionale comune: la corte di giustizia dell'unione europea (ruolo nomofilattico). Quando il giudice di uno Stato membro si trova a dover fare applicazione di una norma comunitaria la cui interpretazione lascia qualche dubbio può sospendere il processo innanzi a sé, rimettere la questione interpretativa alla Corte europea la quale dalla soluzione al dubbio sollevato. Il rinvio pregiudiziale, facoltativo per i giudici non di vertice, è obbligatorio quando il dubbio interpretativo sorga innanzi ad una corte Suprema. La decisione della Corte di giustizia è vincolante per il giudice che ha sollevato la questione.

IL CODICE DI PROCEDURA CIVILE

Struttura:

- 1) Primo libro: **disposizioni generali** (vale per tutti i tipi di processo ma è stato pensato per quello di cognizione quindi quando bisogna applicarlo agli altri tipi di processo bisogna adattarlo agli stessi).
 - 2) Secondo libro: **processo di cognizione**
 - 3) Terzo libro: **esecuzione forzata**
 - 4) Quarto libro: **Procedimenti speciali.**
- Il codice di procedura civile *regola dei comportamenti, quelli che bisogna tenere durante il processo, e allo stesso tempo regola il modo in cui risolvere la mancata osservanza delle regole processuali stesse.*
- **Questioni di rito:** riguardano le regole procedurali. *Normalmente sono pregiudiziali alle questioni di merito nel senso che devono essere decise prima che si decida nel merito.* Tuttavia la trattazione delle questioni di merito può avvenire contemporaneamente alla trattazione delle questioni di rito.

- Vi sono questioni di diritto che non incidono sulla possibilità di emettere una decisione nel merito ma sul suo contenuto in quanto riguardano la individuazione del materiale utile per decidere nel merito.
- Vi sono questioni di rito che è necessario risolvere per giungere all'esame del merito: sono chiamate **presupposti processuali**.

LA PROPOSIZIONE DELLA DOMANDA

➤ La proposizione della domanda avviene necessariamente con l'**atto introduttivo del processo**; l'atto del processo che contiene la domanda può essere variamente regolato dal legislatore.

➤ **Contenuto minimo della domanda:**

1) con la domanda **si deve chiedere la tutela di un diritto**, *non si può chiedere la risoluzione di questioni rilevanti per l'esistenza-inesistenza del diritto*; **non si può frazionare un credito** -tranne che eccezionalmente vi sia uno specifico interesse meritevole di tutela - chiedere in processo 500 su un credito di 1000 (ratio (motivazione): non far sprecar tempo al sistema processuale pubblico)

2) La domanda deve **chiedere di risolvere la controversia** dettando le regole di condotta concrete utili per risolvere la stessa.

3) Nella domanda **deve essere specificata la lesione subita, l'illecito altrui.**

INDIVIDUAZIONE DEL DIRITTO – DIRITTI AUTOINDIVIDUATI

➤ Individuazione dei **diritti autoindividuati**

I diritti autoindividuati sono i diritti assoluti, ivi compresi i diritti reali e i diritti personali di godimento.

- ❖ **Diritti assoluti:** I **diritti assoluti** sono quelle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio tutelate *erga omnes* ovvero nei confronti di tutti gli altri consociati, senza la loro necessaria cooperazione e dunque, ai fini della loro integrazione, non è necessaria l'esistenza di un rapporto giuridico (diritto di proprietà)
- ❖ **Diritti reali:** fan parte dei diritti assoluti. Sono diritti soggettivi che attribuiscono al titolare un potere immediato e assoluto sulla cosa. Si parla di diritto reale perché è un diritto che ha per oggetto una cosa (*res*). Caratteristiche dei diritti reali sono: l'**assolutezza**, cioè possono essere fatti valere *erga omnes*, contro tutti, e non solo contro l'alienante; l'**immediatezza** del potere sulla cosa, senza che sia necessaria la cooperazione di altri soggetti come, ad esempio, nelle obbligazioni; la **tipicità**, cioè sono tali soltanto quelli stabiliti dalla legge (si parla di numero chiuso); la **patrimonialità**, in quanto il contenuto è suscettibile di essere valutato economicamente. All'interno della categoria dei diritti reali, si distinguono i c.d. *ius in re propria* e quelli *in re aliena*: il primo tipo è rappresentato dal diritto di proprietà (art. 832 del c.c.), mentre i secondi sono i diritti reali su cosa altrui, o diritti "limitati", che si esercitano su cose di cui proprietario è un altro soggetto, con conseguente riduzione delle facoltà concesse al titolare del diritto. A loro volta, i diritti reali su cosa altrui si distinguono in diritti di godimento (superficie, enfiteusi, usufrutto, uso, abitazione), da non confondere con i **diritti personali di godimento**, che richiedono sempre l'intervento di un altro soggetto (es. bene concesso in locazione); e diritti reali di garanzia, che costituiscono un vincolo giuridico sul bene per la tutela di un credito (pegno e ipoteca).

- ❖ **Diritti assoluti non reali: diritti della personalità:** sono diritti soggettivi assoluti aventi ad oggetto aspetti essenziali della personalità umana. Non hanno carattere patrimoniale, sono inalienabili, intrasmissibili, irrinunciabili, imprescrittibili (ad esempio diritto al nome, alla riservatezza, alla vita ed all'integrità fisica).
- ❖ Sono diritti autoindividuati anche quelli derivanti dal matrimonio e dalla successione mortis causa.

Dunque, i diritti autoindividuati si individuano sulla base di tre elementi:

- 1) Il titolare del diritto
- 2) Il bene che ne costituisce l'oggetto
- 3) Il tipo di utilità garantito dall'ordinamento, cioè il tipo di diritto che ha ad oggetto quel bene (ad esempio servitù, locazione, comodato, usufrutto)

INDIVIDUAZIONE DEL DIRITTO – DIRITTO ETEROINDIVIDUATO

Diritti etero individuati: *hanno bisogno della loro fattispecie acquisitiva per essere individuati*. Nei diritti di obbligazione aventi ad oggetto prestazioni ripetibili il moltiplicarsi delle fattispecie acquisite determina il moltiplicarsi dei diritti, se nascono tre crediti da 100 dovranno essere dati 300.

INDIVIDUAZIONE DEL DIRITTO – DIRITTO POTESTATIVO

Diritti potestativi: esempio: vi è un contratto in cui si può esercitare il potere potestativo consistente nell'annullare il contratto quando c'è errore, violenza o dolo.

Abbiamo tre alternative:

- 1) esistono tanti diritti potestativi quanti sono stati i doli, le violenze, gli errori.
- 2) vi può essere un diritto potestativo solo per la violenza, uno solo per il dolo e uno solo per l'errore.
- 3) vi può essere un solo diritto potestativo per tutti gli errori, i doli e le violenze.

Più sono i diritti potestativi più possono essere le possibilità di agire in giudizio. Se vi è un solo diritto potestativo si può agire una sola volta per tutti i doli, le violenze e gli errori e ciò può portare a una decisione ingiusta perché i fatti non dedotti sono preclusi e non potranno mai essere esaminati da alcun altro giudice.

GLI EFFETTI DELLA DOMANDA:

➤ **Effetti meramente procedurali:** non sono propriamente effetti della domanda ma dell'atto che la contiene e sono costituiti dal potere di compiere gli atti immediatamente successivi alla domanda. Se la domanda è proposta con citazione gli atti immediatamente successivi sono il deposito della citazione notificata nella cancelleria dell'ufficio giudiziario indicato nella citazione stessa; a tale atto segue l'iscrizione al ruolo, la formazione del fascicolo di ufficio e la nomina del giudice incaricato della trattazione della causa.

➤ **Effetti sostanziali della domanda:** gli effetti sostanziali della domanda incidono sul contenuto di merito della pronuncia.

Due categorie:

a) **Ipotesi in cui per la produzione degli effetti è rilevante la proposizione della domanda.**

ESEMPIO: *Articolo 2943 codice civile: la prescrizione viene interrotta dalla notificazione dell'atto con cui si inizia un giudizio. La domanda interrompe la prescrizione in quanto atto di esercizio del diritto. La domanda giudiziale interrompe la prescrizione; durante il tempo in cui dura il processo vi è la sospensione dello scorrimento della prescrizione. Tuttavia l'effetto sospensivo si perde se non si giunge a una sentenza di merito.*

Gli effetti sostanziali appartenenti a questa categoria si producono per il solo fatto che la domanda è proposta ed è irrilevante che il processo giunga ad una decisione di merito

B) **Effetti sostanziali che presuppongono l'accoglimento della domanda.** Questi effetti si producono solo se la domanda sarà accolta cioè se sarà riconosciuto esistente il diritto che è fatto valere nel processo. Questi effetti servono per fare in modo che la durata del processo non arrechi danno alla parte che ha ragione. Abbiamo visto che per risolvere questo problema viene in soccorso la tutela cautelare, può però accadere che il pregiudizio derivi non dal fluire della realtà materiale esterna al processo ma dalla stessa applicazione del diritto sostanziale.

- **Esempio:** colui che possiede un bene senza esserne proprietario è tenuto a restituire i frutti al proprietario se li ha percepiti in malafede, in caso contrario fa propri tali frutti (art. 1148 c.c.). Durante il tempo in cui dura il processo, a meno che non riesca a dimostrare la malafede di Caio, Tizio non potrà avere i frutti che sono maturati durante il corso del processo. Per evitare questo pregiudizio a Tizio viene in soccorso la norma sostanziale speciale secondo la quale il convenuto in rivendicazione che perde la causa deve restituire tutti i frutti che ha percepito dopo la domanda giudiziale anche se era in buona fede. L'effetto sostanziale, quindi la restituzione dei frutti da parte del convenuto anche se era in buona fede, è riconlegato all'accoglimento della domanda perché il rigetto della domanda implica che l'attore non è proprietario e quindi non ha diritto alla restituzione dei frutti.

LIMITI DELLA GIURISDIZIONE

La **giurisdizione** del **giudice ordinario** trova **tre limiti**:

- 1) In relazione alla persona del **convenuto**: l'art. 3 della legge 218/1995 dice che può essere *convenuto in giudizio in Italia chi ha il domicilio o la residenza in Italia*. Il **criterio è residuale** perché si applica laddove non esistono convenzioni e accordi internazionali che regolino diversamente la materia;
- 2) nei confronti degli **altri poteri pubblici**: *in concreto la zona in cui può sorgere un conflitto con un altro potere pubblico è il confine fra la giurisdizione ordinaria e la pubblica amministrazione*. Controversie con il potere legislativo sono più difficilmente configurabili;
- 3) nei confronti degli **organi giurisdizionali speciali**: *la giurisdizione ordinaria ha portata generale, le giurisdizioni speciali sottraggono delle materie alla giurisdizione ordinaria*. Un settore nel quale ad esempio vi è carenza di giurisdizione del giudice ordinario riguarda la **legittimità costituzionale delle norme primarie**, il cui **sindacato** è **sottratto al giudice ordinario e attribuito alla Corte costituzionale**.

- **Art.5 cpc:**

"La giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo"

Eccezione: le sentenze della Corte costituzionale che dichiarano illegittima la norma attributiva della giurisdizione o della competenza. In tal caso, se nel processo in corso la questione di giurisdizione o di competenza non è ancora preclusa può essere ritrattata da chi legittimato a farlo.

Le norme processuali sono in via di principio e salvo previsione contraria inderogabili dalla volontà delle parti.

RILEVAZIONE DELLA QUESTIONE

- mezzo attraverso il quale nel processo di cognizione si controlla il rispetto delle norme processuali
- *Con la rilevazione della questione, la questione relativa al rispetto delle norme processuali diviene oggetto di trattazione e di decisione come la questione attinente al merito.*
- Quando la rilevazione proviene dalle parti essa prende il nome di eccezione.
- La tecnica della eccezione- rilevazione è utilizzabile solo nel processo di cognizione, nel quale il giudice deve dunque affrontare due questioni: una relativa al rito e l'altra relativa al merito.
- Negli altri processi il controllo del rispetto delle norme processuali avviene mediante la instaurazione di un processo di cognizione volto a decidere se il comportamento processuale tenuto è secundum o contra ius.

DIFETTO DI GIURISDIZIONE

Art. 37 cpc:

"Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o dei **giudici speciali** è rilevato anche d'ufficio nel giudizio di primo grado. Nei giudizi di impugnazione può essere rilevato solo se oggetto di specifico motivo, ma l'attore non può impugnare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui adito."

- Il difetto di giurisdizione è rilevabile dal giudice, dal convenuto ma non dall'attore perché è stato l'attore a scegliere il giudice della cui giurisdizione si discute.
- Se il giudice nega la propria giurisdizione, l'attore è titolare di una situazione processuale protetta e quindi può impugnare la decisione e fare riesaminare la questione da un altro giudice; Il convenuto al contrario può impugnare la sentenza se il giudice afferma la propria giurisdizione sempre che non abbia chiesto al giudice di dichiararsi munito di giurisdizione.

- Una volta rilevata la questione di giurisdizione il **giudice deve affrontarla e deciderla con una sentenza soggetta ai normali mezzi di impugnazione.**
- Se il **giudice afferma la propria giurisdizione** e il **convenuto soccombente** sul punto **non ripropone la questione** in sede di impugnazione la decisione di primo grado sul punto della giurisdizione passa in giudicato ed il **giudicato** ne **impedisce l'ulteriore rilevazione nel successivo svolgimento del processo** (questo principio vale anche per tutti gli altri presupposti processuali rilevabili in ogni stato e grado del processo).
- **Ogni giudice è giudice della propria giurisdizione** (eccezione solo per la ricusazione). La fattispecie che dà al giudice il potere di decidere nel merito è la presenza dei presupposti processuali, la fattispecie che dà al giudice il potere di valutare i presupposti processuali è invece la sola proposizione della domanda.

- **Limiti alla giurisdizione:** 1) convenuto, 2) altri poteri pubblici, 3) giudici speciali. I primi due **limiti** sono **assoluti**: *se la giurisdizione manca per questi limiti vuol dire che non vi è nessun altro giudice in Italia che può avere giurisdizione*. Il terzo **limite è relativo**: *se il giudice non ha giurisdizione potrebbe avercela un altro giudice*. Se dunque il difetto di giurisdizione è assoluto, il giudice adito si limita a dichiarare il proprio difetto di giurisdizione e si ferma lì; se il difetto di giurisdizione è relativo il giudice deve anche indicare qual è il giudice che a suo avviso è fornito di giurisdizione per quella controversia.
- **Sanatoria del difetto di giurisdizione:** se la **domanda** nel **termine** di tre mesi dal **passaggio in giudicato** della sentenza che dichiara il difetto di giurisdizione è riproposta innanzi al giudice indicato come fornito di giurisdizione sono fatti **salvi** gli **effetti processuali e sostanziali** che la domanda avrebbe prodotto se il giudice indicato come fornito di giurisdizione fosse stato adito fin dall'inizio.

- Se la domanda non è riproposta tempestivamente gli effetti sostanziali e processuali della prima domanda si perdonano;
- se la domanda è proposta dopo i tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza che dichiara la carenza di giurisdizione, il giudice adito, anche di ufficio ma solo entro la prima udienza, dichiara estinto il processo.
- *Ciò non impedisce che la domanda tardiva sia idonea a instaurare un altro e diverso processo con i suoi propri effetti e processuali.*

- Se la domanda è riproposta, le parti sono vincolate alle indicazioni del giudice munito di giurisdizione, essendovi una sentenza passata in giudicato che appunto dichiara che la giurisdizione spetta a quel giudice.
- Il giudice di fronte al quale la causa è riproposta invece è vincolato alla sentenza che dichiara la sua giurisdizione solo se questa sentenza è pronunciata dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, altrimenti egli può, ma solo entro la prima udienza, rilevare di non essere munito di giurisdizione; deve farlo rimettendo con ordinanza la questione davanti alle sezioni unite della Corte di Cassazione.

REGOLAMENTO DI GIURISDIZIONE

Art. 41 cpc:

"Finche' la causa non sia decisa nel merito in primo grado, ciascuna parte può chiedere alle sezioni unite della Corte di cassazione che risolvano le questioni di giurisdizione di cui all'articolo 37.

L'istanza si propone con ricorso a norma degli articoli 364 e seguenti, e produce gli effetti di cui all'articolo 367.

La pubblica amministrazione che non è parte in causa può chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato dalle sezioni unite della Corte di cassazione il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione stessa, finchè la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato."

CRITERI PER DETERMINARE LA COMPETENZA:

- ❖ **CRITERIO ORIZZONTALE: competenza per territorio**
- ❖ **CRITERI VERTICALI: competenza per materia e valore**

- I giudici ordinari competenti in primo grado sono due: giudice di pace e tribunale.
- Organi che non hanno competenza in primo grado ma solo per l'impugnazione: corte d'appello e corte di Cassazione. L'appello per le sentenze del giudice di pace è di competenza del tribunale.

COMPETENZA PER MATERIA E VALORE

- Il criterio per materia ha la precedenza sul criterio per valore.

CRITERIO PER MATERIA:

- **Giudice di pace competente per:** cause relative ad apposizione di termini e osservanza delle distanze, cause relative alla misura e modalità d'uso dei servizi di condominio delle case, cause relative a rapporti tra proprietari di immobili adibiti a civile abitazione in materia di immissioni di fumo o di calore, esalazioni, rumori, scuotimenti e simili propagazioni che superino la normale tollerabilità, per le cause relative agli interessi o accessori da ritardato pagamento di prestazioni previdenziali o assistenziali
- **Tribunale competente per** tutte le cause che non sono di competenza di altro giudice e ha competenza esclusiva in materia di (art.9 c.p.c.) stato e capacità delle persone (Ad es. cittadinanza nome cognome filiazione adozione di maggiorenni matrimonio separazione divorzio eccetera), in materia di diritti onorifici, per la querela di falso. Il tribunale ha ereditato le competenze per materia del pretore, come le azioni possessorie, per le cause di lavoro e previdenziali, per le cause locative, per la repressione del comportamento antisindacale ed altri.

Art. 7 cpc:

Il giudice di pace "è competente qualunque ne sia il valore:

- 1) per le cause relative ad apposizione di termini ed osservanza delle distanze stabilite dalla legge, dai regolamenti o dagli usi riguardo al piantamento degli alberi e delle siepi;
- 2) per le cause relative alla misura ed alle modalità d'uso dei servizi di condominio di case;
- 3) per le cause relative a rapporti tra proprietari o detentori di immobili adibiti a civile abitazione in materia di immissioni di fumo o di calore, esalazioni, rumori, scuotimenti e simili propagazioni che superino la normale tollerabilità;
- 3-bis) per le cause relative agli interessi o accessori da ritardato pagamento di prestazioni previdenziali o assistenziali;"

- La competenze per materia si determina sulla base della domanda, cioè delle affermazioni dell'attore.
- Se la competenza per materia non è prevista per una controversia opera il criterio residuale del valore.

COMPETENZA PER VALORE

Art.7 cpc, primo e secondo comma (**competenza per valore giudice di pace**):

" Il giudice di pace è competente per le cause relative a **beni mobili di valore non superiore a diecimila euro**, quando dalla legge non sono attribuite alla competenza di altro giudice.

Il giudice di pace è altresì competente per le **cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione di veicoli e di natanti**, purché il valore della controversia **non superi venticinquemila euro**"

➤ Il **tribunale** è **competente** per tutte le **cause relative a diritti reali su beni mobili di valore superiore a €10.000 o €25.000** (quindi è competente per le cause su beni mobili che superano la competenza per valore del giudice di pace). Il **tribunale** è **competente** per ogni causa di **valore indeterminabile**.

Art. 8 cpc, primo periodo primo comma, e ultima parte ultimo periodo primo comma (**competenza per valore tribunale**):

"Il tribunale è competente per tutte le cause che non sono di competenza di altro giudice...e, in generale, per ogni causa di valore indeterminabile"

Art. 10 cpc, primo comma:

"Il valore della **causa**, ai fini della competenza, si determina dalla domanda a norma delle disposizioni seguenti.

- Può darsi che nel corso del processo l'attore modifichi la sua **domanda aumentando o diminuendo** le sue **richieste**.
- La **modificazione** è **possibile** fino al momento del passaggio della causa dalla fase istruttoria alla fase decisoria, ossia **fino all'udienza di precisazione delle conclusioni**.
- Se la modifica è in aumento e l'**aumento** fa superare il **limite massimo di competenza** del giudice adito il giudice diviene **incompetente** e la **causa** deve essere **rimessa al giudice superiore**.
- Per quanto riguarda la **diminuzione** della domanda essa secondo l'opinione fatta propria dalla giurisprudenza **non è rilevante ai fini della competenza** ma lo è **ai fini del merito** in base al principio per cui il giudice non può attribuire più di quello che gli è stato chiesto.

SOMMATORIA TRA DOMANDE

- con un unico atto una parte propone una pluralità di domande contro una stessa controparte

ART. 10, secondo comma:

"A tale effetto le domande proposte nello stesso processo contro la medesima persona si sommano tra loro, e gli interessi scaduti, le spese e i danni anteriori alla proposizione si sommano col capitale."

CASI IN CUI NON SI FA LA SOMMATORIA TRA LE DOMANDE:

- 1)Le domande proposte dall'attore (per esempio €18.000) contro il convenuto non si sommano alle domande proposte dal convenuto (per esempio €8000) contro l'attore perché la domanda non è proposta da una parte nei confronti della stessa controparte ma da una parte contro l'altra. (Quindi non si sommano 18.000 e 8000 che farebbero un totale di 26000 ed escluderebbero la competenza del giudice di pace).
- 2) Le domande proposte anche con un unico atto contro più soggetti non si sommano
- 3)Le domande proposte da una parte nei confronti della controparte con un atto non si sommano alle domande proposte dalla stessa parte nei confronti della stessa controparte con un altro atto
- 4)Ove vi sia ragione di connessione più cause proposte in distinti processi possono essere riunite in un processo unico. Anche in tali ipotesi le domande non si sommano perché sono state proposte con atti diversi.
- 5)Le due domande proposte nello stesso atto dallo stesso soggetto nei confronti della stessa controparte sono una soggetta alla competenza per materia e l'altra per valore. In tal caso le due domande non si sommano perché quella per materia non ha valore.

CUMULO CONDIZIONATO E CUMULO INCONDIZIONATO

- **Cumulo incondizionato**: le più domande sono proposte in modo tale che l'esito dell'una non condiziona l'esame dell'altra, l'esito dell'una non incide sull'esito dell'altra domanda.
 - **Cumulo condizionato**: l'esito dell'una incide sull'esame dell'altra.
 - Il condizionamento può aver luogo in **tre modi** diversi
 - 1) **alternatività**: l'attore può chiedere questo o quello. Il giudice può accogliere alternativamente o l'una o l'altra domanda. Il giudice accoglie la domanda che per prima è matura per la decisione
 - 2) **Cumulo condizionato in senso proprio**: l'attore propone in via principale una domanda e per il caso che sia rigettata ne propone un'altra
 - 3) **cumulo condizionato in senso improprio**: in caso di accoglimento di una domanda si chiede di esaminare anche l'altra.
- La differenza con l'ipotesi delle domande incondizionatamente cumulate è la seguente: se due domande sono proposte incondizionatamente cumulate il giudice esamina la prima che è pregiudiziale e se la rigetta, rigetta anche la domanda che è dipendente. Se invece le domande sono cumulate in via condizionata impropria il giudice esamina la prima e se la rigetta non esamina la seconda.

CUMULO CONDIZIONATO E COMPETENZA

- le domande proposte in via alternativa o in via condizionata propria non si sommano perché non possono essere accolte entrambe.
- in caso di cumulo improprio deve essere effettuata la somma fra le due domande perché ambedue possono essere accolte.

ADEMPIMENTO PER QUOTE DI UN'OBBLIGAZIONE

Art. 11 cpc:

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

Esempio: *vi è un'eredità di 32.000 € e vi sono quattro figli. Il creditore ereditario chiede l'adempimento dell'obbligazione pro quota nei confronti dei quattro coeredi, cioè chiede di dare ad ogni coerede 8.000 €. Per decidere sulla competenza si considera l'intero valore delle obbligazioni e quindi 32.000 €.*

➤ L'articolo 11 non si applica alle obbligazioni solidali o a quelle indivisibili, ove ciascun debitore è obbligato per l'intero.

VALORE DELLE CAUSE IN CASO DI RAPPORTO GIURIDICO OBBLIGATORIO

Art. 12 cpc:

"Il valore delle cause relative all'esistenza, alla validità o alla risoluzione di un rapporto giuridico obbligatorio si determina in base a quella parte del rapporto che è in contestazione.

Il valore delle cause per divisione si determina da quello della massa attiva da dividersi"

- il rapporto giuridico obbligatorio è quella figura di diritto sostanziale che ha la funzione di unificare una pluralità di effetti giuridici per dare loro una disciplina unitaria e coerente (ad esempio il rapporto di lavoro dipendente).
- Può darsi che non sia dedotto un singolo effetto ma che sia chiesto l'accertamento dell'esistenza o inesistenza o la qualificazione del rapporto in sé. in tal caso il criterio semplificatore non funziona e il valore va determinato sulla base dell'intero rapporto e cioè sulla base del valore pecuniario degli effetti della sentenza che accoglie la domanda.

VALORE DELLE CAUSE CON OGGETTO DENARO O BENI MOBILI

Art.14 cpc:

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

L'ATTORE QUANTIFICA IL VALORE DELLA DOMANDA IN CORSO DI CAUSA, NON NELL'ATTO INTRODUTTIVO

tre ipotesi:

- 1) L'attore indica una somma compresa fra il limite minimo ed il limite massimo di competenza del giudice adito: la quantificazione ha effetto ai fini del merito ma non incide sulla competenza
- 2) la somma indicata è sopra il limite massimo di valore del giudice adito: in tal caso il giudice deve dichiararsi incompetente e la causa va trasferita al giudice superiore
- 3) la somma indicata è inferiore al limite minimo di competenza del giudice adito: In tal caso la quantificazione non rileva ai fini della competenza ma solo ai fini del merito
 - gli aumenti rilevano ai fini della competenza le diminuzioni no. La diminuzione rileva tuttavia i fini del merito nel senso che il giudice adito non può attribuire una somma maggiore di quella richiesta dall'attore.

LA DOMANDA NON È QUANTIFICATA INIZIALMENTE NÈ IN CORSO DI CAUSA NELLE CAUSE AVENTI OGGETTO SOMME DI DENARO

- ❖ Il giudice non può attribuire una somma superiore al limite massimo della sua competenza anche se dovesse riconoscere che il credito sul piano sostanziale è di entità maggiore.
- ❖ La decisione forma giudicato sull'oggetto del processo e la differenza non può essere richiesta in un altro processo
- ❖ Se durante la causa l'attore si accorge dall'istruttoria della causa che il suo diritto supera il limite massimo di competenza del giudice adito può quantificarlo, in questo modo far scattare l'incompetenza del giudice e riassumere la causa di fronte al giudice superiore.

LA DOMANDA NON È QUANTIFICATA INIZIALMENTE NÈ IN CORSO DI CAUSA NELLE CAUSE AVENTI OGGETTO BENI MOBILI

- ❖ L'attore può attribuire un valore espresso in moneta al bene mobile.
- ❖ Se l'attore quantifica il valore del bene la competenza si stima sulla base della somma indicata dall'attore.
- ❖ Se l'attore non quantifica il valore del bene la causa si presume di competenza del giudice adito.
- ❖ se si arriva alla decisione senza che l'attore abbia attribuito un valore al bene, il valore del bene rimane fissato anche gli effetti del merito nei limiti della competenza del giudice adito. Tuttavia anche se il valore del bene mobile è superiore a quello della competenza del giudice adito, il giudice può lo stesso assegnare con la sua sentenza il bene mobile all'attore.

VALORE DELLE CAUSE RELATIVE A BENI IMMOBILI

Art. 15 cpc:

"Il valore delle cause relative a beni immobili è determinato moltiplicando il reddito dominicale del terreno e la rendita catastale del fabbricato alla data della proposizione della domanda: per duecento per le cause relative alla proprietà; per cento per le cause relative all'usufrutto, all'uso, all'abitazione, alla nuda proprietà e al diritto dell'enfiteuta; per cinquanta con riferimento al fondo servente per le cause relative alle servitù. Il valore delle cause per il regolamento di confini si desume dal valore della parte di proprietà controversa, se questa è determinata; altrimenti il giudice lo determina a norma del comma seguente. Se per l'immobile all'atto della proposizione della domanda non risulta il reddito dominicale o la rendita catastale, il giudice determina il valore della causa secondo quanto emerge dagli atti; e se questi non offrono elementi per la stima, ritiene la causa di valore indeterminabile."

- ❖ restano esclusi dall'art.15 i diritti reali di garanzia, il cui valore si determina dal credito garantito
- ❖ restano esclusi anche i diritti personali relativi a beni mobili cioè quelle domande che trovano il loro fondamento in una situazione sostanziale che non è un diritto reale ma un rapporto obbligatorio ad esempio il diritto dell'acquirente alla consegna del bene che si fonda sul contratto di acquisto e non sul diritto di proprietà. Tutte le volte in cui il diritto ha fatto valere si fonda sul rapporto contrattuale e non è un diritto reale stiamo fuori dall'applicazione dell'articolo 15 ed è applicabile l'articolo 12.

LA COMPETENZA PER TERRITORIO

tre fori:

1) FORO GENERALE:

- Art.18: foro generale delle persone fisiche; art.19 foro degli altri soggetti che non sono persone fisiche.
- Si applica laddove non vi siano previsioni di competenza territoriale esclusiva.
- Dà una regola di carattere residuale applicabile a tutte le controversie per le quali non vi sia una regolamentazione diversa.

2) FORO FACOLTATIVO:

- Art.20: foro facoltativo per le cause di obbligazione.
- Ove si tratti di una controversia che rientri nell'articolo 20 l'attore ha la scelta fra l'utilizzare i fori degli articoli 18 e 19 o utilizzare uno dei fori dell'articolo 20.

3) FORI ESCLUSIVI:

- Art. 21-22-23-24: fori esclusivi.
- Escludono il foro generale.

FORO GENERALE

ART. 18 cpc:

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

Se il convenuto non ha residenza, né domicilio, né dimora nella Repubblica o se la dimora è sconosciuta, è competente il giudice del luogo in cui risiede l'attore"

Art.19 cpc:

"Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora sia convenuta una persona giuridica, è competente il giudice del luogo dove essa ha sede. È competente altresì il giudice del luogo dove la persona giuridica ha uno stabilimento e un rappresentante autorizzato a stare in giudizio per l'oggetto della domanda .

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

FORO FACOLTATIVO

Art.20 cpc:

"Per le cause relative a diritti di obbligazione è anche (oltre ai criteri degli artt. 18 e 19) competente il giudice del luogo in cui è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio "

- Le obbligazioni contrattuali sorgono nel luogo dove si perfeziona il contratto, quelle extra contrattuali sorgono nel luogo dove si verifica l'ultimo elemento di fatto che produce la nascita dell'obbligazione.
- Per quanto riguarda il luogo di adempimento dell'obbligazione bisogna far riferimento all'articolo 1182c.c:

"Se il luogo nel quale la prestazione deve essere eseguita non è determinato dalla convenzione, o dagli usi e non può desumersi dalla natura della prestazione o da altre circostanze, si osservano le norme che seguono. L'obbligazione di consegnare una cosa certa e determinata deve essere adempiuta nel luogo in cui si trovava la cosa quando l'obbligazione è sorta. L'obbligazione avente per oggetto una somma di danaro deve essere adempiuta al domicilio che il creditore ha al tempo della scadenza. Se tale domicilio è diverso da quello che il creditore aveva quando è sorta l'obbligazione e ciò rende più gravoso l'adempimento, il debitore, previa dichiarazione al creditore, ha diritto di eseguire il pagamento al proprio domicilio. Negli altri casi l'obbligazione deve essere adempiuta al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza"

FORO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Art. 25 c.p.c.:

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

SEZIONI SPECIALIZZATE IN MATERIA DI IMPRESA

DEROGABILITÀ AD OPERA DELLE PARTI DELLE REGOLE DI COMPETENZA

- Le parti con un accordo preventivo rispetto all'instaurazione della controversia possono derogare soltanto alla competenza territoriale, non anche alla competenza per materia e per valore.
- L'accordo deve avere alcune caratteristiche:
 - i. Deve riferirsi a controversie determinate, e quindi non è valido l'accordo con cui due soggetti individuano un certo foro territoriale per tutte le controversie che dovessero fra loro porgere.
 - ii. l'accordo deve risultare da atto scritto.
- L'effetto dell'accordo è di istituire la competenza del giudice e del luogo individuato dalle parti. Di per se l'accordo non toglie la competenza dei giudici individuati secondo le regole ordinarie quindi istituisce un altro foro concorrente: oltre il giudice individuato secondo gli articoli 18 e seguenti diviene competente anche un altro giudice che è quello del luogo individuato dalle parti.
- Perché l'accordo abbia l'effetto di attribuire al giudice individuato dalle parti una competenza esclusiva e cioè che escluda la competenza derivante dall'applicazione delle regole legali occorre che le parti stabiliscano espressamente che l'unico giudice competente è quello da loro individuato.

ipotesi di competenza territoriale inderogabile

Art. 28 :

"La competenza per territorio può essere derogata per accordo delle parti, salvo che per le cause previste nei numeri 1, 2, 3 e 5 dell'articolo 70, per i casi di esecuzione forzata, di opposizione alla stessa, di procedimenti cautelari e possessori, di procedimenti in camera di consiglio e per ogni altro caso in cui l'inderogabilità sia disposta espressamente dalla legge."

Art.70:

"Il pubblico ministero deve intervenire a pena di nullità rilevabile d'ufficio:

- 1) nelle cause che egli stesso potrebbe proporre;
- 2) nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi;
- 3) nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone;
- 4) omissis
- 5) negli altri casi previsti dalla legge.

Deve intervenire nelle cause davanti alla corte di cassazione nei casi stabiliti dalla legge.

Può infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse."

LA RILEVAZIONE E DECISIONE DELLE QUESTIONI DI COMPETENZA

Art.38 cpc:

"L'**incompetenza per materia**, quella **per valore** e quella **per territorio** sono eccepite, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata. L'eccezione di incompetenza per territorio si ha per non proposta se non contiene l'indicazione del giudice che la parte ritiene competente.

Fuori dei casi previsti dall'articolo 28, quando le parti costituite aderiscono all'indicazione del giudice competente per territorio, la competenza del giudice indicato rimane ferma se la causa è riassunta entro tre mesi dalla cancellazione della stessa dal ruolo.

L'incompetenza per materia, quella per valore e quella per territorio nei casi previsti dall'articolo 28 sono rilevate d'ufficio non oltre l'udienza di cui all'art. 183.

Le questioni di cui ai commi precedenti sono **decise**, ai soli fini della competenza, in base a quello che risulta dagli atti e, quando sia reso necessario dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, assunte sommarie informazioni."

- Se le altre parti accettano l'indicazione del convenuto che ha sollevato l'eccezione, si crea un **accordo di competenza** ed il giudice chiude il processo con un provvedimento ordinatorio e le parti devono riassumere il giudizio presso il giudice indicato come competente
- L'accordo rimane vincolante se la causa è riassunta entro tre mesi dall'ordinanza di cancellazione
- Il **giudice** non **deve decidere** subito della **questione di competenza**, deve però deciderla **prima della decisione della causa**.
- Per decidere sulla questione di competenza il **giudice può aver bisogno di fare un'istruttoria**:
 - i. se i **fatti** rilevanti sono **endoprocessuali**, questi sono percepiti dal giudice con la **semplice lettura degli atti**.
 - ii. Se i **fatti** rilevanti sono **extraprocessuali**, il **giudice deve verificare l'effettiva esistenza materiale di tali fatti**.

L'istruttoria sulla questione di competenza è effettuata con la tecnica delle **sommarie informazioni** (prove atipiche o atipicamente assunte)

- I **provvedimenti** con cui il **giudice nega la sua competenza** sono necessariamente di sola competenza e quindi sono ordinanze (non contengono una decisione sulla domanda);
- I **provvedimenti** con cui il **giudice afferma la sua competenza** possono essere misti (di competenza e di merito) se il giudice con lo stesso provvedimento decide anche del merito, ed allora sono sentenza; o possono decidere solo della competenza, ed allora sono ordinanze.

REGOLAMENTO DI COMPETENZA

- Contro i provvedimenti che decidono sulla competenza e contro i provvedimenti con cui è rilevata la questione di competenza è dato uno speciale mezzo di impugnazione: il regolamento di competenza
- Non si applica alle decisioni del giudice di pace

Efficacia della sentenza che pronuncia sulla competenza

Art.44 cpc:

"L'ordinanza che, anche a norma degli articoli 39 e 40, dichiara l'incompetenza del giudice che l'ha pronunciata, se non è impugnata con l'istanza di regolamento, rende incontestabile l'incompetenza dichiarata e la competenza del giudice in essa indicato se la causa è riassunta nei termini di cui all'articolo 50, salvo che si tratti di incompetenza per materia o di incompetenza per territorio nei casi previsti nell'articolo 28"

Art.45 cpc:

"Quando, in seguito alla ordinanza che dichiara l'incompetenza del giudice adito per ragione di materia o per territorio nei casi di cui all'articolo 28, la causa nei termini di cui all'articolo 50 è riassunta davanti ad altro giudice, questi, se ritiene di essere a sua volta incompetente, richiede di ufficio il regolamento di competenza"

RIASSUNZIONE DELLA CAUSA

Art.50

"Se la riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente avviene nel termine fissato nella ordinanza dal giudice e, in mancanza, in quello di tre mesi dalla comunicazione dell'ordinanza di regolamento o dell'ordinanza che dichiara l'incompetenza del giudice adito, il processo continua davanti al nuovo giudice.

Se la riassunzione non avviene nei termini su indicati, il processo si estingue"

REGOLAMENTO DI COMPETENZA NECESSARIO

- Se il provvedimento in questione ha deciso solo competenza, allora il **regolamento di competenza è necessario**, in quanto è l'unico mezzo per ridiscutere la questione di competenza

Art 42 cpc:

"La ordinanza che, pronunciando sulla competenza anche ai sensi degli articoli 39 e 40, non decide il merito della causa e i provvedimenti che dichiarano la sospensione del processo ai sensi dell'articolo 295 possono essere impugnati soltanto con istanza di regolamento di competenza"

REGOLAMENTO DI COMPETENZA FACOLTATIVO

2) se il provvedimento ha deciso anche nel merito, allora
il regolamento di competenza è facoltativo, in quanto concorre con altri mezzi
di impugnazione utilizzabili.

Art.43 cpc:

"Il provvedimento che ha pronunciato sulla competenza insieme col merito può essere impugnato con l'istanza di regolamento di competenza oppure nei modi ordinari quando insieme con la pronuncia sulla competenza si impugna quella sul merito.

La proposizione dell'impugnazione ordinaria non toglie alle altre parti la facoltà di proporre l'istanza di regolamento.

Se l'istanza di regolamento è proposta prima dell'impugnazione ordinaria, i termini per la proposizione di questa riprendono a decorrere dalla comunicazione della ordinanza che regola la competenza; se è proposta dopo, si applica la disposizione dell'articolo 48."

❖ **Nozione di merito** per quanto riguarda il regolamento di competenza facoltativo: per la Corte di Cassazione: qualunque questione, anche di rito, diversa dalla competenza.

SOSPENSIONE DEI PROCESSI

Art. 48

"I processi relativamente ai quali è chiesto il regolamento di competenza sono sospesi dal giorno in cui è depositata innanzi al giudice davanti al quale pende la causa, a cura della parte, copia del ricorso notificato o è pronunciata l'ordinanza che richiede il regolamento.

Il giudice può autorizzare il compimento degli atti che ritiene urgenti"

COORDINAMENTO FRA REGOLAMENTO FACOLTATIVO E NORMALI MEZZI DI IMPUGNAZIONE

- 1) Prima regola di coordinamento: se il regolamento di competenza è proposto prima della impugnazione ordinaria, i termini per proporre l'impugnazione ordinaria si sospendono in attesa che sia deciso il regolamento
- 2) Seconda regola di coordinamento: se prima viene proposta l'impugnazione ordinaria, le altre parti possono comunque proporre il regolamento di competenza

CONCORRENZA FRA RICORSO ORDINARIO EX ART. 360 E REGOLAMENTO DI COMPETENZA

- **Conversione**: l'istanza di regolamento di competenza, erroneamente proposta, può convertirsi in istanza di ricorso ordinario. Il ricorso ordinario, erroneamente proposto, può convertirsi in istanza di regolamento.
- Il fenomeno della conversione è possibile solo quando l'atto errato ha tutti i requisiti dell'atto giusto.

PROCEDIMENTO DEL REGOLAMENTO DI COMPETENZA

Art. 47 cpc

"L'istanza di regolamento di competenza **si propone alla Corte di cassazione con ricorso** sottoscritto dal procuratore o dalla parte, se questa si è costituita personalmente.

Il ricorso **deve essere notificato alle parti che non vi hanno aderito** entro il **termine** perentorio di trenta giorni dalla comunicazione della ordinanza che abbia pronunciato sulla competenza o dalla notificazione dell'impugnazione ordinaria nel caso previsto nell'articolo 43 secondo comma. L'adesione delle parti può risultare anche dalla sottoscrizione del ricorso.

La parte che propone l'istanza deve **depositare il ricorso**, con i documenti necessari, nel termine perentorio di venti giorni dall'ultima notificazione alle altre parti.

Il **regolamento d'ufficio** è richiesto con ordinanza dal giudice.

Le parti alle quali è notificato il ricorso o comunicata l'ordinanza del giudice, possono, nei venti giorni successivi, depositare alla Corte di cassazione scritture difensive e documenti"

ORDINANZA DI REGOLAMENTO DI COMPETENZA

Art.49cpc

"L'ordinanza con cui la corte di cassazione statuisce sulla competenza dà i provvedimenti necessari per la **prosecuzione del processo davanti al giudice che dichiara competente** e rimette, quando occorre, le parti in termini affinché provvedano alla loro difesa"

- ❖ Se **cassazione afferma la competenza del giudice adito**, il procedimento va avanti davanti a quel giudice
- ❖ Se la **cassazione dichiara l'incompetenza del giudice adito**, il processo si azzerà e deve essere ricominciato dal giudice indicato dalla cassazione come competente. Il processo non deve per forza partire ex novo, vi può essere il trasferimento degli atti

SANATORIA DEI VIZI PROCESSUALI

1) **Vizio sanabile**: l'acquisizione dell'elemento che sana il vizio deve poter avvenire attraverso l'attività di colui che ha proposto la domanda, o anche d'ufficio. Quando la rilevazione dell'elemento utile per sanare il vizio avviene d'ufficio, il giudice deve dare le disposizioni idonee a sanare il vizio

- I. Se il **vizio** viene **sanato**, il processo è in grado di **giungere al merito**
 - II. Se il **vizio** rimane **insanato**, c'è la **chiusura** in rito del processo.
- 2) Qualora il **vizio** sia **insanabile**, il **processo** deve essere **chiuso** in rito.

- ❖ Talvolta la **sanatoria** del vizio ha **efficacia retroattiva** (opera ex tunc: da allora): gli effetti della domanda si considerano prodotti dal momento in cui è stata proposta la domanda stessa, anorché il processo in quel momento fosse viziato
- ❖ Altre volte la **sanatoria** ha **effetto ex nunc** (da ora): gli effetti della domanda si considerano prodotti dal momento in cui si verifica la sanatoria
- ❖ Gli **atti di trattazione compiuti di fronte al giudice incompetente** non possono essere **riutilizzati** dal giudice competente, dinanzi al quale la causa è riassunta, salvo il consenso di tutte le parti alla loro utilizzazione.
- ❖ Se il **processo non è riassunto nel termine indicato, si estingue**: tutti gli **atti compiuti perdono effetti, tranne l'ordinanza della corte di cassazione**, la quale rimane **vincolante** per l'ipotesi in cui, estinto il processo, la **domanda sia riproposta**.

RIASSUNZIONE E RIPROPOSIZIONE

- ❑ **Riassunzione**: quando il processo non si è estinto per decorso dei termini e la causa è riassunta, gli effetti si riportano alla prima domanda e non all'atto di riassunzione
- **Riproposizione**: quando il processo si estingue e la domanda viene riproposta, gli effetti della prima domanda si perdono e si producono effetti nuovi a decorrere dalla riproposizione della domanda.

La riassunzione, a differenza della riproposizione non contiene una domanda giudiziale nuova.

- Provvedimento sulla competenza non impugnato afferma la competenza del giudice adito:
 - i. si forma il giudicato sulla questione di competenza;
 - ii. il processo prosegue di fronte al giudice adito;
 - iii. vi è impossibilità di sollevare di nuovo la questione di competenza nell'ulteriore corso del processo.
- Provvedimento sulla competenza non impugnato nega la competenza del giudice adito:
 - i. Il giudice, nel dichiararsi incompetente, deve anche indicare il giudice competente;
 - ii. Se le parti si adeguano a tale indicazione, ai sensi dell'art 50 cpc ciascuna di esse può riassumere la causa di fronte al giudice indicato come competente dalla ordinanza di incompetenza.

iii. La prosecuzione del processo di fronte al giudice indicato come competente avviene sia:

- a) quando l'indicazione del giudice competente proviene dalla corte di cassazione in sede di regolamento di competenza,
- b) quando l'indicazione del giudice competente proviene dal giudice adito, il quale si sia dichiarato incompetente ed abbia dichiarato come competente un altro giudice.

In entrambi i casi il processo continua di fronte al nuovo giudice, con gli effetti propri della riassunzione.

- L'ordinanza della corte di cassazione chiude definitivamente la questione di competenza ed ha efficacia erga omnes
- L'ordinanza con cui il **giudice adito** nega la propria competenza e rimette la domanda ad un altro giudice:
 - i. È **vincolante nella parte in cui il giudice adito nega la propria competenza**.
 - ii. Per quanto riguarda la **parte in cui il giudice dichiara come competente un altro giudice**, bisogna distinguere fra (art 44, 45 cpc):
 - a) Le **ipotesi di incompetenza per valore e territorio derogabile**, nel qual caso la pronuncia di competenza è vincolante per il giudice indicato come competente
 - b) Le **ipotesi di incompetenza per materia e territorio inderogabile**, nel qual caso il giudice non è **vincolato all'indicazione di competenza** e può a sua volta rilevare la **propria incompetenza, ma sempre e solo per ragioni di materia o territorio inderogabile** (se il giudice ad quem ritiene che la competenza sia determinata per valore e non per territorio, non può contestare l'indicazione contenuta nel provvedimento pronunciato dal giudice a quo.)
Il **giudice di fronte al quale la causa è riassunta** non può dichiarare la **propria incompetenza**, ma **deve emettere un'ordinanza di rimessione degli atti alla corte di cassazione** perché decida sul conflitto di competenza.

- Se dopo una pronuncia di incompetenza non impugnata la causa non è riassunta nei termini di cui all'art 50 cpc, il processo si estingue ed a ciò consegue la perdita degli effetti della domanda.
- Le pronunce della corte di cassazione (il regolamento di competenza) non si estinguono
- Le pronunce di rito emesse dal giudice di merito si estinguono
- Se il processo si estingue per mancata riassunzione dopo l'ordinanza di incompetenza si perdonano gli effetti della domanda e la causa può essere riproposta allo stesso giudice che si è dichiarato incompetente. La causa può essere proposta al giudice che era stato dichiarato competente.
- Quando la causa è riproposta, il giudice indicato come competente, se si ritiene incompetente, non solleva il conflitto di competenza d'ufficio rimettendo la questione alla corte di cassazione, ma decide della questione.
- Ove l'atto di riassunzione sia tardivo e quindi inidoneo a impedire l'estinzione del processo, ma abbia tutti i requisiti di un atto introduttivo, esso è in grado di instaurare un nuovo processo, in virtù del principio della conversione.

LA REGOLARE COSTITUZIONE DEL GIUDICE

Art.158

"La nullità derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice o all'intervento del pubblico ministero è insanabile e deve essere rilevata d'ufficio, salva la disposizione dell'articolo 161"

Art.161

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

Questa disposizione non si applica quando la sentenza manca della sottoscrizione del giudice"

VIZI RELATIVI ALLA COSTITUZIONE DEL GIUDICE

- Qualità di giudice del soggetto che emette il provvedimento:
 - I. Per giudice professionale è necessario che ci sia l'atto di nomina, che non vi sia stato pensionamento, dimissioni, trasferimento ad altro ufficio
 - II. Per il giudice onorario ci deve essere atto di nomina e, poiché sono nominati a tempo, non ci deve essere stata la scadenza.
(il giudice professionale – togato - è giudice di professione, ha superato il concorso per diventare magistrato; il giudice onorario è nominato a tempo, non ha superato il concorso ma è nominato in base ai titoli che ha)
 - III. Rientra fra le questioni rilevanti per verificare la regolare costituzione del giudice, la questione relativa all'assegnazione del magistrato all'ufficio. Questa questione riguarda solo i magistrati professionali, perché l'atto di nomina dei magistrati onorari contiene anche la designazione dell'ufficio, a differenza di quello dei magistrati professionali.

III. Rientra fra le questioni rilevanti per verificare la regolare costituzione del giudice, la questione relativa all'assegnazione del magistrato all'ufficio. Questa questione riguarda solo i magistrati professionali, perché l'atto di nomina dei magistrati onorari contiene anche la designazione dell'ufficio, a differenza di quello dei magistrati professionali.

III. Questione rilevante è anche quella relativa alla composizione numerica dell'organo giudicante, se questo è collegiale.

III. In base al principio di unitarietà della fase decisoria, i giudici, a cui è affidata la causa nella fase decisoria, non possono essere sostituiti, altrimenti bisogna ripetere la fase decisoria.

- ❖ Il vizio relativo alla costituzione del giudice è rilevabile in ogni stato e grado del processo anche d'ufficio, in accordo con la regola generale dei vizi dei presupposti processuali.
- ❖ Normalmente le questioni relative ai presupposti processuali non sono più rilevabili se c'è giudicato, ma alcuni vizi sopravvivono al giudicato, e possono quindi essere fatti valere al di fuori del processo in cui si sono verificati: ciò accade per alcuni vizi relativi alla regolare costituzione del giudice.

IIIIII. non rientra fra le questioni relative ai vizi sulla regolare costituzione del giudice quella sulla validità dell'atto di nomina. L'invalidità dell'atto di nomina deve essere fatta valere in sede di giustizia amministrativa e non comporta vizio di regolare costituzione del giudice perché il giudice, finché l'atto di nomina non viene annullato, è ancora fornito di poteri giurisdizionali.

IIIIIII. Il mancato rispetto della distribuzione dei compiti fra i vari giudici di uno stesso ufficio giudiziario non costituisce difetto di composizione.

L'ASTENSIONE

Art. 51

"Il giudice ha l'obbligo di astenersi:

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

In ogni altro caso in cui esistono gravi ragioni di convenienza, il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi; quando l'astensione riguarda il capo dell'ufficio, l'autorizzazione è chiesta al capo dell'ufficio superiore"

LA RICUSAZIONE

Art 52:

"Nei casi in cui è fatto obbligo al giudice di astenersi, ciascuna delle parti può proporne la ricusazione mediante ricorso contenente i motivi specifici e i mezzi di prova.

Il ricorso, sottoscritto dalla parte o dal difensore, deve essere depositato in cancelleria due giorni prima dell'udienza, se al ricusante è noto il nome dei giudici che sono chiamati a trattare o decidere la causa, e prima dell'inizio della trattazione o discussione di questa nel caso contrario.

La ricusazione sospende il processo."

- Il giudice ricusato deve valutare l'ammissibilità della ricusazione e non sospendere il processo se la ritiene inammissibile. Il procedimento di ricusazione va avanti ugualmente, anche se il giudice non sospende il processo. Se la ricusazione è poi accolta, gli atti compiuti sono invalidi.

COMPETENZA SULLA DECISIONE DELLA RICUSAZIONE

Art. 53 cpc:

"Sulla ricusazione decide il **presidente del tribunale** se è ricusato un giudice di pace; il **collegio** se è ricusato uno dei componenti del tribunale o della corte.

La **decisione** è pronunciata con **ordinanza** non impugnabile, udito il giudice ricusato e assunte, quando occorre, le prove offerte"

ORDINANZA CHE ACCOGLIE IL RICORSO DI RICUSAZIONE

Art. 54:

"L'ordinanza che accoglie il ricorso designa il giudice che deve sostituire quello ricusato.

La **ricusazione** è dichiarata **inammissibile**, se non è stata proposta nelle forme e nei termini fissati nell'articolo 52.

Il giudice, con l'ordinanza con cui dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione, provvede sulle spese e può condannare la parte che l'ha proposta ad una pena pecuniaria non superiore a euro 250.

Dell'ordinanza è data notizia dalla cancelleria al giudice e alle parti, le quali debbono provvedere alla riassunzione della causa nel termine perentorio di sei mesi."

- Se viene proposta ricusazione ed essa viene rigettata, il provvedimento che rigetta la ricusazione confluiscce nella sentenza finale e questa sentenza può essere impugnata.

DIRITTI DISPONIBILI

- ❖ I diritti disponibili sono diritti che, al contrario di quelli indisponibili, possono essere alienati dal titolare (trasferiti ad altri) o essere oggetto di rinuncia (ad esempio i diritti patrimoniali, il diritto di proprietà).
- ❖ Rispetto ad essi ha efficacia la volontà negoziale delle parti
- ❖ Il ricorso alla giurisdizione dichiarativa è necessario solo laddove le parti non siano d'accordo fra loro e vi sia un contrasto effettivo, altrimenti potrebbero disporre liberamente del contenuto dei diritti e risolvere fra loro la questione.
- ❖ L'ordinamento non si interessa che il titolare della situazione sostanziale protetta la faccia valere, ove essa sia lesa né che al giudice sia offerto un quadro completo e veritiero dei fatti storici rilevanti.

DIRITTI INDISPONIBILI

- ❖ Rispetto ad essi **non sussiste un potere negoziale dei loro titolari** (ad es. Ciò vale per il rapporto di filiazione)
- ❖ È necessario prevedere un meccanismo che garantisca la completezza del quadro dei fatti allegati e provati in giudizio, e, nei casi in cui l'interesse pubblico è ancora maggiore, consenta l'instaurazione del processo anche quando i titolari del rapporto indisponibili rimangano inerti.
- ❖ Art. 69-74 affidano ad un organo pubblico, **il pubblico ministero (PM)** il potere di attivarsi per questi scopi.

IL PUBBLICO MINISTERO

Art.69 cpc

"Il pubblico ministero esercita l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge"

INTERVENTO IN CAUSA DEL PUBBLICO MINISTERO

ART 70 CPC:

"Il pubblico ministero deve intervenire a pena di nullità rilevabile d'ufficio:

- 1) nelle cause che egli stesso potrebbe proporre;
- 2) nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi;
- 3) nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone ;
- 5) negli altri casi previsti dalla legge.

Deve intervenire nelle cause davanti alla corte di cassazione nei casi stabiliti dalla legge.

Può infine intervenire in ogni altra causa in cui ravvisa un pubblico interesse "

COMUNICAZIONE DEGLI ATTI PROCESSUALI AL PUBBLICO MINISTERO

Art.71

"Il giudice, davanti al quale è proposta una delle cause indicate nel primo comma dell'articolo precedente, ordina la **comunicazione degli atti al pubblico ministero affinché possa intervenire**.

Lo stesso ordine il giudice può dare ogni volta che ravvisi uno dei casi previsti nell'ultimo comma dell'articolo precedente."

POTERI DEL PUBBLICO MINISTERO

Art. 72

"Il pubblico ministero, che interviene nelle **cause che avrebbe potuto proporre, ha gli stessi poteri che competono alle parti** e li esercita nelle forme che la legge stabilisce per queste ultime.

Negli altri casi di intervento previsti nell'articolo 70, tranne che nelle cause davanti alla Corte di cassazione, il pubblico ministero può produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni nei limiti delle domande proposte dalle parti.

Il pubblico ministero può proporre impugnazioni contro le sentenze relative a cause matrimoniali, salvo che per quelle di separazione personale dei coniugi.

Lo stesso potere spetta al pubblico ministero contro le sentenze che dichiarino l'efficacia o l'inefficacia di sentenze straniere relative a cause matrimoniali, salvo che per quelle di separazione personale dei coniugi.

Nelle ipotesi prevedute nei commi terzo e quarto, la facoltà di impugnazione spetta tanto al pubblico ministero presso il giudice che ha pronunciato la sentenza, quanto a quello presso il giudice competente a decidere sull'impugnazione.

Il termine decorre dalla comunicazione della sentenza a norma dell'articolo 133.

Restano salve le disposizioni dell'articolo 397."

- Se quindi si tratta di cause che il PM stesso avrebbe potuto proporre, il PM ha gli stessi poteri delle altre parti e li esercita nelle forme previste per le altre parti. Quindi può allegare fatti, richiedere prove, produrre documenti; il suo consenso è necessario per la rinuncia agli atti; può impugnare la sentenza
- Se si tratta di intervento in una causa che il PM non poteva proporre, il PM può produrre documenti, dedurre prove, prendere conclusioni nei limiti delle domande proposte dalle parti ma non ha il potere di impedire una estinzione del processo per rinuncia agli atti né il potere di impugnare (eccezioni ex art. 72).
- Se il PM ha il potere di impugnare, al processo di impugnazione deve partecipare il PM presso il giudice a quo, il PM della precedente fase.
- Se il PM non ha il potere di impugnare, al processo di impugnazione non partecipa il PM della precedente fase, ma quello esistente presso l'organo giurisdizionale competente per la fase di impugnazione.

ASTENSIONE DEL PUBBLICO MINISTERO

Art.73:

"Ai magistrati del pubblico ministero che intervengono nel processo civile si applicano le disposizioni del presente Codice relative all'astensione dei giudici, ma non quelle relative alla ricusazione"

NULLITÀ DERIVANTE DALLA COSTITUZIONE DEL GIUDICE O DALL'INTERVENTO DEL PUBBLICO MINISTERO

Art. 158 cpc:

"La nullità derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice o all'intervento del pubblico ministero è insanabile e deve essere rilevata d'ufficio, salva la disposizione dell'articolo 161"

- La mancata comunicazione degli atti al PM determina il vizio di un presupposto processuale, che può essere colto per la prima volta anche in fase di impugnazione.
- Se il vizio non è colto durante la pendenza del processo, che viene quindi chiuso con sentenza passata in giudicato:

Art. 397 cpc:

"Nelle cause in cui l'intervento del pubblico ministero è obbligatorio a norma dell'articolo 70 primo comma, le sentenze previste nei due articoli precedenti possono essere impugnate per revocazione dal pubblico ministero:

- 1) quando la sentenza è stata pronunciata senza che egli sia stato sentito;
- 2) quando la sentenza è l'effetto della collusione posta in opera dalle parti per frodare la legge.

Nei casi di cui all'articolo 391 quater, la revocazione può essere promossa anche dal procuratore generale presso la Corte di cassazione"

LA COSA GIUDICATA

Art. 324 cpc:

"Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395"

- ❖ Quelli elencati nell'art 324 cpc sono mezzi di impugnazione ordinari

Art. 395:

"Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in un unico grado, possono essere impugnate per revocazione:

- 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra;
 - 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza;
 - 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario;
 - 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare;
 - 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione;
 - 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato."
- ❖ I numeri colorati di verde (n.1,2,3,6) sono rappresentano dei motivi che consentono l'utilizzo di mezzi di impugnazione ordinari
 - ❖ I numeri colorati di viola (n.4,5) rappresentano dei motivi che consentono l'utilizzo di mezzi di impugnazione straordinari

MEZZI DI IMPUGNAZIONE ORDINARI

- Sono quelli elencati nell'art. 324 cpc:
 - 1) Regolamento di competenza
 - 2) Appello
 - 3) Ricorso per cassazione
 - 4) Revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art 395
- I mezzi di impugnazione ordinari sono spendibili contro i vizi palesi della sentenza
- Hanno un dies a quo (giorno dal quale sussiste la possibilità di utilizzare il mezzo di impugnazione, dal quale decorrono i termini entro i quali esperire il mezzo di impugnazione) certo che corrisponde con la pubblicazione della sentenza. Infatti dalla lettura della sentenza pubblicata emergono palesemente i vizi della sentenza stessa.

MEZZI DI IMPUGNAZIONE STRAORDINARI

- I mezzi di impugnazione straordinari sono:
 - 1) Revocazione ex art. 395 per i motivi di cui ai numeri 1,2,3,6.
 - 2) Opposizione di terzo (art.404 c.p.c.)
- I mezzi di impugnazione straordinari sono spendibili contro i vizi occulti
- Il loro dies a quo è incerto, in quanto dipende dalla scoperta del vizio, il quale essendo occulto non è desumibile dalla lettura della sentenza.
- Sono suscettibili di essere utilizzati anche contro le sentenze passate in giudicato formale.

COSA GIUDICATA FORMALE E COSA GIUDICATA SOSTANZIALE

- La cosa giudicata formale: stabilità che acquisisce un provvedimento decisorio del giudice, nel momento in cui non può più essere impugnato per via ordinaria
- La cosa giudicata formale è quella di cui parla l'art. **324 cpc**.
- Benché il codice di rito faccia riferimento alla sola sentenza, la previsione è estensibile a tutti i provvedimenti con contenuto decisorio, quindi anche ai decreti e alle ordinanze.
- La cosa giudicata sostanziale: quando una sentenza passa in giudicato, il suo effetto è quello di obbligare le parti a osservare quanto statuito dal giudice. Si verificano quindi gli effetti del giudicato sostanziale, che sono quelli indicati dall'art. **2909** del codice civile. Producono giudicato anche il lodo arbitrale ed i contratti con funzione di tutela giurisdizionale

Art.2909 cc:

"L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa"

GIUDICATO INTERNO ED ESTERNO

- **giudicato interno**: è il giudicato che si è formato nel processo a conclusione del quale è stata pronunciata la sentenza; esso dispiega i propri effetti sul processo medesimo;
- **giudicato esterno**: è il giudicato che si è formato in un processo diverso da quello a conclusione del quale è stata pronunciata la sentenza; esso opera all'interno di processi diversi instaurati tra le stesse parti.

- ❖ La sentenza di rito non ha effetti sostanziali, enuncia regole di comportamento processuali e non sostanziali
- ❖ La sentenza di rito, secondo l'opinione dominante, non ha effetti al di fuori del processo in cui si è formata
- ❖ Il giudicato si forma sulla res in iudicio decida (la decisione del giudice), non sulla res in iudicio deducta (la richiesta della parte)

COINCIDENZA FRA L'OGGETTO DELLA DOMANDA E DELLA PRONUNCIA

- Tendenzialmente l'oggetto della domanda e della pronuncia (il provvedimento decisorio del giudice) coincidono
 - i. Vi è non coincidenza secundum ius se l'attore ha proposto una pluralità di domande alternative o condizionate ed il giudice risponde solo ad una domanda
- Vi è non coincidenza contra ius quando:
 - i. Il giudice non decide di domande che doveva decidere (infrapetizione)
 - ii. Il giudice decide di domande che non sono state proposte (ultrapetizione)

EFFICACIA DELLA SENTENZA PASSATA IN GIUDICATO IN UN SECONDO PROCESSO

- Fra l'oggetto della prima decisione e l'oggetto del secondo processo vi può essere una relazione di:
 - 1) Identità: l'oggetto del secondo processo coincide con l'oggetto della decisione passata in giudicato nel primo processo. Devono coincidere anche gli altri due profili rilevanti per l'identificazione dell'oggetto del processo: la lesione del diritto e il tipo di tutela richiesta
 - 2) Pregiudizialità
 - 3) dipendenza

- Di solito una **norma** descrive fatti storici al cui verificarsi si realizza un effetto giuridico **X**:

$$A+B+C = X$$

- Talvolta, fra i fattori produttivi della norma vi è un fatto giuridico:

$$A+B+C = X$$

$$X+D+E = Y$$

- **X** è sia fatto giuridico autonomo sia fatto costitutivo di un diverso effetto giuridico
- L'effetto **Y** è **dipendente** dall'effetto **X**
- L'effetto **X** è **pregiudiziale** all'effetto **Y**

- Si ha pregiudizialità quando oggetto della sentenza del primo processo è la situazione pregiudiziale e oggetto del secondo processo è la situazione dipendente, cioè quando la sentenza passata in giudicato ha deciso X e oggetto del secondo processo è Y:

$$A+B+C = X$$

$$X+D+E=Y$$

- Si ha dipendenza quando l'oggetto della sentenza è la situazione dipendente Y e l'oggetto del secondo processo è la situazione pregiudiziale X

$$X+A+B=Y$$

$$C+D+E=X$$

QUESTIONE

❖ Per quanto riguarda la pregiudizialità, nel secondo processo, per decidere Y, fra gli elementi che il giudice deve conoscere c'è anche X, che è stato oggetto di una precedente decisione. Il giudice del secondo processo può liberamente decidere del modo di essere di X o è vincolato a quanto statuito nella prima sentenza?

RISPOSTA:

In base a quanto dice l'art. **2909 cc**, l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto, quindi **ciò che è stato deciso nella sentenza precedente su X è vincolante**.

PREGIUDIZIALITÀ IN SENSO TECNICO

- Un diritto entra a comporre la fattispecie di un altro diritto ($a+b+c=x$; $x+d+e=y$)

PREGIUDIZIALITÀ IN SENSO LOGICO

- Viene dedotto in giudizio uno degli effetti di un rapporto giuridico (rapporto di lavoro, rapporto di filiazione)

QUESTIONE

- ❖ Per quanto riguarda la **dipendenza**, nei casi di **pregiudizialità in senso tecnico**, quando nel secondo processo si deve decidere di X, è vincolante quanto su tale diritto è detto nella prima sentenza, o il secondo giudice può decidere liberamente?

Art.34 cpc:

"Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui"

Ergo: la decisione della questione pregiudiziale ha efficacia di giudicato solo se nel precedente processo, quando è stata discussa, vi è stata l'esplicita domanda di una delle parti o la legge prevede che della questione pregiudiziale si debba decidere con efficacia di giudicato.

QUESTIONE

- ❖ Per quanto riguarda la **dipendenza**, nei casi di **pregiudizialità in senso logico**, è vincolante, in un secondo processo, la qualificazione di un rapporto giuridico che è stata data in un primo processo?

Due soluzioni:

- 1) Per **alcuni** vale lo stesso criterio che si applica per la pregiudizialità in senso tecnico, e quindi quanto detto sul diritto pregiudiziale nel primo processo è vincolante nel secondo processo solo se una delle parti ha esplicitamente chiesto l'accertamento del diritto pregiudiziale o la legge imponeva tale accertamento
- 2) Per **altri** invece **se è stata data una certa qualificazione giuridica ad un rapporto in un primo processo, questa vale anche in un secondo processo**. Una parte non può in un certo processo far valere una qualificazione giuridica del rapporto e negarla in un altro. La qualificazione giuridica del rapporto data nel primo processo è un **antecedente logico necessario**.

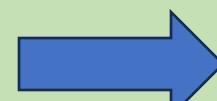
DIVIETO DI FRAZIONAMENTO DEL CREDITO, DI FAR VALERE PART DELLO STESSO CREDITO IN PROCESSI DIVERSI

ESEMPIO: Tizio chiede il **risarcimento dei danni**, limitando espressamente la propria domanda ai danni alla persona, riservandosi di far valere successivamente i danni patrimoniali

- Secondo la **giurisprudenza**, tale **riserva non ha effetto** e la **domanda successiva** con la quale Tizio chiede i danni patrimoniali è **inammissibile**.
- Questa **soluzione non convince**: se il frazionamento del credito non è ammissibile, la causa che deve essere fermata in rito è la prima, non la seconda; non si può nel secondo processo dichiarare una inammissibilità che doveva essere dichiarata nel primo.

I LIMITI SOGGETTIVI

- ❖ Il problema dei limiti soggettivi consiste nel capire **quando quanto statuito nel primo processo vale per il terzo** che partecipa ad un **secondo processo**
- ❖ Il problema dei limiti soggettivi si pone solo quando si giunge alla conclusione che la **precedente sentenza è rilevante per la decisione della seconda controversia**.
- ❖ Se la **prima sentenza non è rilevante nel secondo processo** perché ha ad oggetto un diritto che non è uguale, né pregiudiziale all'oggetto del secondo processo, il terzo (cioè il soggetto che è parte nel secondo processo ma non è stato parte nel primo processo) non ha la necessità di essere difeso da un'efficacia che non lo riguarda. Egli è un **terzo indifferente: comunque siano andate le cose nel precedente processo, a lui non cambia niente**
- ❖ Il problema dei limiti soggettivi sorge quando il terzo è potenzialmente pregiudicato dalla precedente sentenza, quando il **terzo è titolare di una situazione dipendente rispetto a quella decisa nella sentenza passata in giudicato**.

- Il problema dei limiti soggettivi sorge perché il **terzo** che partecipa al secondo processo è **vincolato da quanto statuito nel primo processo ma non ha usufruito del contraddittorio** che è stato instaurato per pervenire alla decisione sulle questioni sorte nel primo processo, decisione che adesso ha efficacia anche verso di lui.
- Infatti, la differenza fondamentale tra le ipotesi in cui il secondo processo si svolge tra gli stessi soggetti che hanno partecipato al primo e le ipotesi in cui il secondo processo vede come parte un soggetto che è stato terzo nel primo processo, è che chi ha partecipato al primo, a differenza di chi non lo ha fatto, ha usufruito del contraddittorio (art.24 cost), si è potuto difendere.
- Estendere gli effetti della prima sentenza su un terzo che partecipa al secondo processo ma che non ha partecipato al primo è una violazione del principio del contraddittorio
- Tuttavia l'art 24 garantisce anche il **diritto di azione**  **Contrasto fra il principio del contraddittorio ed il diritto di azione.**

□ È quindi necessario un criterio per stabilire a seconda dei casi quando si deve estendere l'efficacia della pronuncia al terzo, comprimendo il suo diritto di difesa ma realizzando il diritto di azione della parte vittoriosa nel primo processo.

Tre ipotesi:

1) PRIMA IPOTESI: Il diritto o l'obbligo del terzo sorgono tra l'inizio e la fine del processo che si conclude con la sentenza della cui efficacia si discute nel secondo processo (che ha ad oggetto il diritto o l'obbligo del terzo):

Art. 111 cpc:

"Se nel corso del processo si trasferisce il diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare, il processo prosegue tra le parti originarie.

Se il trasferimento a titolo particolare avviene a causa di morte, il processo è proseguito dal successore universale o in suo confronto.

In ogni caso il successore a titolo particolare può intervenire o essere chiamato nel processo e, se le altre parti vi consentono, l'alienante o il successore universale può esserne estromesso.

La sentenza pronunciata contro questi ultimi spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare ed è impugnabile anche da lui, salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione"

- La sentenza pronunciata contro le parti originarie spiega sempre i suoi effetti anche contro colui che in pendenza di processo ha acquistato un diritto o un obbligo da una delle parti in causa
- Il terzo non deve essere avvertito della pendenza de processo
- Può prendere parte di sua iniziativa al processo, se questo è ancora in corso
- Ha tutti i poteri di difesa se interviene nel processo ancora in corso
- Se il processo è terminato, ha i mezzi di impugnazione esperibili contro la sentenza passata in giudicato.

□ SECONDA IPOTESI: il diritto o l'obbligo del terzo sono sorti dopo il passaggio in giudicato della sentenza, si applica l'art. 2909, secondo il quale la sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa, cioè coloro che hanno acquistato un diritto o un obbligo dopo il passaggio in giudicato della sentenza.

□ **TERZA IPOTESI:** la situazione del terzo nasce prima che venga proposta la domanda

ESEMPIO: *Tizio propone la confessoria servitutis nei confronti di Caio dopo che questi ha già venduto il fondo servente a Sempronio.*

(Confessoria servitutis: il titolare della servitù può farne riconoscere in giudizio l'esistenza contro chi ne contesta l'esercizio e può far cessare gli eventuali impedimenti e turbative. Può anche chiedere la rimessione delle cose in pristino, onde il risarcimento dei danni)

Il processo giunge a conclusione senza che Sempronio vi sia stato chiamato o comunque vi abbia partecipato;

Tizio, vittorioso nel primo processo, instaura un secondo processo contro Sempronio e pretende che questi sia vincolato alla sentenza emessa nel precedente processo;

Le parti del primo processo (Tizio e Caio) hanno trascurato la situazione del terzo (Sempronio), che già esisteva quando la prima domanda è stata proposta → le parti hanno scelto di non instaurare il contraddittorio nei confronti del terzo pur essendo in grado di farlo, in quanto nel momento in cui il primo processo è iniziato, la situazione di Sempronio già esisteva.

È più corretto tutelare il diritto di difesa del terzo piuttosto che il diritto di azione della parte vittoriosa, in quanto è costei ad aver malamente utilizzato il suo diritto di azione.

EFFICACIA NEI CONFRONTI DEL TERZO PER MOTIVI DI DIRITTO SOSTANZIALE

- ❖ A certe condizioni non è esclusa un'**efficacia della sentenza nei confronti del terzo**, la cui situazione sia sorta prima della proposizione della domanda, non per ragioni di diritto processuale (armonizzazione tra diritto di difesa e diritto di azione) ma **per motivi di diritto sostanziale**.

PREGIUDIZIALITÀ ISTANTANEA

La sentenza non ha efficacia nei confronti del terzo per motivi sostanziali nel caso della pregiudizialità istantanea.

Pregiudizialità istantanea: la situazione pregiudiziale deve esistere nel momento in cui sorge la situazione dipendente. Le modificazioni della situazione pregiudiziale, in un momento successivo alla nascita della situazione dipendente, dal punto di vista degli effetti sostanziali sostanziale sono ininfluenti.

ESEMPIO: *ipoteca: perché ipoteca nasca è necessario che il concedente sia proprietario del bene nel momento in cui l'ipoteca è iscritta. Ma affinché l'ipoteca persista non è necessario che il concedente continui ad essere proprietario.*

PREGIUDIZIALITÀ PERMANENTE

La sentenza ha efficacia nei confronti del terzo per motivi sostanziali nel caso della pregiudizialità permanente.

PREGIUDIZIALITÀ PERMANENTE: la situazione pregiudiziale deve esistere non solo nel momento in cui sorge la situazione dipendente, ma deve persistere anche successivamente; il venir meno della situazione pregiudiziale in un momento successivo alla nascita della situazione dipendente produce il venir meno anche della situazione dipendente.

ESEMPIO: *nella sublocazione, se cade la locazione principale, ciò travolge anche il diritto nel subconduttore nei confronti del locatore Tizio*

- ❖ Il terzo titolare di una situazione permanentemente dipendente sia agli atti dispositivi, sostanziali, ai negozi, sia alle sentenze che abbiano ad oggetto la situazione pregiudiziale.
- ❖ Il terzo ha delle protezioni nei confronti dei comportamenti dei titolari della situazione pregiudiziale:
 - I. **Protezione dal dolo**: se gli atti di diritto sostanziale o processuali sono compiuti con lo scopo di pregiudicare il terzo, questi può farli dichiarare a sé inopponibili attraverso i seguenti strumenti:
 - i. **Contro gli atti sostanziali**, dispone dell'**azione revocatoria** (art 2901 cc)
 - ii. **Contro le sentenze**, dispone dell'**opposizione di terzo revocatoria**: il terzo può dimostrare che la sentenza è frutto di dolo e farla dichiarare inefficace nei suoi confronti (art 404 cpc)

II. I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione di un **contratto**, che pregiudica i loro diritti (art. 1416, II, cc). I creditori possono far valere l'**accordo simulatorio delle parti (la collusione)** che si è tradotto in una sentenza.

III. Altre volte la protezione del terzo non è data dal dolo ma da altri presupposti, ad esempio per quanto riguarda la tutela dell'erede legittimario anziché il dolo rileva il titolo dell'atto di disposizione.

AZIONE REVOCATORIA

Art. 2901:

"Il creditore, anche se il credito è soggetto a condizione o a termine, può domandare che siano dichiarati inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni, quando concorrono le seguenti condizioni:

- 1) che il debitore conoscesse il pregiudizio che l'atto arrecava alle ragioni del creditore o, trattandosi di atto anteriore al sorgere del credito, l'atto fosse dolosamente preordinato al fine di pregiudicarne il soddisfacimento;
- 2) che, inoltre, trattandosi di atto a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole del pregiudizio e, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, fosse partecipe della dolosa preordinazione.

Agli effetti della presente norma, le prestazioni di garanzia, anche per debiti altrui, sono considerate atti a titolo oneroso, quando sono contestuali al credito garantito.

Non è soggetto a revoca l'adempimento di un debito scaduto.

L'inefficacia dell'atto non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione"

OPPOSIZIONE DI TERZO

Art. 404 cpc:

"Un terzo può fare opposizione contro la sentenza passata in giudicato o comunque esecutiva pronunciata tra altre persone quando pregiudica i suoi diritti.

Gli aventi causa e i creditori di una delle parti possono fare opposizione alla sentenza, quando è l'effetto di dolo o collusione a loro danno"

SIMULAZIONE

Art. 1416:

"La simulazione non può essere opposta dai contraenti ai creditori del titolare apparente che in buona fede hanno compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contratto simulato.

I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti e, nel conflitto con i creditori chirografari del simulato acquirente, sono preferiti a questi, se il loro credito è anteriore all'atto simulato"

I LIMITI TEMPORALI

- La statuizione contenuta nella sentenza fa riferimento ad un momento storico che è diverso a seconda che si consideri la *quaestio facti* o la *quaestio iuris*
 - I. **Quaestio facti**: attiene alla realtà storica rilevante per la decisione
 - II. **Quaestio iuris**: attiene alle norme di cui si fa applicazione nel decidere la controversia.

LIMITI TEMPORALI RISPETTO ALLA QUAESTIO FACTI

- Per quanto riguarda la **quaestio facti**, l'ultimo momento utile per introdurre novità di fatto in giudizio è **l'udienza di precisazione delle conclusioni** che, in quanto ultima udienza di trattazione, costituisce la cerniera fra la fase di istruzione e la fase di decisione. È l'ultimo momento utile per introdurre nel processo ulteriori elementi di fatto. Quindi il momento determinante è l'ultima udienza di trattazione
 - I. La trattazione si ha solo nelle fasi di merito (primo grado e appello)
 - II. Nel giudizio di cassazione nessuna nuova allegazione è possibile

LA PRECLUSIONE DEL DEDOTTO E DEL DEDUCIBILE

- È necessario introdurre una **preclusione alla possibilità di ripetere processi diversi aventi lo stesso oggetto** ➔ preclusione del dedotto e del deducibile: non è più possibile far valere fatti che già avevano prodotto effetti giuridici al momento della precisazione delle conclusioni e che quindi potevano essere **dedotti e fatti valere nel processo precedente** che ha portato alla pronuncia passata in giudicato
- La **preclusione del dedotto e del deducibile opera quando nel secondo processo ha effetto la prima sentenza**. Quando l'oggetto del secondo processo non è uguale o dipendente da quello della precedente sentenza, la preclusione non trova applicazione.

DEDUCIBILITÀ IN SENSO OGGETTIVO E IN SENSO SOGGETTIVO

- Deducibilità in senso oggettivo: è precluso qualunque fatto che sia venuto ad esistenza prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni
- ❖ Deducibilità in senso soggettivo: nel considerare la preclusione, bisogna considerare la concreta possibilità di allegazione di un fatto non solo venuto ad esistenza, ma anche conosciuto (o conoscibile con la normale diligenza) dalla parte al momento della precisazione delle conclusioni
- Sembra più corretto ritenere che precluso è il fatto concretamente deducibile, in quanto esistente e conosciuto (o conoscibile) dalla parte al momento della precisazione delle conclusioni, quindi **sembra più corretto adottare la nozione di deducibilità in senso soggettivo**.
- Se l'effetto giuridico è prodotto da una **fattispecie complessa**, la preclusione del dedotto e del deducibile scatta solo se, al momento della precisazione delle conclusioni, la fattispecie si è completata e si è dunque prodotto l'effetto.
- La preclusione non opera in relazione a fatti che consistono in una **situazione che dura nel tempo**, se essa è maturata prima della precisazione delle conclusioni.

- Quali effetti sopravvenuti al momento di precisazione delle conclusioni sono idonei a incidere sugli effetti della sentenza?
- Bisogna distinguere fra:
 1. Le sopravvenienze alle sentenze che hanno dichiarato che si è prodotto un effetto giuridico
 2. Le sopravvenienze alle sentenze che hanno negato che si sia prodotto un effetto giuridico

FATTI SOPRAVVENUTI ALLA SENTENZA CHE HA DICHIARATO CHE L'EFFETTO GIURIDICO SI È PRODOTTO

1. I fatti che possono sopravvenire alla sentenza che ha dichiarato che l'effetto giuridico si è prodotto sono i **fatti modificativi** ed **estintivi**.
 - Quando uno o più fatti componenti la fattispecie costitutiva si collocano temporalmente anche in un momento che prosegue oltre l'udienza di precisazione delle conclusioni, anche i **fatti costitutivi** possono incidere sugli effetti della sentenza.
 - Il giudice fa una previsione sulla base della situazione di fatto esistente al momento della precisazione delle conclusioni, quindi ciò che conta per consentire la riproponibilità della domanda non è tanto una modifica della situazione fattuale esistente in quel momento quanto uno **scostamento della evoluzione effettiva della situazione fattuale rispetto alla evoluzione prevista dal giudice**.

ESEMPIO: *Tizio chiede a Caio ed ottiene il risarcimento dei danni perché Caio gli ha volutamente nascosto che sul terreno confinante era prevista la costruzione di un capannone industriale. Dopo che la sentenza passa in giudicato, il capannone non viene più costruito. Tizio deve restituire a Caio i soldi, perché il danno ipotizzato non si è verificato.*

FATTI SOPRAVVENUTI ALLA SENTENZA CHE HA NEGATO IL VERIFICARSI DELL'EFFETTO GIURIDICO

- Bisogna vedere qual è stato il motivo del rigetto, infatti la portata precettiva della pronuncia si determina con riferimento a quell'elemento che il giudice ha ritenuto carente.
- Il fatto sopravvenuto, idoneo a consentire la riapertura del discorso chiuso dal giudicato, deve integrare quell'elemento della fattispecie che il giudice ha ritenuto carente, deve coincidere con il motivo del rigetto.

ESEMPIO: *una domanda di rivendicazione è stata negata perché l'attore non era proprietario. Per riproporre la domanda l'attore deve allegare un fatto acquisitivo della proprietà (che è l'elemento carente)*

LIMITI TEMPORALI RISPETTO ALLA QUAESTIO IURIS

- Rispetto alla quaestio iuris l'**ultimo momento utile per applicare il mutamento normativo è la pubblicazione della sentenza**
- Al contrario di quanto accade per la quaestio facti, la novità normativa deve essere applicata anche dalla Corte di Cassazione.
- L'applicazione delle novità normative, se il processo si trova già nella fase decisoria, deve essere valutata a seconda che esse diano o meno rilevanza a fatti diversi rispetto a quelli rilevanti per l'applicazione della norma previgente.
 - i. Se danno rilevanza a tali fatti, è necessario che la causa torni in istruttoria per dar modo alle parti di allegare e provare i fatti resi rilevanti dalla nuova norma
 - ii. Se non danno rilevanza a tali fatti, basta che il giudice solleciti in sede decisoria il contraddittorio delle parti circa l'applicazione della nuova norma.

RAPPORTI FRA IUS SUPERVENIENS E GIUDICATO

- Stiamo considerando sempre i limiti temporali rispetto alla *quaestio facti*, però mentre nella precedente diapositiva abbiamo parlato di una novità normativa che era rilevata al momento della decisione del giudizio, ora parliamo di una novità normativa che subentra dopo la decisione del giudizio, dopo il giudicato.

INTERESSE ISTANTANEO si realizza in un momento temporale preciso e puntuale: ciò si verifica per gli effetti costitutivi o estintivi di una situazione giuridica; si verifica anche per situazioni strumentali (crediti, diritti potestativi)

INTERESSE PERMANENTE si realizza in un arco temporale durevole (diritto di percepire la retribuzione in un rapporto di lavoro dipendente, diritto di percepire il canone di locazione)

X	A	B
Effetto giuridico	sentenza che disciplina X	nuova norma che disciplina X

- Se la **nuova norma (B)** non è **retroattiva**, X resta sempre disciplinato dalla sentenza A. Ciò vale sia per gli effetti giuridici istantanei che per gli effetti giuridici permanenti.
- Se la **nuova norma (B)** è **retroattiva**:
 - i. In riferimento agli effetti giuridici correlati ad un **interesse istantaneo** la **norma sopravvenuta** non trova mai applicazione, perché l'interesse istantaneo si colloca per intero prima del momento A
 - ii. In riferimento agli effetti giuridici correlati ad un **interesse permanente** la **sentenza disciplina il lasso di tempo fino ad A** mentre la norma retroattiva disciplina il lasso di tempo da A in poi.

RILEVABILITÀ DEL GIUDICATO IN ALTRI PROCESSI

- Il giudicato è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, salvo che la questione sia già stata sollevata e decisa, e quindi si sia già formato il giudicato sul giudicato.
- Il giudice deve esaminare la questione relativa all'esistenza del giudicato prima di decidere il merito.
- Se il giudice si convince che la questione relativa all'esistenza del giudicato è fondata e che quindi esiste un precedente giudicato avente effetto in quel processo, bisogna distinguere fra
 - i. Ipotesi in cui l'oggetto del secondo processo è identico alla precedente sentenza passata in giudicato: in questo caso opera il principio del **ne bis in idem** (non due volte sulla stessa questione): il giudice non ha il potere di decidere nel merito una domanda che è già stata decisa (effetti negativi del giudicato)
 - ii. Ipotesi in cui l'oggetto del secondo processo è diverso dall'oggetto della precedente sentenza: in questo caso occorre una pronuncia che statuisca sulla diversa situazione sostanziale, oggetto del secondo processo, tenendo conto di quanto stabilito nella precedente sentenza; il vincolo del giudicato riguarda quell'elemento, rilevante nel secondo processo, che è già stato deciso con la prima sentenza.

Il giudicato opera quindi in due modi diversi:

1. Se vi è identità di oggetto il ne bis in idem funziona come **presupposto processuale**, escludendo una seconda decisione
2. Se l'oggetto è diverso, il precedente giudicato funziona come **criterio vincolante** che orienta il contenuto della decisione di merito.

CONTRASTO DI GIUDICATI TEORICO

- Contrasto di giudicati teorico: vi è quando **le due sentenze hanno ad oggetto situazioni sostanziali diverse**
ESEMPIO: *il primo giudice ha condannato Tizio a corrispondere gli alimenti a Caio, accertando incidenter tantum (soltanto in via incidentale) che essi sono padre e figlio; il secondo giudice, decidendo principaliter (in via principale) della filiazione, dichiara che Caio non è padre di Tizio*
- Il contrasto teorico presuppone **situazioni sostanziali diverse**, che sono però **connesse** tra loro **per pregiudizialità-dipendenza**, o **dipendono dallo stesso rapporto giuridico**, in modo da rendere possibile o l'applicazione degli **effetti positivi** che, però, per una qualunque ragione **non hanno funzionato**, o da consentire il **cumulo processuale**, cioè la trattazione e decisione unitaria delle cause aventi ad oggetto le due situazioni sostanziali connesse, **cumulo** che però in concreto **non si è realizzato**.
- Quindi i **meccanismi di coordinamento non hanno funzionato** (Tizio non è padre ma paga gli alimenti a Caio) ma la situazione non è giuridicamente impossibile.

CONTRASTO DI GIUDICATI PRATICO

- Le **pronunce** hanno lo stesso oggetto e il **ne bis in idem** per qualunque ragione non ha impedito l'emanazione della seconda sentenza
- Due casi:
 - i. Se le **due pronunce** hanno un **contenuto uguale**, l'inconveniente si limita alla superfluità di una di esse
 - ii. Se le **due pronunce** hanno un **contenuto diverso**, occorre trovare una soluzione, perché Tizio non può essere contemporaneamente figlio e non figlio di Caio

REVOCAZIONE E IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ

- In caso le due sentenze hanno un contenuto diverso, la parte può impugnare la sentenza per **revocazione, ex art. 395, n.5 cpc.**

Art. 395 cpc:

"Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione:

5) se la **sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata**, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione"

- In caso **non venga tempestivamente utilizzato tale mezzo di impugnazione, prevale la sentenza successiva**
- La parte può decidere di impugnare anche ex **art. 829, n.8 cpc.**

Art.829, n.8 cpc:

"L'**impugnazione per nullità** è ammessa, nonostante qualunque preventiva rinuncia, nei casi seguenti:

8) se il **lodo è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti**, purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento"

RILEVANZA DEL GIUDICATO DI RITO IN UN SECONDO PROCESSO

- Secondo l'opinione prevalente il giudicato di rito ha effetti solo per il processo in cui è emesso:

l'art 310, II, cpc esclude l'efficacia delle sentenze di rito al di fuori del processo in cui sono emesse:

Art. 310 cpc:

"L'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti, ma non le sentenze di merito pronunciate nel corso del processo e le pronunce che regolano la competenza"

- ❖ Quindi ex art 310, II, cpc le sentenze di rito sono inefficaci al di fuori del processo in cui sono emesse
- ❖ Ma l'**opinione prevalente non convince** perché si fonda sulla indebita estensione della disciplina, prevista dall'art. 310 cpc per le sentenze non definitive di rito anche alle sentenze definitive di rito

EFFICACIA DELLE SENTENZE NON DEFINITIVE DI RITO E DELLE SENTENZE DEFINITIVE DI RITO FUORI DAL PROCESSO IN CUI SONO STATE EMESSE

- La **sentenza non definitiva di rito** dichiara possibile la pronuncia di merito
- La **sentenza definitiva di rito** dichiara non possibile la pronuncia di merito per la carenza di un presupposto processuale.
- Una **sentenza non definitiva di rito non è destinata a produrre effetti al di fuori del processo in cui è emessa**, poiché accetta che quel processo ha le carte in regola, e dunque la sua portata precettiva sarà assorbita dalla pronuncia di merito
- La **pronuncia definitiva di rito**, al contrario, **è in grado di produrre i suoi effetti al di fuori del processo**, e se non li produce si verificano dei rilevanti inconvenienti in una duplice direzione:
 1. *La stessa domanda potrebbe essere riproposta all'infinito*, e tutte le volte sarebbe necessaria una nuova decisione relativamente al presupposto processuale carente, senza che, le volte successive, il giudice possa dire che la questione processuale è già stata decisa e che quindi non può procedere a riesaminarla.
 2. *Potrebbe portare a inaccettabili conseguenze* come ad esempio:

Tizio, nel corso del processo, propone una domanda che è dichiarata nuova e quindi inammissibile. Tizio quindi la ripropone in un altro processo. È evidente che nel secondo processo si potrà dire che la domanda era nuova.

LITISPENDENZA

- In senso ampio con tale termine si fa riferimento alla **situazione** che si verifica tra la proposizione della domanda giudiziale e il **passaggio** in giudicato formale della sentenza che chiude il processo
- In senso ristretto, con tale termine si connota il **fenomeno** in virtù del quale di fronte a uffici giudiziari diversi sono pendenti due processi che hanno lo stesso oggetto

PRESUPPOSTI PERCHÈ SI ABBIA LA LITISPENDENZA IN SENSO STRETTO

- Occorre che una **stessa causa** sia proposta a giudici diversi
- Per individuare che l'**oggetto delle due cause è uguale**, bisogna considerare **tre elementi**:
 - I. I **soggetti** delle due cause devono essere gli stessi.
 - i. La diversità di soggetti non è rilevante quando, versandosi in un'ipotesi di legittimazione straordinaria (che si verifica quando ad un soggetto è consentito dedurre in giudizio non un proprio diritto ma un diritto altrui) c'è identità di oggetto fra due processi; in questo caso, nonostante la diversità di soggetti c'è ugualmente litispendenza.

II. La **causa petendi** deve essere la stessa. La causa petendi è la fattispecie costitutiva del diritto dedotto in giudizio.

- i. Come abbiamo già detto, i fatti costitutivi del diritto non sono rilevanti per identificare i **diritti autoindividuati**, perché al moltiplicarsi dei fatti costitutivi non consegue il moltiplicarsi del diritto; quindi, se di fronte a un giudice è pendente una controversia che ha ad oggetto un diritto autoindividuato in relazione a una certa causa petendi (ossia in relazione ad una certa fattispecie costitutiva), e di fronte ad un altro giudice è pendente una controversia relativa allo stesso diritto ma sulla base di un'altra causa petendi, ossia di un'altra fattispecie costitutiva, ciò non toglie che l'oggetto dei due processi sia lo stesso e che quindi fra i due processi si abbia litispendenza (proprio perché il diritto individuato non si moltiplica al moltiplicarsi delle fattispecie costitutive).
- ii. Per i **diritti eteroindividuati** invece vi sono tanti diritti quante sono le fattispecie costitutive (causae petendi). Per vedere se c'è litispendenza bisogna vedere se le fattispecie costitutive dei diritti dedotti in giudizio coincidono o meno. Se coincidono, il diritto dedotto nei due giudizi è lo stesso e quindi c'è litispendenza. Se non coincidono non c'è litispendenza.

III. Il **petitum** deve essere uguale. Il petitum è la tutela che si richiede al giudice. Se il tipo di tutela che si richiede nei due processi è diverso, fra i due processi non vi è litispendenza.

CONTINENZA DI CAUSE

- ❖ Si applica a due fenomeni diversi:
 - 1) **Un processo contiene l'altro.** Ciò può verificarsi **in relazione al tipo di tutela richiesta** (in un processo si chiede il mero accertamento della proprietà di un bene e in un altro processo si agisce in rivendicazione di quello stesso bene) o **in relazione ai diritti dedotti in giudizio** (l'oggetto di un processo è maggiore rispetto a quello di un altro: in un processo è chiesta solo la restituzione del mutuo e nell'altro anche il pagamento degli interessi)
 - 2) **Sono pendenti in processi separati due effetti diversi scaturenti da un unico rapporto** (in un processo il lavoratore dipendente chiede il pagamento della tredicesima, in un altro il pagamento delle ferie). Ambedue i processi sono potenzialmente produttivi di giudicato sullo stesso rapporto fondamentale (il giudicato sul rapporto alla base dei diritti è eventuale: si produce solo se, per decidere della domanda proposta, il giudice deve portare l'attenzione sull'esistenza, inesistenza o modo di essere del rapporto). Per evitare più giudicati sullo stesso rapporto fondamentale la giurisprudenza applica il rimedio della continenza.

Art. 39 cpc:

"Se una stessa causa è proposta davanti a giudici diversi, quello successivamente adito, in qualunque stato e grado del processo, anche d'ufficio, dichiara con ordinanza la litispendenza e dispone con ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo.

Nel caso di continenza di cause, se il giudice preventivamente adito è competente anche per la causa proposta successivamente, il giudice di questa dichiara con ordinanza la continenza e fissa un termine perentorio entro il quale le parti debbono riassumere la causa davanti al primo giudice. Se questi non è competente anche per la causa successivamente proposta, la dichiarazione della continenza e la fissazione del termine sono da lui pronunciate .

La prevenzione è determinata dalla notificazione della citazione ovvero dal deposito del ricorso."

➤ La litispendenza e la continenza sono rilevabili in ogni stato e grado del giudizio.

- Nella litispendenza, essendo l'oggetto dei due processi lo stesso, uno dei due è superfluo
- La tutela richiesta può provenire indifferentemente dalla sentenza di ciascuno dei due processi
- È necessario e sufficiente chiudere uno dei due processi con ordinanza di rito dichiarando la litispendenza
- Criterio della prevenzione: va avanti il processo instaurato per primo e si chiude l'altro.
- Per stabilire quale processo è stato notificato per primo bisogna vedere il momento in cui è stata notificata la citazione; per i processi che traggono origine da un ricorso, la prevenzione è data dalla priorità del deposito dello stesso nella cancelleria del giudice adito.

- Quando l'art 39 parla di giudici diversi, intende uffici giudiziari diversi
- Se vi è litispendenza o continenza fra cause pendenti di fronte allo stesso ufficio giudiziario, non si applicano i meccanismi ex art. 39 ma quelli ex art. 273 cpc.

Art. 273 cpc:

"Se più procedimenti relativi alla stessa causa pendono davanti allo stesso giudice, questi, anche d'ufficio, ne ordina la riunione.

Se il giudice istruttore o il presidente della sezione ha notizia che per la stessa causa pende procedimento davanti ad altro giudice o ad altra sezione dello stesso tribunale, ne riferisce al presidente, il quale, sentite le parti, ordina con decreto la riunione, determinando la sezione o designando il giudice davanti al quale il procedimento deve proseguire."

- Nella continenza prosegue il giudice adito per primo a condizione che sia competente anche per la causa pendente di fronte all'altro giudice; altrimenti prosegue il giudice adito successivamente
- Con la sentenza che dichiara la continenza il giudice assegna un termine per trasferire la causa così chiusa di fronte all'altro giudice che prosegue (che si troverà quindi una causa con duplice oggetto)
- Le pronunce in tema di continenza e litispendenza sono equiparate alle ordinanze di competenza quanto ai mezzi di impugnazione (sono soggette a regolamento di competenza: art. 42 cpc)

CONNESSIONE

Art. 40 cpc, I,II, cpc

"Se sono proposte davanti a giudici diversi più cause le quali, per ragione di connessione possono essere decise in un solo processo, il giudice fissa con ordinanza alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa accessoria davanti al giudice della causa principale, e negli altri casi davanti a quello preventivamente adito.

La connessione non può essere eccepita dalle parti né rilevata d'ufficio dopo la prima udienza, e la rimessione non può essere ordinata quando lo stato della causa principale o preventivamente proposta non consente l'esauriente trattazione e decisione delle cause connesse."

- Più cause con punti in comune si trovano pendenti di fronte ad uffici giudiziari diversi;
- L'art 40 consente che le cause siano riunite di fronte ad un solo ufficio giudiziario.
- Se le più cause connesse pendono di fronte allo stesso ufficio giudiziario, si applica l'art. 274 cpc.

Art 274 cpc:

"Se più procedimenti relativi a cause connesse pendono davanti allo stesso giudice, questi, anche d'ufficio, può disporne la riunione.

Se il giudice istruttore o il presidente della sezione ha notizia che per una causa connessa pende procedimento davanti ad altro giudice o davanti ad altra sezione dello stesso tribunale, ne riferisce al presidente, il quale, sentite le parti, ordina con decreto che le cause siano chiamate alla medesima udienza davanti allo stesso giudice o alla stessa sezione per i provvedimenti opportuni"

CONDIZIONI PER LA RIUNIONE

- La causa deve essere eccepita dalle parti, o rilevata d'ufficio, non oltre la prima udienza della causa proposta successivamente.
 - La riunione non può essere effettuata se la causa proposta antecedentemente si trova già in uno stato di istruttoria avanzato, che non consenta la trattazione esauriente della causa che le viene riunita
- Quando ci sono queste due condizioni, la connessione opera attraverso la fissazione, con ordinanza, di un termine per la riassunzione della causa proposta dopo di fronte al giudice della causa proposta prima. Il giudice della causa attraente viene così a decidere di entrambe le cause connesse.

CUMULO DI CAUSE ASSOGGETTATE A RITI DIVERSI

Art. 40, III, IV, V, VI, VII cpc

"Nei casi previsti negli articoli 31, 32, 34, 35 e 36, le cause, cumulativamente proposte o successivamente riunite, debbono essere trattate e decise col rito ordinario, salvo l'applicazione del solo rito speciale quando una di tali cause rientri fra quelle indicate negli articoli 409 e 442. In caso di connessione ai sensi degli articoli 31, 32, 34, 35 e 36 tra causa sottoposta al rito semplificato di cognizione e causa sottoposta a rito speciale diverso da quello previsto dal primo periodo, le cause debbono essere trattate e decise con il rito semplificato di cognizione.

Qualora le cause connesse siano assoggettate a differenti riti speciali debbono essere trattate e decise col rito previsto per quella tra esse in ragione della quale viene determinata la competenza o, in subordine, col rito previsto per la causa di maggior valore.

Se la causa è stata trattata con un rito diverso da quello divenuto applicabile ai sensi del terzo comma, il giudice provvede a norma degli artt. 426, 427 e 439.

Se una causa di competenza del giudice di pace sia connessa per i motivi di cui agli articoli 31, 32, 34, 35 e 36 con altra causa di competenza del tribunale, le relative domande possono essere proposte innanzi al tribunale affinché siano decise nello stesso processo.

Se le cause connesse ai sensi del sesto comma sono proposte davanti al giudice di pace e al tribunale, il giudice di pace deve pronunziare anche d'ufficio la connessione a favore del tribunale."

CAUSE ACCESSORIE E CAUSE PRINCIPALI

- La domanda giudiziale si qualifica accessoria quando, pur avendo **petitum e causa petendi autonomi**, rappresenta una **conseguenza logica e giuridica** della domanda formulata nella **causa principale**; così se viene rigettata nel merito la domanda principale cade anche quella accessoria, ma non viceversa (**ESEMPIO** : *l'accoglimento della domanda di pagamento degli interessi moratori dipende da quello della domanda di condanna del debitore moroso al pagamento della somma dovuta*).

Art. 31 cpc

"La domanda accessoria può essere proposta al giudice territorialmente competente per la domanda principale affinché sia decisa nello stesso processo, osservata, quanto alla **competenza per valore**, la disposizione dell'**articolo 10, secondo comma**" (art. 10, II: sommatoria delle domande proposte contro lo stesso soggetto; interessi scaduti, spese e danni anteriori alla proposizione della domanda si sommano col capitale)

DOMANDE CONNESSE PER GARANZIA

- si ha connessione per garanzia quando **una delle parti della causa principale (c.d. garantito) fa valere nei confronti di un terzo (c.d. garante) la pretesa di uscire indenne nel caso di sua soccombenza in quel giudizio.**

Art. 32 cpc:

"La domanda di garanzia può essere proposta al giudice competente per la causa principale affinché sia decisa nello stesso processo. Qualora essa ecceda la competenza per valore del giudice adito, questi rimette entrambe le cause al giudice superiore assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione"

ACCERTAMENTI INCIDENTALI

Art. 34 cpc:

"Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui"

ECCEZIONE DI COMPENSAZIONE

Art. 35 cpc

"Quando è opposto in compensazione un credito che è contestato ed eccede la competenza per valore del giudice adito, questi, se la domanda è fondata su titolo non controverso o facilmente accertabile, può decidere su di essa e rimettere le parti al giudice competente per la decisione relativa all'eccezione di compensazione, subordinando, quando occorre, l'esecuzione della sentenza alla **prestazione di una cauzione**; altrimenti provvede a norma dell'articolo precedente"

- L'eccezione di compensazione di per sé non estende l'**oggetto del processo**, ma l'estensione consegue soltanto alla contestazione da parte dell'attore della esistenza di tale controcredito, imponendo che sul diritto del convenuto si decida con piena efficacia di giudicato

- La compensazione viene dedotta nel giudizio tramite **eccezione**; non è da escludere che il controcredito del convenuto possa essere dedotto, nel medesimo processo, a mezzo di **domanda giudiziale** (c.d. riconvenzionale compensativa), e ciò nel caso in cui esso sia di **ammontare superiore** rispetto al credito principale vantato dall'attore, e il convenuto intenda ottenere da quest'ultimo il pagamento della differenza
- L'eccezione di compensazione non necessita di apposita istanza, essendo sufficiente che dal comportamento difensivo della parte risulti inequivocabilmente la volontà di far dichiarare estinto il proprio credito a causa della contemporanea esistenza di un proprio contrapposto debito
- Se il convenuto eccepisce il controcredito e l'attore non lo contesta, la parte costituente il residuo non sarà oggetto di giudicato (non si pongono problemi di competenza per il giudice adito).
- Qualora, invece, l'attore contesti l'esistenza del controcredito (maggiore del credito originario) opposto in compensazione, il giudice dovrà decidere con efficacia di giudicato dell'intero controcredito, non solo della parte necessaria per compensare il credito dell'attore .

CAUSE RICONVENZIONALI

Art.36:

"Il giudice competente per la causa principale conosce anche delle domande riconvenzionali che dipendono dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione, purché non eccedano la sua competenza per materia o valore; altrimenti applica le disposizioni dei due articoli precedenti"

- Si definisce **domanda riconvenzionale** la controdomanda proposta dal convenuto nei confronti dell'attore e, più in generale, la domanda proposta, in corso di processo, contro chi è già parte del giudizio. Essa va **distinta dalla figura dell'eccezione riconvenzionale**, istituto mediante il quale il convenuto deduce in giudizio una situazione sostanziale nuova e diversa rispetto a quella dedotta dall'attore, ma quale mero fatto impeditivo, modificativo, estintivo, senza estendere l'ambito oggettivo del giudizio, ossia al solo fine di ottenere il rigetto della domanda della controparte, senza che sul diritto del convenuto si formi un accertamento idoneo al giudicato.

CONTROVERSIE INDIVIDUALI DI LAVORO

Art.409 cpc:

"Si osservano le disposizioni del presente capo (controversie individuali di lavoro) nelle controversie relative a:

- 1) **rapporti di lavoro subordinato privato**, anche se non inerenti all'esercizio di una impresa;
- 2) rapporti di mezzadria, di colonia parziaria, di partecipazione agraria, di affitto a coltivatore diretto, nonché rapporti derivanti da altri **contratti agrari**, salva la competenza delle sezioni specializzate agrarie;
- 3) rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri **rapporti di collaborazione** che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato. La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa;
- 4) rapporti di lavoro dei **dipendenti di enti pubblici** che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica;
- 5) rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri **rapporti di lavoro pubblico**, sempreché non siano devoluti dalla legge ad altro giudice."

CONTROVERSIE IN MATERIA DI PREVIDENZA E DI ASSISTENZA OBBLIGATORIE

Art.442 cpc:

"Nei procedimenti relativi a **controversie** derivanti dall'applicazione delle norme riguardanti le **assicurazioni sociali**, gli **infortuni sul lavoro**, le **malattie professionali**, gli **assegni familiari**, nonché **ogni altra forma di previdenza e di assistenza obbligatorie**, si osservano le **disposizioni** di cui al capo primo (**controversie individuali di lavoro**) di questo titolo.

Anche per le controversie relative alla inosservanza degli obblighi di assistenza e di previdenza **derivanti da contratti e accordi collettivi** si osservano le disposizioni di cui al capo primo di questo titolo.

Per le controversie di cui all'articolo 7, terzo comma, numero 3-bis), non si osservano le disposizioni di questo capo, né quelle di cui al capo primo di questo titolo."

PASSAGGIO DAL RITO ORDINARIO AL RITO SPECIALE

Art.426:

"Il giudice, quando rileva che una causa promossa nelle forme ordinarie riguarda uno dei rapporti previsti dall'articolo 409, fissa con ordinanza l'udienza di cui all'articolo 420 (udienza di discussione della causa – norme sulle controversie individuali di lavoro) e il termine perentorio entro il quale le parti dovranno provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti in cancelleria.

Nell'udienza come sopra fissata provvede a norma degli articoli che precedono

PASSAGGIO DAL RITO SPECIALE AL RITO ORDINARIO

Art. 427 cpc:

"Il giudice, quando rileva che una **causa** promossa nelle forme stabilite dal presente capo riguarda un rapporto diverso da quelli previsti dall'articolo 409, se la causa stessa rientra nella sua competenza dispone che gli atti siano messi in regola con le disposizioni tributarie; altrimenti la rimette con ordinanza al giudice competente, fissando un termine perentorio non superiore a trenta giorni per la riassunzione con il rito ordinario.

In tal caso le prove acquisite durante lo stato di rito speciale avranno l'efficacia consentita dalle norme ordinari"

❖ Art. 40 c.p.c. affronta e risolve il problema che pone il cumulo fra più cause assoggettate a riti processuali diversi. non riguarda tutti i casi di cumulo: richiama gli art. 31,32,34,35,36 (connessione forte o per subordinazione) , non richiama l'art. 33 (cumulo soggettivo, connessione debole o per coordinazione). Pertanto se il rito è diverso le cause connesse ex articolo 33 non possono essere trattate insieme.

CUMULO SOGETTIVO

Art. 33 cpc:

"Le cause contro più persone che a norma degli articoli 18 (foro generale delle persone fisiche)e 19 (foro generale delle persone giuridiche e delle associazioni non riconosciute) dovrebbero essere proposte davanti a giudici diversi, se sono connesse per l'oggetto o per il titolo possono essere proposte davanti al giudice del luogo di residenza o domicilio di una di esse, per essere decise nello stesso processo"

LA CAPACITÀ PROCESSUALE

Quando si parla di capacità si fa riferimento a due fenomeni diversi:

1) Capacità di essere parte cioè di assumere il ruolo di soggetto del processo e di essere destinatario degli effetti degli atti processuali. Questa capacità è strettamente correlata alla capacità giuridica di cui all'articolo 1 c.c. cioè alla qualità di soggetto di diritto (capacità di essere titolare di diritti e doveri giuridici). Colui che soggetto del processo e quindi destinatario degli effetti degli atti processuali può essere definito come **parte in senso processuale**.

Art. 1 cc:

"La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita.

I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita"

CAPACITÀ GIURIDICA: attitudine ad essere titolari di poteri e doveri giuridici

2) Capacità di compiere atti del processo, che corrisponde sul piano sostanziale alla **capacità di agire** ex articolo 2 c.c. Ai sensi dell'**articolo 75 c.p.c.** si ha la capacità di compiere atti nel processo quando si ha il libero esercizio dei diritti oggetto del processo stesso. Per cui **ha capacità processuale chiunque ha capacità di agire sul piano sostanziale in relazione al diritto controverso**

ESEMPIO: *l'articolo 2 c.c. stabilisce che è consentito al minore di 18 anni di stipulare contratti di lavoro. In questo caso il minore è capace di agire in relazione ai diritti agli obblighi che scaturiscono dal contratto di lavoro e conseguentemente ha anche la capacità processuale di compiere atti processuali, se oggetto del processo sono tali diritti e obblighi).*

Colui che compie atti del processo può essere definito come **parte in senso formale**. Un soggetto capace giuridicamente ma senza la capacità di agire (e quindi senza neanche la capacità di compiere atti del processo) in relazione ad un certo diritto può essere destinatario degli effetti degli atti processuali ma non li può compiere.

Art.2 cc:

"La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa.

Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro"

Art.75 cpc:

"Sono capaci di stare in giudizio le persone che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere.

Le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità.

Le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma della legge o dello statuto.

Le associazioni e i comitati, che non sono persone giuridiche, stanno in giudizio per mezzo delle persone indicate negli articoli 36 e seguenti del Codice civile"

❖ l'articolo 75 stabilisce che gli **incapaci debbono stare in giudizio rappresentati o assistiti o autorizzati secondo le norme che regolano la loro capacità d'agire**. Nel processo in cui è parte un **incapace** questi è **destinatario degli effetti giuridici degli atti del processo (parte in senso processuale)** mentre **colui che compie gli atti processuali è il suo rappresentante legale (parte in senso formale)**. Se l'incapace manca di un rappresentante o il rappresentante è in conflitto di interessi col rappresentato, occorre procedere alla **nomina di un curatore speciale ai sensi degli articoli 78,79,80 c.p.c.**, curatore che rappresenta il minore soltanto in quel processo.

- Art. 78 cpc:

"Se manca la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, e vi sono ragioni d'urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta un curatore speciale che li rappresenti o assista finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza.

Si procede altresì alla nomina di un curatore speciale al rappresentato, quando vi è conflitto di interessi col rappresentante"

- Art.79 cpc:

"La nomina del curatore speciale di cui all'articolo precedente può essere in ogni caso chiesta dal pubblico ministero. Può essere chiesta anche dalla persona che deve essere rappresentata o assistita, sebbene incapace, nonché dai suoi prossimi congiunti e, in caso di conflitto di interessi, dal rappresentante.

Può essere inoltre chiesta da qualunque altra parte in causa che vi abbia interesse"

- Art.80 cpc:

"L'istanza per la nomina del curatore speciale si propone al giudice di pace o al presidente dell'ufficio giudiziario davanti al quale si intende proporre la causa. Se la necessità di nominare un curatore speciale sorge nel corso di un procedimento, anche di natura cautelare, **alla nomina provvede, d'ufficio, il giudice che procede** Il giudice, assunte le opportune informazioni e sentite possibilmente le persone interessate, provvede con decreto. Questo è comunicato al pubblico ministero affinché provochi, quando occorre, i provvedimenti per la costituzione della normale rappresentanza o assistenza dell'incapace, della persona giuridica o dell'associazione non riconosciuta"

RAPPRESENTANZA LEGALE: rappresentanza imposta dalla legge per gli incapaci

RAPPRESENTANZA VOLONTARIA: Differisce dal rappresentanza legale per il fatto che il rappresentato volontario ha il potere di compiere anch'egli gli atti del processo potere che invece il rappresentato legale non ha.

RAPPRESENTANZA ORGANICA: chi sta in giudizio per le persone giuridiche e per i soggetti di diritto che non sono persone giuridiche come i comitati, le associazioni non riconosciute. Gli atti del rappresentante organico sono atti dell'ente. Ciò rileva ad esempio per quanto riguarda la responsabilità per gli atti illeciti di cui risponde direttamente l'ente rappresentato.

L'AUTORIZZAZIONE

- ❖ L'autorizzazione riguarda la rappresentanza legale e organica.
- ❖ Colui che compie gli atti processuali deve essere munito **se ciò è previsto** dell'autorizzazione di un altro soggetto. L'autorizzazione è **requisito per la regolare costituzione in giudizio e per il regolare compimento degli atti del processo**. Il rappresentante può compiere validamente gli atti processuali solo in presenza dell'autorizzazione.
- ❖ Ciascun soggetto che deve essere autorizzato ha l'**onere di procurarsi la propria autorizzazione**.
- ❖ L'inosservanza dell'onere di procurarsi le autorizzazioni necessarie per potersi validamente costituire in giudizio comporta l'invalidità di tutti gli atti processuali compiuti dal soggetto non munito dell'autorizzazione prescritta essendo invalida la sua **costituzione in giudizio**.
- ❖ L'autorizzazione costituisce condizione per la decisione di merito solo dalla parte dell'attore e non anche dalla parte del convenuto: infatti **se manca l'autorizzazione dell'attore è invalida la domanda giudiziale**, per cui il processo non può giungere ad una pronuncia di merito. Invece se l'autorizzazione manca al convenuto, ciò non impedisce l'emanazione di una pronuncia di merito perché gli atti processuali compiuti dal convenuto senza autorizzazione sono sì invalidi ma ciò non impedisce la pronuncia di merito (**convenuto contumace**).

DIFETTO DI RAPPRESENTANZA O DI AUTORIZZAZIONE

Art. 182 cpc

"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 (o se si tratta di ricorso, fin dal momento dell'originario deposito in cancelleria dello stesso)"

❖ Il **difetto relativo alla capacità processuale** è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo (salvo il giudicato)

- ❖ Gli atti processuali già compiuti devono essere compiuti di nuovo tranne che si abbia la ratifica dell'interessato.
- ❖ L'autorizzazione può essere data in qualunque momento, anche nel corso del processo, finché il giudice non abbia emesso un provvedimento che abbia accertato il difetto di autorizzazione e ne abbia tratto le debite conseguenze. Una volta data, l'autorizzazione integra retroattivamente la condizione di efficacia degli atti delle parti, rende efficaci ex post anche gli atti compiuti prima che l'autorizzazione fosse concessa operando come una sorta di ratifica.

INCAPACITÀ NATURALE

428 cc:

"Gli **atti** compiuti da **persona** che, sebbene non interdetta , si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, **incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti**, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore.

L'annullamento dei contratti non può essere pronunziato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente.

L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto.

Resta salva ogni diversa disposizione di legge"

- ❖ L'incapacità naturale non può essere fatta valere dalla controparte. Infatti, sul piano sostanziale l'atto compiuto dall'incapace naturale è annullabile e non nullo quindi **spetta all'incapace stesso scegliere se far valere o meno la sua incapacità.**
- ❖ Nelle ipotesi in cui l'incapacità naturale abbia inciso sul diritto di difesa del soggetto, può essere utilizzata la **rimessione in termini** (concessione di nuovi termini) ex articolo 153 c.p.c.

153 cpc:

"I termini perentori non possono essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti.

La parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'articolo 294, secondo e terzo comma"

LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE

Art.81 cpc:

"Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui"

LEGITTIMAZIONE ORDINARIA

- chi agisce in giudizio deve farlo per la **tutela di un diritto proprio** e deve proporre la **domanda nei confronti del o dei titolari dei doveri correlati a tale diritto e funzionali alla soddisfazione dello stesso**;
- legittimato è colui nei cui confronti si produrranno gli effetti della misura giurisdizionale.
- Chi propone la domanda deve chiedere la tutela di un suo diritto attraverso la determinazione di regole di condotta che si impostaanno a lui ed al soggetto nei cui confronti egli chiede la tutela (legittimati ordinari).
- Il giudice deve valutare la legittimazione ad agire solo sulla base della domanda e non attraverso un'indagine volta ad accertare se colui che agisce è veramente titolare del diritto fatto valere.
- Se, sulla base delle contestazioni del convenuto e dell'istruttoria effettuata il giudice si convince che l'attore non è il titolare del diritto fatto valere, rigetta nel merito la domanda.

LEGITTIMAZIONE STRAORDINARIA

- Tassatività: Solo nei casi espressamente previsti dalla legge è possibile che un soggetto faccia valere in giudizio un diritto di cui egli afferma l'altrui titolarità.
- Ipotesi di legittimazione straordinaria:
 - a) **Azione surrogatoria**, art. 2900 c.c.: il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso terzi al proprio debitore.

Art. 2900 cc:

"Il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare.

Il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi"

b) Il pubblico ministero in quanto organo pubblico agisce facendo valere situazioni giuridiche altrui.

Art. 69 cpc:

"Il pubblico ministero esercita l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge"

c) Ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia.

- Le spese processuali sono liquidate a favore o a carico del legittimato straordinario mentre nella rappresentanza sono liquidate a favore o a carico del rappresentato.

- Il difetto di legittimazione è rilevabile in ogni stato e grado del processo, anche di ufficio, salvo il giudicato. Esso è insanabile e quindi se riscontrato sussistente comporta la immediata chiusura in rito del processo.

INTERESSE AD AGIRE

Art. 100 cpc:

"Per proporre una domanda o per contraddirne la stessa è necessario avervi interesse"

- L'interesse ad agire serve ad **evitare che si scenda all'esame del merito** quando la domanda o la difesa possono essere fondate ma, se anche lo sono, il loro accoglimento non produce alcun effetto utile nella sfera giuridica di chi le ha proposte.
- Se invece la domanda o la difesa sono infondate nel merito, tali che non potrebbero essere accolte, allora l'interesse ad agire non serve in quanto lo scopo di evitare attività processuali inutili è svolto dalle regole che presiedono al merito.
- Quando **non vi è interesse ad agire** il giudice deve emettere una **sentenza di rito** dichiarando la **carenza di interesse ad agire**.
- L'interesse ad agire può essere carente con riferimento al **mezzo processuale** oppure al **risultato del processo**

INTERESSE AD AGIRE IN RIFERIMENTO AL MEZZO

- 1) L'effetto chiesto al giudice è utile ma la parte può ottenerlo per una via diversa da quella giurisdizionale: di solito attraverso strumenti di diritto sostanziale, cioè spendendo poteri di natura sostanziale (es. In materia di lavoro subordinato l'ordinamento fornisce il datore del potere unilaterale di risoluzione del rapporto, per cui il datore raggiunge l'effetto risolutivo del rapporto attraverso l'utilizzazione di un potere sostanziale. Quindi egli non ha bisogno del mezzo processuale per arrivare allo scopo).

INTERESSE AD AGIRE IN RIFERIMENTO AL RISULTATO DEL PROCESSO

➤ 2) Gli effetti richiesti possono essere ottenuti solo in via giurisdizionale e quindi l'interesse al mezzo c'è, però tali effetti non servono perché lasciano la parte che li richiede e li ottiene nella stessa situazione di prima (es. Se un proprietario agisse in giudizio contro altri soggetti per sentirsi accertata la proprietà di un bene, proprietà che questi non gli hanno contestato, la sentenza che accogliesse la domanda sarebbe giusta ma non gli recherebbe alcuna utilità).

INTERESSE A CONTRADDIRE

➤ Anche la parte che resiste alla domanda può spendere mezzi che magari sono fondati ma non servono.

ESEMPIO: è stata proposta la domanda di divisione ereditaria da parte del beneficiario del testamento. Il convenuto si difende eccependo la falsità del testamento. Se la delazione ereditaria (l'offerta dell'eredità al chiamato all'eredità) non muta, anorché il testamento sia nullo, l'eccezione di invalidità del testamento è una eccezione inutile. Così vi possono essere tutta una serie di mezzi di difesa che magari sono fondati ma che non sono utili alla parte

PROFILI DINAMICI DELL'INTERESSE AD AGIRE

- Il difetto di interesse ad agire è rilevabile in ogni stato e grado del processo, anche d'ufficio, salvo il giudicato, ed è insanabile.
- L'interesse ad agire può sopravvenire o venir meno nel corso del giudizio: ciò che conta è la sua esistenza al momento del giudizio (ESEMPIO *Tizio propone contro Caio una domanda di mero accertamento di un diritto, che Caio non aveva contestata stragiudizialmente ma che contesta costituendosi in giudizio. Ciò comporta il sopravvenire dell'interesse ad agire, inizialmente carente*)
- La decisione di merito emessa in carenza di interesse ad agire non è invalida ma è inutile, ecco perché può esserci fungibilità fra accoglimento nel merito e rigetto in rito per carenza di interesse ad agire: ad esempio, se la causa è matura per la decisione di merito mentre dovrebbe essere istruita sull'interesse ad agire, il giudice ben può accogliere nel merito la domanda senza che ciò comporti inconvenienti di rilievo. Altrimenti l'interesse ad agire al posto di far risparmiare tempo, che è lo scopo a cui è predisposto, rischierebbe per far sprecar tempo, in quanto richiederebbe più tempo l'istruzione sull'interesse ad agire che la decisione nel merito della domanda e si perverrebbe comunque allo stesso risultato.

ESEMPIO *impugnato di falsità il testamento, la controparte riconosce che il testamento è falso, deducendo peraltro la irrilevanza di tale falsità, stante una successione ex lege contenente un'identica delazione. Sorgono però dubbi sul fatto se effettivamente la delazione ex lege coincida con quella prevista nel testamento impugnato, sicché, per dichiarare il difetto di interesse ad agire, il giudice dovrebbe verificare tale circostanza, mentre può accogliere nel merito la domanda, stante che la controparte ha riconosciuto che il testamento è effettivamente falso. Dunque il giudice fa prima ad accogliere la domanda nel merito che a rigettarla in rito per carenza di interesse ad agire.*

LA RAPPRESENTANZA TECNICA

- Il **diritto alla rappresentanza tecnica** (diritto di farsi assistere da un avvocato) è sempre possibile.
- **Quasi sempre** vi è l'**obbligo alla rappresentanza tecnica** per far sì che gli atti processuali siano compiuti da professionisti che non creino intralcio nello svolgimento del processo.
- Laddove il **processo non è giurisdizionale** (come accade nell'arbitrato) la parte ha sempre il **diritto ma non ha mai l'obbligo della difesa tecnica** (L'**arbitrato** è un processo privato che non comporta una spedita di denaro pubblico quindi non è necessario evitare intralci nel processo che rischiano di far sprecare tempo e denaro pubblico).
- Nel **processo civile**, a differenza di ciò che accade nel processo penale, la **parte può liberamente scegliere se partecipare al processo o rimanere inerte**. Se decide di non difendersi il processo andrà avanti senza di lei.

PROCURA ALLE LITI

Art.84 cpc:

"Quando la parte sta in giudizio col ministero di un **difensore**, questi **dove essere munito di procura**.

La **procura alle liti** può essere **generale** o **speciale**, e deve essere conferita con atto pubblico o scrittura privata autenticata.

La procura speciale può essere anche apposta in calce o a margine della citazione, del ricorso, del controricorso, della comparsa di risposta o d'intervento, del precetto o della domanda d'intervento nell'esecuzione, ovvero della memoria di nomina del nuovo difensore, in aggiunta o in sostituzione del difensore originariamente designato. In tali casi l'autografia della sottoscrizione della parte deve essere certificata dal difensore. La procura si considera apposta in calce anche se rilasciata su foglio separato che sia però congiunto materialmente all'atto cui si riferisce o su documento informatico separato sottoscritto con firma digitale e congiunto all'atto cui si riferisce mediante strumenti informatici, individuati con apposito decreto del Ministero della giustizia. Se la procura alle liti è stata conferita su supporto cartaceo, il difensore che si costituisce attraverso strumenti telematici ne trasmette la copia informatica autenticata con firma digitale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici e trasmessi in via telematica.

La **procura speciale si presume conferita soltanto per un determinato grado del processo**, quando nell'atto non è espressa volontà diversa.

POTERI DEL DIFENSORE

Art. 84 cpc:

"Quando la parte sta in giudizio col ministero del difensore, questi può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati.

In ogni caso non può compiere atti che importano disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere"

REVOCA E RINUNCIA ALLA PROCURA

Art.85 cpc:

"La procura può essere sempre revocata e il difensore può sempre rinunciarvi, ma la revoca e la rinuncia non hanno effetto nei confronti dell'altra parte finché non sia avvenuta la sostituzione del difensore"

- La procura deriva dal **contratto di mandato** che lega la parte e il suo difensore.
- La **rappresentanza tecnica** deroga alla fattispecie del mandato con rappresentanza in due casi che realizzano la cosiddetta **ultrattività del mandato**:
 - 1) Mentre la **rinuncia** e la **revoca nel mandato** fanno estinguere il mandato stesso automaticamente, nel caso invece del **mandato del difensore tecnico** questo effetto non avviene immediatamente ma **solo quando vi sia stata nomina di un nuovo difensore**. Quindi si ha una **prosecuzione del mandato** nei confronti della controparte nonostante la revoca o la rinuncia.
 - 2) Contrariamente a quanto accade nel **contratto di mandato** dove **la morte del mandante** estingue il mandato automaticamente **la morte del cliente** non estingue automaticamente il mandato del suo rappresentante tecnico. dichiara nel l'effetto estintivo si produce solo quando lo stesso difensore processo la morte del suo cliente.

PROCURA ALLE LITI SPECIALE E PROCURA ALLE LITI GENERALE

- **Procura alle liti speciale**: Quando il mandato è riferibile ad un singolo processo che la parte vuole instaurare o che contro la parte è stato instaurato.
- **Procura generale**: La parte fornisce il difensore tecnico del potere di difenderla in tutti i possibili processi che saranno proposti nei confronti di essa o che essa proporrà.

DIFESA PERSONALE DELLA PARTE

Art.86 cpc:

"La parte o la persona che la rappresenta o assiste, quando ha la qualità necessaria per esercitare l'ufficio di difensore con procura presso il giudice adito, può stare in giudizio senza il ministero di altro difensore"

- ❖ La norma in esame si riferisce alla figura di **avvocato legalmente esercente**, ovvero all'avvocato iscritto nell'apposito albo del distretto della Corte di appello, nel quale si trova l'**ufficio giudiziario adito**, non essendo sufficiente, per essere considerato tale, la sola abilitazione all'esercizio della professione.
- ❖ Con questa disposizione il legislatore ha voluto riconoscere la superfluità della intermediazione di un difensore tutte le volte in cui la parte o la persona che la rappresenta o l'assiste possieda le attitudini tecniche e le necessarie qualifiche. A tal fine non è necessario che la parte rilasci procura a se stessa, così come non occorre che il medesimo soggetto sottoscriva due volte l'atto processuale, distintamente per ciascuna delle due qualità che in lui si ricongiungono

- La regola generale è che il soggetto deve essere difeso da un rappresentante tecnico. Tuttavia è consentito (non obbligatorio) in particolari casi che la parte non si faccia **rappresentare** tecnicamente e che la parte compia di persona gli atti del processo.

- **Ipotesi di difesa personale:**

- 1) Art.82 c.p.c.: davanti al giudice di pace le parti possono stare in giudizio di persona nelle controversie di valore non superiore a 1.100 €; nelle controversie di valore superiore la parte su sua istanza può essere autorizzata con decreto del giudice di pace a stare in giudizio di persona solo se ciò sia possibile in relazione alla natura e all'entità della causa.
- 2) Art.417 c.p.c. in materia di processo del lavoro la parte in primo grado può stare in giudizio personalmente quando il valore della causa non eccede 129 euro
- 3) in materia di opposizione alle sanzioni amministrative è consentito alle parti in primo grado ed in appello di difendersi da sole senza limiti.

Art.82 cpc:

"Davanti al giudice di pace le parti possono stare in giudizio personalmente nelle cause il cui valore non eccede euro 1.100.

Negli altri casi, le parti non possono stare in giudizio se non col ministero o con l'assistenza di un difensore. Il giudice di pace tuttavia, in considerazione della natura ed entità della causa, con decreto emesso anche su istanza verbale della parte, può autorizzarla a stare in giudizio di persona.

Salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti al tribunale e alla corte di appello le parti debbono stare in giudizio col ministero di un procuratore legalmente esercente; e davanti alla Corte di cassazione col ministero di un avvocato iscritto nell'apposito albo"

PROFILI DINAMICI DEL DIFETTO DI RAPPRESENTANZA TECNICA

- Il difetto di rappresentanza tecnica, quando essa è obbligatoria, è rilevabile, anche di ufficio, in ogni stato e grado del processo, salvo il giudicato che si sia fermato sulla questione.
- Se il difetto di rappresentanza riguarda l'attore, si verifica il vizio di un presupposto processuale che impedisce la pronuncia di merito in quanto la domanda giudiziale è nulla.
- Se il vizio di rappresentanza riguarda il convenuto si ha la contumacia della parte.

DIFETTO DI RAPPRESENTANZA O DI AUTORIZZAZIONE

Art.182 cpc:

"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."

- L'espressa previsione che il vizio sia sanabile anche mediante il rilascio della procura, oltre che mediante la rinnovazione della stessa, fa sì che la **sanatoria possa applicarsi non solo al caso in cui la parte è difesa da un legale, al quale peraltro è stato conferito l'incarico mediante una procura invalida, ma anche al caso in cui la parte sta in giudizio personalmente quando ciò non è consentito.**
- Secondo la carte di Cassazione la sanatoria prevista dall'articolo 182, II, c.p.c. non si applica al processo di Cassazione.

LA DOMANDA GIUDIZIALE E LA TRATTAZIONE DELLA CAUSA

- Abbiamo visto gli **elementi necessari della domanda giudiziale** (Individuazione del diritto che si vuole tutelato, dell'illiceità altrui che lede tale diritto, degli effetti che si chiede al giudice di produrre).
- **atto introduttivo**: atto che contiene una domanda giudiziale.
- Gli **elementi propri della domanda giudiziale**, sufficienti per individuare l'oggetto del processo, e quindi stabilire se la decisione di merito è possibile, di solito sono insufficienti, o comunque non sono i soli rilevanti per determinare il contenuto della decisione di merito (può accadere, come nel rito del lavoro, che l'ordinamento imponga di inserire nell'atto introduttivo non solo la domanda giudiziale ma anche elementi propri della trattazione della causa)
- C'è bisogno di acquisire ulteriori elementi con la **trattazione** della causa
- Con riferimento alla **trattazione** dobbiamo distinguere il **diverso ruolo** che gioca la cosiddetta **quaestio facti** e la cosiddetta **quaestio iuris**.
- La **quaestio facti** è di esclusiva spettanza delle parti e si realizza attraverso una specifica attività che è l'**allegazione**.

ALLEGAZIONE

- ❖ È la **dichiarazione con cui le parti introducono nel processo determinati fatti storici** in modo da **vincolare il giudice a prenderli in considerazione**.
- ❖ Per i **diritti eteroindividuati** l'allegazione di fatti storici è rilevante non solo ai fini della trattazione ma anche ai fini dell'individuazione dell'oggetto del processo (dato che per i diritti eteroindividuati è necessaria l'individuazione dei fatti costitutivi per individuare il diritto); per i **diritti autoindividuati** l'allegazione dei fatti costitutivi rileva esclusivamente ai fini della trattazione.
- ❖ L'allegazione dei fatti storici costitutivi è il primo elemento dell'iter processuale, che potrà portare all'accoglimento della domanda.

PRINCIPIO DELLA DOMANDA

Art.99 cpc:

"Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente"

CORRISPONDENZA FRA IL CHIESTO E IL PRONUNCIATO

Art. 112 cpc:

"Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti"

PRINCIPIO DI ACQUISIZIONE

- ❖ tutti gli elementi che emergono dalla trattazione della causa possono essere utilizzati per la decisione della causa stessa, salvo eccezioni, anche se non allegati dalla parte interessata (l'attore per i fatti costitutivi, il convenuto per le eccezioni).
- ❖ **Eccezioni:**
 - 1) Con riferimento ai **diritti eteroindividuati** il giudice non può accogliere la domanda utilizzando un fatto provato ma non allegato dalla parte interessata, che individui un diverso diritto, perché allora violerebbe il principio della domanda.
 - 2) **certe eccezioni sono riservate dal legislatore alla parte:** il giudice non può rigettare la domanda sulla base di un'eccezione riservata al convenuto e che questi non abbia fatto valere, ancorché il fatto, sul quale l'eccezione si fonda, sia provato agli atti di causa.

QUAESTIO IURIS

- Mentre, per quanto riguarda la **quaestio facti**, il giudice è vincolato dalle allegazioni delle parti, per quello che riguarda la **quaestio iuris** il **giudice non è vincolato alle allegazioni delle parti**. La **quaestio iuris** spetta esclusivamente al giudice. Quindi le parti non possono neppure se sono d'accordo vincolare il giudice all'applicazione di una certa norma.

Art.113 cpc:

"Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità.

Il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede duemilacinquecento euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 del c.c. (contratti conclusi secondo moduli o formulari)."

EQUITÀ INTEGRATIVA

☐ integra una norma di diritto, perché è la norma di diritto che richiama l'equità

ESEMPIO Art. 1226 cc: "Se il danno non può essere provato nel suo preciso
ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa"

EQUITÀ SOSTITUTIVA

Art. 114 cpc:

"Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta"

Nel giudizio secondo equità bisogna comunque applicare le norme processuali ed accertare i fatti allegati.

Il giudizio di equità assume un significato diverso a seconda che:

1) costituisca lo strumento per far applicare dal decidente le regole vigenti in una certa organizzazione o anche le consuetudini vigenti in un gruppo non organizzato 2) oppure riguardi una relazione fra due soggetti non appartenenti ad uno stesso gruppo (attribuendo al giudice il potere di decidere secondo equità le parti gli consentono di tener conto anche dei profili di opportunità della decisione);

ESEMPIO in una divisione di beni immobili fra due aventi diritto, nella decisione equitativa si può tener conto ad esempio del fatto che uno dei due condividenti ha una famiglia numerosa, e quindi attribuirgli il lotto nel quale è inserita l'abitazione più grande (salvo conguaglio, ovviamente) invece di estrarre a sorte i lotti (come prescrive il diritto)).

EQUITÀ NECESSARIA

Art. 113 cpc:

"Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità.

Il giudice di pace decide secondo equità le cause il cui valore non eccede duemilacinquecento euro, salvo quelle derivanti da rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 del c.c."

- ❖ Nelle controversie di valore superiore a 2500 € il giudice di pace pronuncia secondo diritto sulla base dell'articolo 113,I, c.p.c.
- ❖ Il giudice di pace **deve comunque rispettare le norme costituzionali ed i principi informatori della materia**, deve applicare la normativa comunitaria, deve rispettare **le norme processuali**.

REGIME DELLA DECISIONE EQUITATIVA

- Le sentenze pronunciate secondo **equità integrativa** sono soggette ai **normali mezzi di impugnazione**.
- Le sentenze pronunciate secondo **equità sostitutiva** non sono soggette ad appello ma solo a **ricorso in Cassazione**
- Le sentenze pronunciate secondo **equità necessaria** sono soggette ad un **appello limitato**.
- Il giudizio equitativo deve essere **motivato**. Il decidente deve esporre i criteri che ha seguito nella decisione, e deve giustificare la scelta di tali criteri. Il giudice deve esplicitare perché sceglie certe regole equitative e non altre.

APPELLABILITÀ DELLE SENTENZE

"Possono essere impugnate con appello le sentenze pronunciate in primo grado, purché l'appello non sia escluso dalla legge o dall'accordo delle parti a norma dell'articolo 360, secondo comma.

È inappellabile la sentenza che il giudice ha pronunciato secondo equità a norma dell'articolo 114 (equità sostitutiva) .

Le sentenze del giudice di pace pronunciate secondo equità a norma dell'articolo 113, secondo comma, sono appellabili esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia (appellabilità limitata dell'equità necessaria)"

LA NOTIFICAZIONE

- L'atto introduttivo del processo **deve essere portato a conoscenza della controparte**, intendendosi per controparte colui che può compiere gli atti del processo non colui a cui si imputano gli effetti degli atti processuali (ad es. al genitore e non al minore).
- Lo strumento specifico con il quale si mette a conoscenza un soggetto di un atto è la **notificazione** (artt. 137 e ss. C.p.c.).
- La **notificazione** è compiuta da un ufficiale giudiziario su istanza di parte o su richiesta del pubblico ministero o del cancelliere.

TERMINI DELLA NOTIFICAZIONE

- La notificazione ha effetti per il notificato dal momento in cui essa si perfeziona, momento che non sempre coincide con la ricezione materiale dell'atto da parte del destinatario.
- Se fra gli effetti della notificazione vi è la decorrenza di un termine per il compimento di un atto da parte del notificato tale **termine inizia a decorrere dal momento in cui la notificazione si è perfezionata**.
- Nell'ipotesi in cui il notificante debba effettuare la notificazione entro un certo termine tale termine si intende rispettato dal momento in cui il notificante ha richiesto la notifica all'ufficiale giudiziario (o, se la notificazione è effettuata dall'avvocato per posta, dal momento in cui è consegnata all'ufficio postale, per PEC, dal momento in cui è accettata dal sistema). Se la notifica non si perfeziona la salvezza del termine viene meno.

Art.137 cpc:

"Le notificazioni, quando non è disposto altrimenti, sono eseguite dall'ufficiale giudiziario, su istanza di parte o su richiesta del pubblico ministero o del cancelliere.

L'ufficiale giudiziario o l'avvocato esegue la notificazione mediante consegna al destinatario di copia conforme all'originale dell'atto da notificarsi.

Se l'atto da notificare o comunicare è costituito da un documento informatico e il destinatario non possiede indirizzo di posta elettronica certificata, l'ufficiale giudiziario esegue la notificazione mediante consegna di una copia dell'atto su supporto cartaceo, da lui dichiarata conforme all'originale, e conserva il documento informatico per i due anni successivi. Se richiesto, l'ufficiale giudiziario invia l'atto notificato anche attraverso strumenti telematici all'indirizzo di posta elettronica dichiarato dal destinatario della notifica o dal suo procuratore, ovvero consegna ai medesimi, previa esazione dei relativi diritti, copia dell'atto notificato, su supporto informatico non riscrivibile.

Se la notificazione non può essere eseguita in mani proprie del destinatario, tranne che nel caso previsto dal secondo comma dell'articolo 143, l'ufficiale giudiziario consegna o deposita la copia dell'atto da notificare in busta che provvede a sigillare e su cui trascrive il numero cronologico della notificazione, dandone atto nella relazione in calce all'originale e alla copia dell'atto stesso. Sulla busta non sono apposti segni o indicazioni dai quali possa desumersi il contenuto dell'atto.

Le disposizioni di cui al quarto comma si applicano anche alle **comunicazioni effettuate con biglietto di cancelleria** ai sensi degli articoli 133 e 136.

L'avvocato esegue le notificazioni nei casi e con le modalità previste dalla legge.

L'ufficiale giudiziario esegue la notificazione su richiesta dell'avvocato se quest'ultimo non deve eseguirla a mezzo di posta elettronica certificata o servizio elettronico di recapito certificato qualificato, o con altra modalità prevista dalla legge, salvo che l'avvocato dichiari che la notificazione con le predette modalità non è possibile o non ha avuto esito positivo per cause non imputabili al destinatario. Della dichiarazione è dato atto nella relazione di notificazione"

NOTIFICAZIONE IN MANI PROPRIE

Art.138 cpc:

"L'ufficiale giudiziario può sempre eseguire la notificazione mediante consegna della copia nelle mani proprie del destinatario, presso la casa di abitazione oppure, se ciò non è possibile, ovunque lo trovi nell'ambito della circoscrizione dell'ufficio giudiziario al quale è addetto.

Se il destinatario rifiuta di ricevere la copia, l'ufficiale giudiziario ne dà atto nella relazione, e la notificazione si considera fatta in mani proprie"

NOTIFICAZIONE NELLA DIMORA, NELLA RESIDENZA O NEL DOMICILIO

Art.139 cpc:

"Se non avviene nel modo previsto nell'articolo precedente (notificazione a mani proprie), la notificazione deve essere fatta nel comune di residenza del destinatario, ricercandolo nella casa di abitazione o dove ha l'ufficio o esercita l'industria o il commercio.

Se il destinatario non viene trovato in uno di tali luoghi, l'ufficiale giudiziario consegna copia dell'atto a una persona di famiglia o addetta alla casa, all'ufficio o all'azienda, purché non minore di quattordici anni o non palesemente incapace.

In mancanza delle persone indicate nel comma precedente, la copia è consegnata al portiere dello stabile dove è l'abitazione, l'ufficio o l'azienda e, quando anche il portiere manca, a un vicino di casa che accetti di riceverla.

Se la copia è consegnata al portiere o al vicino, l'ufficiale giudiziario ne dà atto nella relazione di notificazione, specificando le modalità con le quali ne ha accertato l'identità, e dà notizia al destinatario dell'avvenuta notificazione dell'atto, a mezzo di lettera raccomandata.

Se il destinatario vive abitualmente a bordo di una nave mercantile, l'atto può essere consegnato al capitano o a chi ne fa le veci.

Quando non è noto il comune di residenza, la notificazione si fa nel comune di dimora, e, se anche questa è ignota, nel comune di domicilio, osservate in quanto è possibile le disposizioni precedenti"

IRREPERIBILITÀ O RIFIUTO DI RICEVERE LA COPIA

Art.140 cpc:

"Se non è possibile eseguire la consegna per irreperibilità o per incapacità o rifiuto delle persone indicate nell'articolo precedente, l'ufficiale giudiziario deposita la copia nella casa del comune dove la notificazione deve eseguirsi, affigge avviso del deposito in busta chiusa e sigillata alla porta dell'abitazione o dell'ufficio o dell'azienda del destinatario, e gliene dà notizia per raccomandata con avviso di ricevimento"

NOTIFICAZIONE AL DOMICILIATARIO

Art.141:

"La notificazione degli atti a chi ha eletto domicilio presso una persona o un ufficio può essere fatta mediante consegna di copia alla persona o al capo dell'ufficio in qualità di domiciliatario, nel luogo indicato nell'elezione.

Quando l'elezione di domicilio è stata inserita in un contratto, la notificazione presso il domiciliatario è obbligatoria, se così è stato espressamente dichiarato.

La consegna, a norma dell'articolo 138, della copia nelle mani della persona o del capo dell'ufficio presso i quali si è eletto domicilio, equivale a consegna nelle mani proprie del destinatario.

La notificazione non può essere fatta nel domicilio eletto se è chiesta dal domiciliatario o questi è morto o si è trasferito fuori della sede indicata nella elezione di domicilio o è cessato l'ufficio

NOTIFICAZIONE A PERSONA NON RESIDENTE, NE' DIMORANTE NE' DOMICILIATA IN ITALIA

Art 142 cpc:

"Salvo quanto disposto nel secondo comma, se il destinatario non ha residenza, dimora o domicilio nello Stato e non vi ha eletto domicilio o costituito un procuratore a norma dell'articolo 77, l'atto è notificato mediante spedizione al destinatario per mezzo della posta con raccomandata e mediante consegna di altra copia al pubblico ministero che ne cura la trasmissione al Ministero degli affari esteri per la consegna alla persona alla quale è diretta .

Le disposizioni di cui al primo comma si applicano soltanto nei casi in cui risulta impossibile eseguire la notificazione in uno dei modi consentiti dalle convenzioni internazionali e dagli articoli 30 e 75 del d.P.R. 5-1-1967, n. 200"

NOTIFICAZIONE A PERSONA DI RESIDENZA, DIMORA E DOMICILIO SCONOSCIUTI

Art. 143 cpc:

"Se non sono conosciuti la residenza, la dimora e il domicilio del destinatario e non vi è il procuratore previsto nell'articolo 77, l'ufficiale giudiziario esegue la notificazione mediante deposito di copia dell'atto nella casa comunale dell'ultima residenza o, se questa è ignota, in quella del luogo di nascita del destinatario.

Se non sono noti né il luogo della ultima residenza né quello di nascita, l'ufficiale giudiziario consegna una copia dell'atto al pubblico ministero.

Nei casi previsti nel presente articolo e nei primi due commi dell'articolo precedente, la notificazione si ha per eseguita nel ventesimo giorno successivo a quello in cui sono compiute le formalità prescritte"

NOTIFICAZIONE ALLE AMMINISTRAZIONI DELLO STATO

Art. 144 cpc:

«Per le amministrazioni dello stato si osservano le **disposizioni delle leggi speciali** che prescrivono la notificazione presso gli **uffici dell'Avvocatura dello stato**.

Fuori dei casi previsti nel comma precedente, le notificazioni si fanno direttamente, presso l'amministrazione destinataria, **a chi la rappresenta** nel luogo in cui risiede il giudice davanti al quale si procede . Esse si eseguono mediante consegna di copia nella sede dell'ufficio al titolare o alle persone indicate nell'articolo seguente.»

NOTIFICAZIONE ALLE PERSONE GIURIDICHE

Art 145 cpc:

«La **notificazione alle persone giuridiche** si esegue nella loro **sede**, mediante consegna di copia dell'atto al **rappresentante** o alla **persona incaricata** di ricevere le notificazioni o, in mancanza, ad **altra persona addetta alla sede** stessa ovvero al **portiere** dello stabile in cui è la sede. La notificazione può anche essere eseguita, a norma degli articoli 138, 139 e 141, alla **persona fisica che rappresenta l'ente** qualora nell'atto da notificare ne sia indicata la qualità e risultino specificati residenza, domicilio e dimora abituale.

La notificazione alle **società non aventi personalità giuridica**, alle **associazioni non riconosciute** e ai **comitati** di cui agli articoli 36 e seguenti del codice civile si fa a norma del comma precedente, nella **sede** indicata nell'**articolo 19**, secondo comma, ovvero alla **persona fisica che rappresenta l'ente** qualora nell'atto da notificare ne sia indicata la qualità e risultino specificati residenza, domicilio e dimora abituale.

Se la notificazione non può essere eseguita a norma dei commi precedenti e nell'atto è indicata la persona fisica che rappresenta l'ente, può essere eseguita anche a norma degli articoli 140 o 143"

FORO GENERALE DELLE PERSONE GIURIDICHE

Art. 19:

«Salvo che la legge disponga altrimenti, qualora sia convenuta una persona giuridica, è competente il **giudice del luogo dove essa ha sede**. È competente altresì il **giudice del luogo dove la persona giuridica ha uno stabilimento e un rappresentante autorizzato a stare in giudizio per l'oggetto della domanda**.

Ai fini della competenza, le **società non aventi personalità giuridica**, le **associazioni non riconosciute** e i **comitati di cui agli articoli 36 e seguenti del codice civile hanno sede dove svolgono attività in modo continuativo**»

TEMPO DELLE NOTIFICAZIONI

Art.147 cpc:

«Le notificazioni **non** possono farsi **prima delle ore 7 e dopo le ore 21**.

Le notificazioni a mezzo **posta elettronica certificata o servizio elettronico di recapito certificato qualificato** possono essere eseguite **senza limiti orari**.

Le notificazioni eseguite ai sensi del secondo comma si intendono **perfezionate, per il notificante, nel momento in cui è generata la ricevuta di accettazione e, per il destinatario, nel momento in cui è generata la ricevuta di avvenuta consegna**. Se quest'ultima è generata **tra le ore 21 e le ore 7** del mattino del giorno successivo, la notificazione si intende perfezionata per il destinatario alle ore 7»

RELAZIONE DI NOTIFICAZIONE

Art.148 cpc:

«L'ufficiale giudiziario certifica l'eseguita notificazione mediante **relazione** da lui datata e sottoscritta, apposta in calce all'originale e alla copia dell'atto.

La relazione indica la **persona alla quale è consegnata la copia e le sue qualità**, nonché il **luogo della consegna**, oppure le ricerche, anche anagrafiche, fatte dall'ufficiale giudiziario, i **motivi della mancata consegna** e le **notizie raccolte sulla reperibilità del destinatario**»

NOTIFICAZIONE A MEZZO DEL SERVIZIO POSTALE

Art.149:

«Se non è fatto espresso divieto dalla legge, la notificazione può eseguirsi anche a mezzo del **servizio postale**.

In tal caso l'ufficiale giudiziario scrive la **relazione** di notificazione sull'originale e sulla copia dell'atto, facendovi menzione dell'ufficio postale per mezzo del quale spedisce la copia al destinatario in piego raccomandato con avviso di ricevimento. Quest'ultimo è allegato all'originale.

La **notifica si perfeziona**, per il soggetto notificante, al momento della **consegna del plico all'ufficiale giudiziario** e, per il destinatario, dal momento in cui lo stesso ha la **legale conoscenza dell'atto**»

NOTIFICAZIONE A MEZZO POSTA ELETTRONICA CERTIFICATA ESEGUITA DALL'UFFICIALE GIUDIZIARIO

Art.149 bis cpc:

"L'ufficiale giudiziario esegue la notificazione a mezzo **posta elettronica certificata** o **servizio elettronico di recapito certificato qualificato**, anche previa estrazione di copia informatica del documento cartaceo, quando il destinatario è un **soggetto per il quale la legge prevede l'obbligo di munirsi di un indirizzo di posta elettronica certificata o servizio elettronico di recapito certificato qualificato risultante dai pubblici elenchi** oppure quando il **destinatario ha eletto domicilio digitale** ai sensi dell'articolo 3 bis, comma 1-bis, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

Se procede ai sensi del primo comma, l'ufficiale giudiziario trasmette copia informatica dell'atto sottoscritta con firma digitale all'indirizzo di posta elettronica certificata del destinatario risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni.

La notifica si intende perfezionata nel momento in cui il **gestore rende disponibile il documento informatico nella casella di posta elettronica certificata del destinatario**.

L'ufficiale giudiziario redige la **relazione** di cui all'articolo 148, primo comma, **su documento informatico separato**, sottoscritto con **firma digitale** e congiunto all'atto cui si riferisce mediante strumenti informatici, individuati con apposito decreto del Ministero della giustizia. La relazione contiene le informazioni di cui all'articolo 148, secondo comma, sostituito il luogo della consegna con l'**indirizzo di posta elettronica** presso il quale l'atto è stato inviato.

Al documento informatico originale o alla copia informatica del documento cartaceo sono allegate, con le modalità previste dal quarto comma, le **ricevute di invio e di consegna** previste dalla normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici trasmessi in via telematica.

Eseguita la notificazione, l'ufficiale giudiziario restituisce all'istante o al richiedente, anche per via telematica, l'atto notificato, unitamente alla relazione di notificazione e agli allegati previsti dal quinto comma."

NOTIFICAZIONE PER PUBBLICI PROCLAMI

Art.150 cpc:

"Quando la notificazione nei modi ordinari è sommamente difficile per il rilevante numero dei destinatari o per la difficoltà di identificarli tutti, il capo dell'ufficio giudiziario davanti al quale si procede, può autorizzare, su istanza della parte interessata e sentito il pubblico ministero, la notificazione per pubblici proclami.

L'autorizzazione è data con decreto steso in calce all'atto da notificarsi; in esso sono designati, quando occorre, i destinatari ai quali la notificazione deve farsi nelle forme ordinarie e sono indicati i modi che appaiono più opportuni per portare l'atto a conoscenza degli altri interessati.

In ogni caso, copia dell'atto è depositata nella casa comunale del luogo in cui ha sede l'ufficio giudiziario davanti al quale si promuove o si svolge il processo, e un estratto di esso è inserito nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica.

La notificazione si ha per avvenuta quando, eseguito ciò che è prescritto nel presente articolo, l'ufficiale giudiziario deposita una copia dell'atto, con la relazione e i documenti giustificativi dell'attività svolta, nella cancelleria del giudice davanti al quale si procede.

Questa forma di notificazione non è ammessa nei procedimenti davanti al giudice di pace"

FORME DI NOTIFICAZIONE ORDINATE DAL GIUDICE

Art. 151 cpc:

"Il giudice può prescrivere, anche d'ufficio, con decreto steso in calce all'atto, che la notificazione sia eseguita in modo diverso da quello stabilito dalla legge, e anche per mezzo di telegramma collazionato con avviso di ricevimento quando lo consigliano circostanze particolari o esigenze di maggiore celerità, di riservatezza o di tutela della dignità"

LE DIFESE DEL CONVENUTO

- Nel nostro ordinamento l'inerzia del convenuto (convenuto contumace) **non** impedisce l'emanazione della pronuncia di merito e **non** comporta che essa sia di accoglimento della domanda o di rigetto.
- Il **convenuto che**, invece di rimanere inerte, **decide di prendere parte attiva al processo**, spendendo quei poteri difensivi che in astratto l'ordinamento gli elargisce, **può svolgere un'attività che rientra in una delle seguenti categorie: semplici difese, eccezioni, domande.**

SEMPLICI DIFESE (MERA DIFESA)

- Consiste nella **contestazione della fondatezza della domanda in fatto (1) o in diritto (2)**.

(1) La **contestazione in fatto** consiste nella **negazione dei fatti allegati dall'attore**. Il giudice avrebbe comunque dovuto provare i fatti allegati dall'attore. Tuttavia in alcuni casi la legge prevede la pacificità del fatto non contestato, e quindi la non necessità che esso sia oggetto di prova. La contestazione del convenuto serve ad impedire che sia dichiarata la pacificità del fatto non contestato.

Il **convenuto**, quando pone in essere la contestazione, **non si limita a negare** ma cerca di provare il contrario di quanto affermato dall'attore e cioè che i fatti sono diversi da quelli che l'attore ha raccontato.

(2) **Contestazione in diritto** della fondatezza della domanda: L'intervento del convenuto qui serve a **convincere il giudice che l'esatta soluzione della quaestio iuris non è quella che afferma l'attore ma è diversa**, onde conseguenze giuridiche non sono quelle che l'attore ha affermato.

ONERE DELLA PROVA

Art. 2697 cc (onere della prova):

«Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda»

Tuttavia nel nostro ordinamento vige il **principio di acquisizione**, in virtù del quale, quando una prova è legittimamente acquisita al processo, il giudice può trarre da essa ciò che serve per provare indifferentemente tutti i fatti allegati, chiunque sia il soggetto che ha preso l'iniziativa per acquisire al processo la prova in questione. Quindi l'art 2697 cc non si applica quando la prova di un'eccezione, ad es., è stata acquisita al processo attraverso l'allegazione di un fatto costitutivo da parte dell'attore (secondo l'art 2697 invece la prova dell'eccezione dovrebbe essere data dal convenuto che ha sollevato l'eccezione). L'art. 2697 cc. invece si applica quando vi è un fatto non provato da altre allegazioni.

ESEMPIO se l'attore chiede la condanna al pagamento di una somma in base a un contratto e produce l'atto, ma questo è quietanzato (l'acquirente ha pagato) il giudice può trarne la prova del pagamento della somma, quantunque la produzione dell'atto sia stata fatta dall'attore, il giudice può ricavarne la prova di un fatto estintivo (che in base all'art. 2697 cc., essendo un'eccezione, dovrebbe essere provata dal convenuto)

ESEMPIO il convenuto chiede l'ammissione di una prova testimoniale per provare un fatto estintivo, e i testimoni raccontano fatti costitutivi. Il giudice può trarne la prova dei fatti costitutivi.

RIPARTIZIONE DELLA FATTISPECIE IN FATTI COSTITUTIVI ED ECCEZIONI (FATTI MODIFICATIVI, IMPEDITIVI ED ESTINTIVI)

Problema della ripartizione della fattispecie nei due settori dei **fatti costitutivi** e delle **eccezioni** ai fini dell'applicazione delle regole dell'onore della prova. È rilevante infatti stabilire se la mancata prova di un certo fatto, essendo esso un fatto costitutivo, comporta il rigetto della domanda oppure se, essendo esso un'eccezione, non impedisce viceversa l'accoglimento della domanda.

La struttura della decisione è tale per cui l'**accoglimento della domanda** postula l'**integrazione della fattispecie costitutiva** e la **mancanza di tutti gli elementi della fattispecie impeditiva, modificativa o estintiva**, cosicché, quando si sia in presenza di una fattispecie in cui manchi anche uno solo dei fatti costitutivi o sia presente anche una sola delle eccezioni, la conseguenza necessitata è il rigetto.

DISTINGUERE I FATTI MODIFICATIVI, ESTINTIVI E IMPEDITIVI DAI FATTI COSTITUTIVI

- Distinguere i fatti modificativi ed estintivi dai fatti costitutivi è semplice perché i fatti modificativi sono per definizione **successivi nel tempo** ai fatti costitutivi.
- Invece i fatti impeditivi sono contemporanei ai fatti costitutivi.

ESEMPIO: *in talune ipotesi di licenziamento infondato se il dipendente è addetto a un settore autonomo dell'impresa in cui siano occupati più di 15 dipendenti egli ha diritto alla reintegrazione, se invece l'unità produttiva a cui è addetto il dipendente licenziato impiega 15 o meno dipendenti, il lavoratore dipendente ha diritto, a scelta del datore di lavoro, o alle prosecuzione del rapporto o al pagamento di un'indennità. La presenza di più di 15 o più dipendenti è un fatto costitutivo oppure la presenza di 15 o meno dipendenti effetto impeditivo?*

Metodi per distinguere i fatti costitutivi dai fatti impeditivi:

- **Distinzione fra regola ed eccezione.** La struttura della fattispecie è la seguente: al verificarsi di certi fatti (fatti costitutivi), si verificano taluni effetti, tranne che, ad eccezione che, questa disposizione non si applica quando. Tutto ciò che segue tale locuzione è un fatto impeditivo.
- **Negativa non sunt probanda:**

ESEMPIO *La legge prevede che alla prima scadenza del contratto questo possa essere non rinnovato se il locatore intende vendere l'immobile e non abbia la proprietà di altri immobili ad uso abitativo oltre a quello eventualmente adibito a propria abitazione. Se la mancanza di altri beni fosse un fatto costitutivo il locatore sarebbe onerato di una prova negativa, della prova di un non fatto: l'onere di una prova negativa è difficile da soddisfare in quanto ciò che non è non può essere oggetto di prova immediata, ma solo di presunzioni. Dunque la non presenza di altri beni è fatto costitutivo del diritto alla risoluzione anticipata del rapporto ma la presenza di altri beni è fatto impeditivo di tale diritto. Pertanto, spetta al conduttore provare che il locatore ha un altro immobile, oltre a quello adibito a propria abitazione (e ovviamente a quello locato).*

Criterio della vicinanza della fonte alla prova

- Essendo incerto se un fatto appartiene alla fattispecie costitutiva o a quella impeditiva, si deve scegliere la soluzione in virtù della quale diventa onerato della prova il **soggetto per cui la prova è più facile**, cioè il **soggetto più vicino alle fonti di prova** (il criterio del negativa non sunt probanda costituisce specificazione di questo criterio). La giurisprudenza almeno in linea di principio non accoglie questo criterio anche se poi in concreto spesso lo applica.

ECCEZIONI IN SENSO LATO E ECCEZIONI IN SENSO STRETTO

- Eccezioni rilevabili anche d'ufficio (eccezioni in senso lato)
- eccezioni rilevabili solo dalla parte (eccezioni in senso stretto)
- Non ci sono eccezioni rilevabili solo d'ufficio.
- Certe volte il legislatore prende posizione, stabilendo che l'eccezione è rilevabile anche d'ufficio, oppure solo dalla parte.

ESEMPIO DI ECCEZIONE RILEVABILE ANCHE DAL GIUDICE

l'art. 1421 c.c., in tema di nullità, stabilisce che "**la nullità** può essere rilevata d'ufficio dal giudice". Se Tizio pone un contratto a fondamento della propria domanda, il giudice, che rileva motivi di nullità del contratto, deve rigettare la domanda per tale motivo, anche se il convenuto non ha sollevato l'eccezione di nullità (ad es., perché è contumace).

ESEMPIO DI ECCEZIONE RILEVABILE SOLO DALLA PARTE

L'art. 1441 c.c., al contrario, stabilisce che "**l'annullamento** del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge". Quando l'annullamento è fatto valere in via d'eccezione, l'annullabilità può essere fatta valere solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge. Così, nell'esempio appena fatto, quando Tizio fonda la sua domanda su un contratto, se anche il giudice si accorge che il contratto è annullabile, ma il convenuto Caio non gli chiede specificamente di rigettare la domanda perché il contratto è annullabile, il giudice non può rigettare la domanda per quel motivo. Se il convenuto è contumace, l'annullabilità del contratto, quindi, non costituisce mai motivo di rigetto, perché il giudice non può rilevarla d'ufficio.

- Attenzione alla differenza fra "nullità" (primo esempio) e "annullamento" (secondo esempio)

ESEMPIO DI ECCEZIONE RILEVABILE SOLO DALLA PARTE

l'art. 2939 cc. in tema di prescrizione prevede che "il giudice non può rilevare d'ufficio la prescrizione non opposta". L'eccezione di prescrizione può essere fatta valere solo dalla parte. Se anche al giudice risulta che il credito è sorto cento anni prima, ma il convenuto non eccepisce la prescrizione, la domanda non può essere rigettata per prescrizione.

- Se il legislatore non qualifica espressamente l'**eccezione** come riservata alla **parte** oppure **rilevabile anche d'ufficio**, occorre trovare un **criterio** che consenta di ascrivere l'eccezione all'una o all'altra categoria.
- Una soluzione la si può trovare in art. 112 c.p.c:

Art 112 cpc:

"il giudice non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti"

Quindi il giudice può pronunciare d'ufficio su tutte le eccezioni, **tranne che su quelle riservate alle parti da espressa previsione del legislatore.**

- Tale previsione può essere anche indiretta: così quando uno stesso effetto può essere fatto valere vuoi in via di azione vuoi in via di eccezione e la domanda può essere proposta solo dall'interessato, è evidente che l'eccezione in parola costituisce un'eccezione in senso stretto, in quanto il sistema rimette in via generale all'interessato il potere di valutare l'opportunità di fare valere tale effetto.