

## **Capitolo primo**

### *1. Fatto, fatto giuridico, fattispecie concreta e fattispecie astratta*

Per fatto s'intende ogni accadimento suscettibile di osservazione e valutazione.

La valutazione, poi, può essere formulata sulla base di diversi criteri di giudizio propri di altrettanti sistemi di riferimento, tra cui il sistema giuridico.

Definiremo, pertanto, fatto giuridico, l'accadimento naturale o umano (detto, quest'ultimo, atto umano) suscettibile di produrre conseguenze rilevanti per il diritto, che ne compie una valutazione alla stregua delle norme giuridiche. La norma giuridica, infatti, è un enunciato prescrittivo obbligatorio, relativo a fatti dell'uomo.

Nel sistema giuridico, quindi, si parte dal dato empirico del fatto naturale o dell'atto umano (fattispecie concreta), lo si riconduce nell'alveo della disposizione giuridica correttamente interpretata (fattispecie astratta), per poi determinare quali sono le conseguenze che ne scaturiscono o che devono scaturire, anche in via coatta.

## ***2. Fondamento del diritto***

Fondamento ontologico del diritto (e della sua obbligatorietà) è la necessità di preservare l'esistenza stessa dell'umanità, i cui componenti, per propria indole, tendono alla reciproca sopraffazione secondo rapporti di forza.

Ciascuno di noi, invero, desidera realizzare la propria felicità, la qual cosa, tuttavia, in molti casi contrasta con gli interessi degli altri consociati. Altrettanto spesso, infatti, per realizzare il proprio egoistico interesse, occorre agire a discapito del pari diritto degli altri.

Ecco perché *'L'esigenza del dover-essere (l'esigenza d'un agire dell'uomo secondo norme) - sosteneva Sergio Cotta - deriva e s'impone per il fatto che l'essente (il Seiende heideggeriano) non è né autoprodotto né isolato e autosufficiente, ma è un coesistente'*<sup>1</sup>.

Ciò premesso, si intuisce che, ogni qual volta vi è una 'crisi di cooperazione' fra i consociati, secondo una efficacissima espressione usata da Andrea Proto Pisani nelle sue *Lezioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, quello che subisce la lesione di una sua situazione soggettiva attiva, deve avere la giuridica possibilità di ricorrere allo Stato affinché gli venga ricostituita la propria sfera giuridica, possibilmente nella stessa consistenza antecedente alla violazione del diritto.

Uno dei più illustri giuristi del nostro Paese, Giuseppe Chiovenda, amava affermare: *'Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire'*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, p. 25.

<sup>2</sup> A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, *passim*.

<sup>3</sup> G. CHIOVENDA, *op. cit.*, *ibidem*.

Da qui la natura strumentale del processo rispetto al diritto sostanziale<sup>4</sup>.

Ed il fondamento del processo (e del diritto processuale) è identico a quello del diritto sostanziale: preservare l'esistenza stessa dell'umanità.

Infatti, se si riconoscesse a ciascun consociato la possibilità di farsi giustizia da sé - come avveniva in molti popoli dell'antichità -, si correrebbe nuovamente il rischio della reciproca sopraffazione secondo la logica della prevalenza degli atti di mera forza, spesso originati dall'arbitrio e dal soggettivismo dell'agente.

### ***3. La funzione giurisdizionale***

Ciò premesso, se lo Stato punisce, com'è giusto che sia, ogni tentativo da parte dei singoli consociati di farsi giustizia da sé (artt. 392 e 393 c.p.), è consequenziale che debba, per evitare di contraddirsi, predisporre un sistema di realizzazione coatta dei diritti dei singoli in tutti i casi di crisi di cooperazione.

Questo sistema è denominato 'giurisdizione', ed i consociati che subiscono la lesione di un proprio diritto, hanno la possibilità di rivolgersi ad essa per la ricostituzione della propria sfera giuridica.

Dal punto di vista funzionale la giurisdizione 'serve' alla tutela dei diritti di ciascun soggetto<sup>5</sup>.

Questa definizione rinviene la propria fondatezza in due disposizioni del nostro ordinamento.

---

<sup>4</sup> In realtà spesso possono cogliersi profili di sostanzialità anche nelle norme processuali. Si pensi, in via esemplificativa, alla materia locatizia. Spesso il legislatore interviene limitando la possibilità di sfrattare i conduttori morosi, così incidendo sull'assetto degli opposti interessi stabilito dalla legge sostanziale; cfr., in tal senso, A. PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 7. L'autore parla, in proposito, di non neutralità del diritto processuale.

<sup>5</sup> C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2003, Vol. I, p. 10.

La prima è quella di cui all'art. 24, primo comma, Cost., secondo cui «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

Letteralmente il giudizio serve, quindi, per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi dei soggetti.

La seconda disposizione trovasi in un altro complesso normativo, di rango inferiore rispetto alla Costituzione, ma comunque significativo: il codice civile. L'art. 2907 c.c., più precisamente, stabilisce che: «Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria ordinaria ...».

Anche in tal caso l'accento cade sul carattere finalistico della tutela dei diritti.

In buona sostanza, la giurisdizione esiste per risolvere le crisi di cooperazione tra i consociati.

Le due caratteristiche fondamentali dell'attività giurisdizionale, quindi, sono: da un lato la *strumentalità* rispetto alla tutela dei diritti (e, dunque, del diritto sostanziale nel suo complesso, come si è accennato in precedenza); dall'altro la sua *sostitutività*, perché gli organi giurisdizionali si sostituiscono, appunto, al titolare della situazione lesa per l'attuazione del comando violato, perché egli, come detto, è privato della possibilità di farsi giustizia da sé<sup>6</sup>.

#### ***4. Il diritto di azione***

La giurisdizione 'serve', dunque, alla tutela dei diritti di ciascun soggetto.

Ciò premesso, ogni volta che un consociato si rivolge al sistema giustizia per la ricostituzione della propria sfera giuridica violata,

---

<sup>6</sup> C. MANDRIOLI, *ivi*, pp. 11-12.

esercita il c.d. ‘diritto di azione’, categoria generale atipica elaborata a cavallo del ‘900, spesso ingiustamente criticata perché, secondo alcuni autori, creerebbe l’illusione che anche il processo possa essere configurato quale categoria unitaria in grado di assicurare tutela ad ogni tipo di situazione soggettiva attiva, illusione che si porrebbe in contrasto con il principio di uguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, secondo comma, Cost.<sup>7</sup>.

Ma non sempre è stato così.

Nell’antichità, infatti, ed in particolar modo in epoca romana, il rapporto tra diritto sostanziale e processo era praticamente invertito.

Il diritto romano, più precisamente, contemplava una serie di *actiones*, ciascuna a tutela di un determinato diritto, con la conseguenza che il soggetto che subiva una lesione della sua sfera giuridica, poteva ricorrere al giudice se e solo se l’ordinamento contemplava la corrispondente *actio*, quindi l’apposito strumento processuale<sup>8</sup>.

Al contrario, nel nostro sistema giuridico, come detto, il diritto di azione è considerato quale categoria generale ed atipica, correlata, sul piano sostanziale, ad ogni possibile situazione di vantaggio del singolo soggetto<sup>9</sup>.

Così configurato il diritto di azione ha, oggi, finanche fondamento costituzionale. L’art. 24, primo comma, Cost., infatti, stabilisce che

---

<sup>7</sup> A. PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 53-55.

<sup>8</sup> M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1997, p. 60.

<sup>9</sup> Secondo taluni il diritto di azione consiste nella possibilità di ricorrere al giudice, a prescindere dalla fondatezza o meno della pretesa azionata, per ottenere una decisione di merito sulla fattispecie concreta dedotta in giudizio; per altri, invece, siffatto potere è strettamente correlato, come si diceva, al diritto di cui si chiede protezione o riconoscimento. Questa seconda posizione sembra recepita dalla maggior parte della dottrina e, soprattutto, dalla giurisprudenza più recente, la quale, in tema di abuso del processo (o degli strumenti processuali), così si è espressa; “*Costituisce abuso del processo l’esercizio dell’azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell’interesse sostanziale, che segna il limite, oltreché la ragione dell’attribuzione, al suo titolare, della potestas agendi*” (Tribunale di Pavia, 17 aprile 2012).

«tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

La costruzione del diritto di azione quale categoria generale ed atipica consente di potersi rivolgere al giudice anche con riferimento alle nuove situazioni soggettive attive che dovessero nascere con il passare del tempo (cc.dd. ‘nuovi’ diritti), e ciò in ragione, appunto, della atipicità che la caratterizza.

Contrariamente a quanto sostenuto da alcuni autori, quindi, è proprio l’atipicità del diritto di azione a porlo in perfetta sintonia con l’uguaglianza sostanziale di cui all’art. 3, secondo comma, Cost.

Solo con un diritto di azione così configurato, infatti, è possibile reagire con immediatezza, senza attendere le apposite disposizioni del legislatore, alle violazioni che dovessero riguardare le nuove situazioni soggettive nell’età contemporanea.

### ***5. Il principio della domanda***

Si è detto che coloro i quali subiscono la lesione di una propria situazione soggettiva di vantaggio, hanno il diritto di agire rivolgendosi al giudice affinché emani una decisione di merito che ricostituisca, per quanto possibile, la sfera giuridica violata.

Orbene, per rivolgersi al giudice è necessario proporre una ‘domanda’.

Il c.d. ‘principio della domanda’ sembra scontato, ovvio, ed invece è di capitale importanza perché in uno Stato di diritto garantisce, addirittura, la terzietà ed imparzialità del giudice.

È facilmente intuibile, infatti, che una giurisdizione esercitata d’ufficio desterebbe legittimamente dei sospetti, perché si scorgerebbe

una volontà statale di occuparsi soltanto di alcune particolari vicende, tralasciando quelle ritenute marginali o insignificanti.

Ecco perché, allorquando l'interesse da tutelare è di rilevante importanza e l'intervento dello Stato è più che doveroso per il ripristino dell'ordine giuridico violato, soccorre comunque un organo dello Stato stesso, ovvero il Pubblico Ministero, che promuove l'azione affinché venga avviata la macchina giurisdizionale. Ma ciò non rappresenta eccezione al principio della domanda, in quanto essa viene formulata sempre da una parte, ancorché pubblica. Al massimo vi è dissociazione fra il titolare del diritto e chi esercita il diritto di azione in sua vece.

Effettivamente vi sono nel nostro ordinamento delle eccezioni al principio della domanda – si pensi all'adozione di provvedimenti temporanei che il Tribunale può adottare d'ufficio nell'interesse dei minori, a norma dell'art. 336, terzo comma, c.c., nonché alla medesima ipotesi nell'ambito del procedimento di dichiarazione dello stato di adottabilità innanzi al Tribunale per i minorenni (art. 10, terzo e quarto comma, L. 4 maggio 1983, n. 184) –, ma sono aspramente criticate dalla dottrina perché la garanzia di tutela provvisoria delle situazioni urgenti poteva (e può) essere assicurata conferendo al Pubblico Ministero il potere di azione anche con riferimento alla richiesta dei provvedimenti cautelari<sup>10</sup>.

Il principio della domanda trova la sua consacrazione negli artt. 99 e 112 c.p.c., e nell'art. 2907 c.c.

«Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente», recita l'art. 99 c.p.c., mentre l'art. 112 c.p.c. stabilisce che «il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non

---

<sup>10</sup> Un'altra importante eccezione al principio della domanda era prevista dalla Legge Fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), che prevedeva, all'art. 6, la possibilità che il Tribunale, d'ufficio, dichiarasse il fallimento dell'imprenditore in stato d'insolvenza. Con la riforma del 2006 (D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), «il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero».

oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti».

L'art. 2907 c.c., a sua volta, così sancisce: «Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio».

Ciò detto, da un punto di vista strettamente formale nel nostro ordinamento processuale la proposizione della domanda può avvenire in due modi: attraverso un atto di citazione o un ricorso.

L'atto di citazione è la forma introduttiva del giudizio ordinario, e trova la sua disciplina negli artt. 163-164 c.p.c., che inaugurano il Libro II del Codice di rito, dedicato al processo di cognizione. L'atto di citazione viene portato prima all'attenzione della controparte mediante la notifica (*vocatio in ius*) e, successivamente, a quella del giudice mediante la costituzione in giudizio (*editio actionis*), che avviene, solitamente, su iniziativa dell'attore (art. 165 c.p.c.).

Con il ricorso, invece, si verifica il contrario: esso prima viene presentato al giudice tramite il deposito in Cancelleria; successivamente, dopo che il giudice stesso ha fissato con decreto la data dell'udienza di comparizione, si procede alla *vocatio in ius* tramite la notifica dell'atto e del citato decreto. Si pensi al rito del lavoro, al processo di separazione dei coniugi ed a quello di divorzio, ai giudizi in materia di opposizione alle ordinanze ingiunzioni ed ai verbali di accertamento di infrazioni al codice della strada, e così via.

In entrambi i casi, comunque, viene garantito il rispetto del principio del contraddittorio tramite la notificazione (artt. 24<sup>2</sup> e 111<sup>2</sup> Cost., e 101 c.p.c.).

Sui diversi modi di introdurre il processo - e, quindi, sui vari riti esistenti nel nostro ordinamento processuale - si tornerà a discutere nel prosieguo.