

■■■■ COMMENTO

Il *diritto processuale civile* è una branca del diritto pubblico che studia e regola lo svolgimento del processo civile. Il *processo civile – distinto* in processo di cognizione [►►Libro II] e di esecuzione [►►Libro III] - è un procedimento nell'ambito del quale si esercita la giurisdizione sulle controversie sorte in relazione a situazioni giuridiche regolate dal diritto civile (*funzione giurisdizionale civile*). Tale procedimento è caratterizzato da un insieme di atti ed attività autoritative che trovano fondamento nella Costituzione (art. 24 e Titolo IV Parte II) e che sono disciplinate nel codice di procedura civile.

Il legislatore riconosce al cittadino la possibilità di adire un'ulteriore forma di tutela giurisdizionale, l'arbitrato [►►Libro IV, Titolo VIII] che è uno strumento privato di risoluzione delle controversie, *alternativo alla giurisdizione ordinaria*.

In virtù dell'art. 24 Cost., per cui "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi", il legislatore tutela ogni situazione giuridicamente protetta.

Il *codice di procedura civile*, oggetto del nostro studio, è l'insieme delle norme che regolano il "rito civile", cioè l'instaurazione, la forma, il funzionamento e gli effetti del giudizio civile, il cui fine è la tutela giurisdizionale.

La *tutela giurisdizionale* è definita tutela secondaria (o strumentale) in quanto costituisce lo strumento di attuazione delle situazioni sostanziali protette, nelle ipotesi in cui queste non si verificano spontaneamente. Il presupposto dell'attività giurisdizionale è, quindi, illecito, cioè il concreto comportamento difforme dal dettato normativo e che rileva in quanto lede le situazioni giuridiche che il legislatore protegge (il processo penale, al contrario, mira alla repressione degli illeciti ed alla conseguente applicazione della sanzione penale).

Lo scopo della giurisdizione civile non è punire il trasgressore della norma, ma raggiungere lo stesso effetto previsto dalle norme sostanziali a prescindere dalla volontà del soggetto obbligato.

La tutela primaria delle situazioni sostanziali protette (*in primis* i diritti) è garantita dalle norme del codice civile, che all'articolo 2907 dispone:

"...alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria ordinaria...", riferendosi così alla natura sostitutiva del diritto processuale civile. Ciò vuol dire che l'attività giurisdizionale oltre a tradursi in un'attività strumentale rispetto a quella sostanziale (delle norme civili) si configura anche come attività sostitutiva rispetto a quest'ultima. Infatti *gli organi giurisdizionali si sostituiscono*, in via secondaria, a coloro che avrebbero dovuto tenere il comportamento previsto dalle norme sostanziali in via principale, al fine di attuare una situazione che risulta essere stata lesa (esempio n. 1). Occorre in ogni caso precisare che, così come le norme che regolano i rapporti materiali creano situazioni soggettive attive e passive, ovvero diritti, obblighi, potestà, oneri, ecc., così anche le norme che disciplinano il processo civile danno luogo ad analoghe situazioni soggettive, ovvero poteri del giudice, diritti di iniziativa e di impulso delle parti, oneri, ecc. Tali situazioni risultano essere funzionali al processo sì da produrre effetti nell'ambito di questo, anche se, in pratica, il risultato dell'attività giurisdizionale è destinato ad incidere nella sfera dei rapporti materiali (esempio n. 2).

Il processo civile ha inizio nel momento in cui l'attore [►►163] (*colui che agisce*) ritiene di essere stato danneggiato dal convenuto [►►163] (*colui che è chiamato in causa*) e vuole che il giudice gli renda giustizia: a tale scopo il primo propone una domanda giudiziale [►►99] nei confronti del secondo, nell'esercizio del diritto all'azione [►►99-111], il cui fine è, appunto, quello di ottenere una pronuncia giurisdizionale.

Il Libro I del Codice in commento contiene le *Disposizioni generali*, cioè i principi generali che regolano il processo civile. Esso si suddivide in sei Titoli:

- Titolo I: Degli organi giudiziari [artt. 1-68];
- Titolo II: Del pubblico ministero [artt. 69-74];
- Titolo III: Delle parti e dei difensori [artt. 75-98];
- Titolo IV: Dell'esercizio dell'azione [artt. 99-111];
- Titolo V: Dei poteri dei giudici [artt. 112-120];
- Titolo VI: Degli atti processuali [artt. 121-162].

In base a quanto stabilito dall'art. 23, D.L. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in L. 18 dicembre 2020, n. 176 (c.d. "decreto ristori"), nel testo, da ultimo, modificato dall'art. 6, D.L. 1° aprile 2021, n. 44, convertito in L. 28 maggio 2021 n. 76, concernente l'esercizio dell'attività giurisdizionale nella vigenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, le udienze dei procedimenti civili (e penali) alle quali è ammessa la presenza del pubblico possono celebrarsi a porte chiuse, ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 128 del codice di procedura civile (e dell'articolo 472, comma 3, del codice di procedura penale).

Il giudice può disporre che le udienze civili in materia di separazione consensuale di cui all'articolo 711 del codice di procedura civile e di divorzio congiunto di cui all'articolo 9 della legge 1° dicembre 1970, n. 898 siano sostituite dal deposito telematico di note scritte di cui all'articolo 221, comma 4, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, nel caso in cui tutte le parti che avrebbero diritto a partecipare all'udienza vi rinuncino espressamente con comunicazione, depositata almeno quindici giorni prima dell'udienza, nella quale dichiarano di essere a conoscenza delle norme processuali che prevedono la partecipazione all'udienza, di aver aderito liberamente alla possibilità di rinunciare alla partecipazione all'udienza, di confermare le conclusioni rassegnate nel ricorso e, nei giudizi di separazione e divorzio, di non volersi conciliare.

In deroga al disposto dell'articolo 221, comma 7, del decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, il giudice può partecipare all'udienza anche da un luogo diverso dall'ufficio giudiziario.

Ricordiamo che il citato art. 221 del D.L. 34/2020, conv. in L. 77/2020 (c.d. decreto rilancio) stabilisce che negli uffici che hanno la disponibilità del servizio di deposito telematico, anche gli atti e i documenti di cui all'articolo 16-*bis*, comma 1-*bis*, del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, sono depositati esclusivamente con le modalità previste dal comma 1 del medesimo articolo. Gli obblighi di pagamento del contributo unificato previsto dall'articolo 14 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, nonché l'anticipazione forfettaria di cui all'articolo 30 del medesimo testo unico, connessi al deposito degli atti con le modalità previste dal primo periodo del presente comma, sono assolti con

sistemi telematici di pagamento anche tramite la piattaforma tecnologica prevista dall'articolo 5, comma 2, del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Quando i sistemi informatici del dominio giustizia non sono funzionanti e sussiste un'indifferibile urgenza, il capo dell'ufficio autorizza il deposito con modalità non telematica.

Il giudice può disporre che le udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti siano sostituite dal deposito telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni. Il giudice comunica alle parti almeno trenta giorni prima della data fissata per l'udienza che la stessa è sostituita dallo scambio di note scritte e assegna alle parti un termine fino a cinque giorni prima della predetta data per il deposito delle note scritte. Ciascuna delle parti può presentare istanza di trattazione orale entro cinque giorni dalla comunicazione del provvedimento. Il giudice provvede entro i successivi cinque giorni. Se nessuna delle parti effettua il deposito telematico di note scritte, il giudice provvede ai sensi del primo comma dell'articolo 181 del codice di procedura civile.

Nei procedimenti civili innanzi alla Corte di cassazione, il deposito degli atti e dei documenti da parte degli avvocati può avvenire in modalità telematica nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. L'attivazione del servizio è preceduta da un provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia che accerta l'installazione e l'idoneità delle attrezzature informatiche, unitamente alla funzionalità dei servizi di comunicazione dei documenti informatici. Gli obblighi di pagamento del contributo unificato previsto dall'articolo 14 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, nonché l'anticipazione forfettaria di cui all'articolo 30 del medesimo testo unico, connessi al deposito telematico degli atti di costituzione in giudizio presso la Corte di cassazione, sono assolti con sistemi telematici di pagamento anche tramite la piattaforma tecnologica prevista dall'articolo 5, comma 2, del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

La partecipazione alle udienze civili di una o più parti o di uno o più difensori può avvenire, su istanza dell'interessato, mediante collegamenti audiovisivi a distanza, individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. La parte può partecipare all'udienza

solo dalla medesima postazione da cui si collega il difensore. Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione. L'istanza di partecipazione mediante collegamento a distanza è depositata almeno quindici giorni prima della data fissata per lo svolgimento dell'udienza. Il giudice dispone la comunicazione alle parti dell'istanza, dell'ora e delle modalità del collegamento almeno cinque giorni prima dell'udienza. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui accerta l'identità dei soggetti partecipanti a distanza e, ove si tratta delle parti, la loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale.

Il giudice, con il consenso preventivo delle parti, può disporre che l'udienza civile che non richieda la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti e dagli ausiliari del giudice, anche se finalizzata all'assunzione di informazioni presso la pubblica amministrazione, si svolga mediante collegamenti audiovisivi a distanza individuati e regolati con provvedimento del Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. L'udienza è tenuta con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario e con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'udienza il giudice dispone la comunicazione ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, del giorno, dell'ora e delle modalità del collegamento. All'udienza il giudice dà atto delle modalità con cui accerta l'identità dei soggetti partecipanti e, ove si tratta delle parti, la loro libera volontà. Di questa e di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale.

In luogo dell'udienza fissata per il giuramento del consulente tecnico d'ufficio ai sensi dell'articolo 193 del codice di procedura civile, il giudice può disporre che il consulente, prima di procedere all'inizio delle operazioni peritali, presti giuramento di bene e fedelmente adempiere alle funzioni affidate con dichiarazione sottoscritta con firma digitale da depositare nel fascicolo telematico.

Per la decisione sui ricorsi proposti per la trattazione in udienza pubblica a norma degli articoli 374, 375, ultimo comma, e 379 del codice di procedura civile, la Corte di cassazione procede in camera di consiglio senza l'intervento del procuratore generale e dei difensori delle parti, salvo che una delle parti o il procuratore generale faccia richiesta di discussione orale. Entro il quindicesimo giorno precedente l'udienza, il procuratore generale formula le sue conclusioni

motivate con atto spedito alla cancelleria della Corte a mezzo di posta elettronica certificata. La cancelleria provvede immediatamente a inviare, con lo stesso mezzo, l'atto contenente le conclusioni ai difensori delle parti che, entro il quinto giorno antecedente l'udienza, possono depositare memorie ai sensi dell'articolo 378 del codice di procedura civile con atto inviato alla cancelleria a mezzo di posta elettronica certificata. La richiesta di discussione orale è formulata per iscritto dal procuratore generale o dal difensore di una delle parti entro il termine perentorio di venticinque giorni liberi prima dell'udienza e presentata, a mezzo di posta elettronica certificata, alla cancelleria. Le previsioni di cui al presente comma non si applicano ai procedimenti per i quali l'udienza di trattazione ricade entro il termine di quindici giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Per i procedimenti nei quali l'udienza ricade tra il sedicesimo e il trentesimo giorno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto la richiesta di discussione orale deve essere formulata entro dieci giorni dalla predetta data di entrata in vigore.

Nei procedimenti civili (e penali) le deliberazioni collegiali in camera di consiglio possono essere assunte mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Il luogo da cui si collegano i magistrati è considerato Camera di consiglio a tutti gli effetti di legge.

La copia esecutiva delle sentenze e degli altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria di cui all'articolo 475 del codice di procedura civile può essere rilasciata dal cancelliere in forma di documento informatico previa istanza, da depositare in modalità telematica, della parte a favore della quale fu pronunciato il provvedimento. La copia esecutiva di cui al primo periodo consiste in un documento informatico contenente la copia, anche per immagine, della sentenza o del provvedimento del giudice, in calce ai quali sono aggiunte l'intestazione e la formula di cui all'articolo 475, terzo comma, del codice di procedura civile e l'indicazione della parte a favore della quale la spedizione è fatta. Il documento informatico così formato è sottoscritto digitalmente dal cancelliere. La firma digitale del cancelliere tiene luogo, ai sensi dell'articolo 24, comma 2, del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, del sigillo previsto dall'articolo 153, primo comma, secondo periodo, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni

ni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368. Il difensore o il dipendente di cui si avvale la pubblica amministrazione per stare in giudizio possono estrarre dal fascicolo informatico il duplicato e la copia analogica o informatica della copia esecutiva in forma di documento informatico. Le copie analogiche e informatiche, anche per immagine, della copia esecutiva in forma di documento informatico estratte dal fascicolo informatico e munite dell'attestazione di conformità a norma dell'articolo 16-undecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, equivalgono all'originale.

In ragione delle limitazioni poste dalle misure antipandemiche, l'incolpato e il suo difensore possono partecipare all'udienza di cui all'articolo 18 del decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, mediante collegamento da remoto, a mezzo dei sistemi informativi individuati e resi disponibili con provvedimento del direttore dell'ufficio dei sistemi informativi del Consiglio superiore della magistratura. Prima dell'udienza, la sezione disciplinare fa comunicare all'incolpato e al difensore, che abbiano fatto richiesta di partecipare da remoto, giorno, ora e modalità del collegamento.

Per l'applicabilità fino al 31 dicembre 2021 di tali disposizioni, v. art. 7, D.L. 23 luglio 2021, n. 105, convertito in L. 16 settembre 2021, n. 126. Successivamente l'art. 16, D.L. 30 dicembre 2021, n. 228, convertito in L. 25 febbraio 2022, n. 25 (c.d. decreto milleproroghe) ha ulteriormente procrastinato il suddetto termine al 31 dicembre 2022.

#### ■■■■ESEMPIO

1. Nadia stipula un accordo con Francesco affinché gli consegni una determinata cosa. Francesco è inadempiente. Nadia, che non ha ricevuto la merce, ha interesse alla consegna di quanto pattuito e non alla punizione di Francesco. Nadia si rivolge al giudice, affinché riconosca il suo diritto ed imponga a Francesco di consegnare la merce, oltre il risarcimento del danno secondo quanto stabilito dal codice civile. Qualora Francesco si rifiutasse ancora di adempiere, Nadia, per effetto della sentenza e ad opera dell'ufficio esecutivo, può ottenere l'esecuzione dell'obbligazione.

2. L'inottemperanza dell'onere della prova [c.c. 2697]:

– *immediatamente*, comporta l'effetto processuale di imporre al giudice di considerare come inesistenti i fatti non provati;

– *mediatamente*, comporta un certo esito della causa e quindi un'incidenza nella sfera dei rapporti materiali.

## TITOLO I DEGLI ORGANI GIUDIZIARI

### ■■■■COMMENTO

Gli organi giudiziari rappresentano uno dei tre poteri dello stato e cioè il *potere giudiziario*. Essi sono:

- il *giudice*;
- il *pubblico ministero*;
- gli *ausiliari del giudice*, tra cui:
  - il *cancelliere*;
  - l'*ufficiale giudiziario*;
  - il *consulente tecnico*;
  - il *custode*;
  - *gli altri che aiutano il giudice a svolgere i suoi compiti* [68].

## CAPO I DEL GIUDICE

### ■■■■COMMENTO

Il Giudice è l'organo dello Stato preposto a svolgere le funzioni di tutela giurisdizionale.

La *tutela giurisdizionale* è di tre tipi:

a) *tutela dichiarativa* (o di cognizione). Nell'ambito del processo di cognizione il giudice deve:

- accertare l'esistenza del diritto;
- accertare la lesione subita a causa dell'illecito;
- individuare gli effetti necessari ad eliminare la lesione.

Il giudice può quindi impartire tre tipi di provvedimenti:

– di mero accertamento: con tale provvedimento accerta l'esistenza del diritto. Più semplicemente in seguito all'emanazione della sentenza, la situazione giuridica, sulla quale il giudice è stato chiamato a pronunciarsi, diventa certa ed incontestabile (esempio n. 1). Tuttavia, il soggetto privato, che si rivolge all'autorità giudiziaria, deve lamentare un concreto pregiudizio al proprio diritto, poiché non è sufficiente un semplice timore che possa essere leso in futuro;

– di condanna: con tale provvedimento sanziona l'illecito, obbligando chi lo ha compiuto ad un dato comportamento (esempio n. 2). A seguito della sentenza di condanna, possono essere compiute tutte quelle attività necessarie per la soddisfazione coattiva del diritto (l'esecuzione);

– costitutivo: attraverso tale provvedimento il diritto potestativo, che si esercita giudizialmen-

te, dà vita ad una modificazione della situazione sostanziale preesistente (esempio n. 3);

b) *tutela esecutiva*. Nell'ambito del processo esecutivo [►►►Libro III] il giudice deve garantire la soddisfazione delle situazioni sostanziali accertate e può farlo attraverso:

- l'esecuzione forzata in senso proprio;
- l'esecuzione indiretta;

c) *tutela cautelare*. Nell'ambito del procedimento cautelare il giudice deve impedire che l'eccessiva durata del processo danneggi la parte che ha ragione. La tutela cautelare *non* è *autonoma* ed è *provvisoria*, ossia dura per un periodo di tempo determinato ed è concessa senza che il giudice compia una cognizione completa della causa (esempio n. 4).

Il giudice che svolge la funzione giurisdizionale può essere:

- *togato*: ossia un magistrato di carriera, selezionato mediante pubblico concorso;
- *onorario*: ossia un giudice nominato senza concorso le cui funzioni sono limitate nel tempo che, sovente, è incaricato di questioni "meno gravose" (esempio n. 5).

Il decreto legislativo n. 7 del 15 gennaio 2016, ha introdotto una nuova figura giuridica, rilevante sul piano del diritto civile e diritto processuale civile, in vigore dal 6 febbraio 2016.

Si tratta dei cosiddetti illeciti con sanzioni pecuniarie civili, di competenza del giudice civile.

In base a quanto stabilito dall'art. 8 del citato decreto: 1. Le sanzioni pecuniarie civili sono applicate dal giudice competente a conoscere dell'azione di risarcimento del danno. 2. Il giudice decide sull'applicazione della sanzione civile pecuniaria al termine del giudizio, qualora accolga la domanda di risarcimento proposta dalla persona offesa. 3. La sanzione pecuniaria civile non può essere applicata quando l'atto introduttivo del giudizio è stato notificato nelle forme di cui all'articolo 143 del codice di procedura civile, salvo che la controparte si sia costituita in giudizio o risulti con certezza che abbia avuto comunque conoscenza del processo. 4. Al procedimento, anche ai fini dell'irrogazione della sanzione pecuniaria civile, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili con le norme [del presente capo].

#### ■■■■ ESEMPIO

1. Andrea e Nicola sono proprietari di due fondi confinanti. Tra loro sorge una contestazione circa l'esistenza di una servitù di passaggio a favore del fondo di Nicola. In tal caso il diritto di Nicola trova soddisfazione nel semplice accertamento del giudice circa l'esistenza o meno del suo diritto a passare nel terreno di Andrea.

2. Marco è creditore di Bruno per una somma di denaro. Il diritto di Marco è pacifico e non contestato, ma non soddisfatto finché Bruno non paga la somma in questione. Ecco la necessità dell'intervento del giudice che condanni Bruno al pagamento.

3. I casi di sentenze costitutive sono differenti (ad esempio quelle che riguardano la risoluzione dei contratti, la rescissione, l'annullamento dei negozi). Si ricordi, inoltre, che lo stesso effetto ottenuto da tale tipo di provvedimento giudiziale, si può ottenere, a volte, anche stragiudizialmente (è il caso del licenziamento).

4. Nel caso di diritto agli alimenti il giudice può stabilire che il coniuge anticipi l'erogazione di questi. Il provvedimento definitivo assorbita quello provvisorio cautelare.

5. Il giudice di pace è un giudice onorario, il cui incarico è conferito a seguito di determinati requisiti soggettivi e dopo aver espletato un periodo di tirocinio.

#### ■■■■ GIURISPRUDENZA

◆ Non sussiste un vizio di costituzione dell'organo giudicante in rapporto alla sua natura di giudice onorario, atteso che i giudici onorari possono decidere ogni processo e pronunciare qualsiasi sentenza per la quale non vi sia espresso divieto di legge, con piena assimilazione dei loro poteri a quelli dei magistrati togati, sottolineando che l'art. 106 Cost. prevede la nomina di giudici onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli con piena parificazione. E, più nello specifico, che, ai sensi dell'art. 43-bis del r.d. n. 12 del 1941, i giudici onorari chiamati ad integrare i collegi nei tribunali ordinari, possono svolgere anche funzioni di appello (7849/2011).