

CRISANTO MANDRIOLI

Professore straordinario di diritto processuale civile nell'Università di Urbino

LA TECNICA DELLO STRUMENTO RAPPRESENTATIVO
NEL PROCESSO CIVILE

1. *Richiami e linee direttive.*

Le conclusioni fondamentali conseguite con le mie « *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile* » ⁽¹⁾ riguardano:

1) l'individuazione delle norme positive che regolano, nei suoi aspetti tecnico-giuridici, il funzionare dello strumento rappresentativo come figura generale;

2) l'enucleazione — sulla base positiva di quelle norme — dei principi sistematici generali ai quali si riconducono i suddetti aspetti tecnici ⁽²⁾;

3) la precisazione dei modi e dei limiti con i quali, attesa la ricezione, nelle norme del codice di rito, delle norme positive (sostanziali) che riguardano lo strumento rappresentativo in generale, i principi che ispirano queste norme debbono ritenersi operanti anche nella disciplina positiva del funzionare dello strumento rappresentativo nel processo civile ⁽³⁾.

Sotto il primo riguardo, mi fu possibile dimostrare che gli artt. 1378 e seguenti del codice civile, ed in particolare l'art. 1388, nel descrivere un determinato modo tecnico di reciproca coordinazione dei due congegni della rappresentanza, cioè del potere rappresentativo e della *contemplatio domini* ⁽⁴⁾, introducono una disciplina positiva della tecnica della rappresentanza

⁽¹⁾ MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957 cit., spec. da p. 37 e ss.

⁽²⁾ Mia *op. cit.*, spec. da p. 171 a p. 197.

⁽³⁾ Mia *op. cit.*, da p. 199 e ss., spec. p. 242 e ss.

⁽⁴⁾ La parola « congegni » di cui mi sono servito nelle *Premesse generali*, e di cui continuo a servirmi ora, è usata in senso metaforico per esprimere soltanto il fatto che due elementi, ancorchè eterogenei (uno è un effetto, l'altro un fatto) debbono concorrere.

che può considerarsi la vera base giuridica del cosiddetto « concetto » della rappresentanza in generale ⁽⁵⁾.

Sotto il secondo riguardo mi fu possibile desumere da quelle norme e dalle loro interpretazioni — ossia tenendo il contatto con la realtà del diritto positivo e con la sua vita concreta — i criteri sistematici che, a quanto mi parve e mi pare, ispirano la disciplina normativa sia del cosiddetto « concetto » dello strumento rappresentativo sia delle sue applicazioni alle innumerevoli esigenze della pratica. Codesti criteri sistematici fanno capo al rilievo fondamentale che, secondo il nostro diritto positivo, la rappresentanza (almeno nello schema fondamentale del suo funzionamento) non è altro che un fenomeno di attribuzione straordinaria e secondaria della legittimazione attiva o titolarità di un determinato potere: *straordinaria* perchè riguarda un soggetto diverso dal titolare della situazione giuridica sulla quale l'esercizio del potere stesso è destinato a produrre i suoi effetti, e che, il più delle volte, è il diritto soggettivo nel quale è compreso il potere; *secondaria* perchè, sia che venga compiuta direttamente dalla legge, sia che venga compiuta dal soggetto che riceverà gli effetti dell'atto (rappresentato), presuppone sempre che questo ultimo sia titolare (o si trovi nella situazione per cui sarebbe titolare, se fosse capace) di un potere primario, del quale quello attribuito in via straordinaria ricalca interamente le note, rimanendone condizionato ⁽⁶⁾.

Sotto il terzo riguardo la conclusione conseguita fu che, già sul piano del diritto positivo, il codice di rito, non disciplinando in modo autonomo il funzionamento dello strumento della rappresentanza, e tuttavia presupponendolo operante con la medesima tecnica propria della figura generale, contiene una implicita ma chiara ricezione delle norme sostanziali concernenti

⁽⁵⁾ Mia *op. cit.*, p. 197 e ss.

⁽⁶⁾ Mia *op. cit.*, p. 174 e ss. Altri, a questo riguardo, parla di carattere vicario del potere del rappresentante (INVREA, *La parte generale del diritto*, Padova, 1935, p. 96).

il funzionare dello strumento (non però di quelle che già concernono le applicazioni dello strumento); mentre, d'altro canto, nessun ostacolo di natura sistematica si pone in contrasto con l'operare dei congegni tecnici per mezzo dei quali lo strumento rappresentativo funziona ⁽⁷⁾.

Ora, poichè il compito al quale mi accingo è quello di esaminare da vicino il modo col quale lo strumento rappresentativo opera nel processo civile, in primo luogo con riguardo alle linee generali di quel funzionamento, ed in secondo luogo con riguardo alle sue applicazioni alle esigenze della vita concreta del processo, le suddette conclusioni orientano la mia ricerca almeno nella sua prima fase, nel modo che sto per accennare.

Va premesso anche che, se è vero che nell'epoca moderna — e cioè dopo il superamento del *dominium litis* — lo strumento rappresentativo opera *nel* processo e non *per mezzo del* processo, e se, quindi, il suo funzionamento deve riguardare i congegni giuridici *interni* al processo e non soltanto i suoi effetti esterni, nel campo sostanziale, occorre incominciare con l'illuminare questi momenti interni della vita del processo sotto il profilo giuridico.

D'altra parte, poichè, attese le conclusioni ora ricordate, il primo compito è quello di indagare se e come, nel sistema del codice processuale, avviene la veduta attribuzione straordinaria e secondaria di determinati poteri destinati ad influire su una altrui situazione giuridica (che di regola è quella statica e composita del diritto soggettivo), l'esame di quei momenti giuridici interni del processo va concentrato in primo luogo sulle situazioni giuridiche soggettive interne al processo con particolare riguardo sia alla figura semplice del potere sia a quella composita del diritto soggettivo. Si tratterà poi di studiare come avviene la attribuzione di quelle situazioni ad un determinato soggetto e, più in generale, come si determina la loro titolarità, onde cer-

(7) Mia *op. cit.*, p. 250 e ss.

care di contrapporre al fenomeno generale della attribuzione ordinaria dei poteri quello particolare della loro attribuzione in via straordinaria e secondaria. Si potranno così conseguire gli elementi per passare allo studio del fenomeno « in movimento », che è quanto dire rendersi conto di come lo strumento rappresentativo funziona nel processo.

2. *Il processo dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive.*

Lo studio della struttura del processo dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive è senza dubbio uno dei campi nei quali l'utilizzazione dei dati elaborati dalla teoria generale promette i risultati più fecondi, tanto che in questi ultimi tempi ha costituito e costituisce uno dei punti di maggior impegno per la dottrina processualistica ⁽⁸⁾.

⁽⁸⁾ Mi riferisco alle situazioni giuridiche soggettive interne al processo.

Trascurando qui le più remote origini di questo moderno orientamento, mi limito a rilevare che esso può essere considerato come la confluenza, da un lato, degli studi che incominciarono a reagire alla teoria del rapporto giuridico processuale unitario (su cui v. specialmente nel primo schema privatistico, la classica opera del KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888, sp. p. 65, e quindi, nel suo aspetto più moderno, con orientamento pubblicistico e con lo scopo principale di fondare la giuridicità del processo nonostante la concezione concreta dell'azione, specialmente CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 50 e ss.; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 7), che era già parsa una conquista definitiva; e, dall'altro lato, dei più recenti studi sul tema delle situazioni giuridiche.

Sotto il primo riguardo un posto assolutamente preminente va riconosciuto alla sistematica del CARNELUTTI (a partire dal *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, n. 357, p. 901, fino all'ultima edizione delle *Istituzioni del processo civile italiano*⁵, I, Roma, 1956, n. 187 p. 176: e al recentissimo primo volume del *Trattato del processo civile*, diretto dallo stesso Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 34 e ss.); sotto il secondo riguardo meritano qui segnalazione gli studi del FRAGOLA, *Le situazioni giuridiche nel diritto amministrativo*, Napoli, 1939, p. 6; dello SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, p. 62, del GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 254, del SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 48, e degli altri autori citati nelle mie *Premesse generali*, a pag. 76 e ss.

Quanto agli sviluppi più recenti che costituiscono il frutto della suddetta

L'aspirazione è ancora quella che — or è ormai un secolo — aveva spinto la dottrina germanica, a cominciare col Bülow⁽⁹⁾, a tentare di trapiantare sul terreno processuale la sistematica civilpandettistica: ossia l'aspirazione ad esprimere il fenomeno processuale nella sua realtà schiettamente giuridica⁽¹⁰⁾. Senonchè, per quanto possano essere stati importanti gli sviluppi conseguiti nell'utilizzazione dei classici schemi del diritto soggettivo e del rapporto giuridico, l'insufficienza di codesti schemi non ha tardato a rivelarsi attraverso gli spunti critici con i quali, partendo dal rilievo che la prima realtà del processo è quella di una attività che si compie in funzione di un risultato⁽¹¹⁾, si

confluenza, e che sono quelli ai quali principalmente mi riferisco nel testo, v. specialmente ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giurisdizionale*, già in *Riv. dir. civ.*, 1955 e in *Jus*, 1955, e, ora, Milano, 1957, p. 3 e ss.; poi, nel suo solco, CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, p. 29 e ss.; infine FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 55 e ss., spec. p. 111. In precedenza e con ordini di idee differenti, v. specialmente, MICHELI, *L'onere della prova*, Padova 1942, p. 51 e ss.; LIEBMAN, *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 329 e ss.; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 700 e ss.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, spec. p. 115 e ss., 168 e ss. Da ultimo si veda anche MICHELI, *Giurisdizione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 107 e ss., spec. p. 122 e ss.; *Id.*, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, spec. p. 221 e ss., 256 e ss.; SATTA, *Il concetto di parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 68 e ss.; ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1959, p. 153 e ss.

(⁹) BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, cit., p. 1 e ss.

(¹⁰) Ognuno conosce le celebri opere che documentano questa imponente elaborazione: da quelle dello stesso BÜLOW a quelle del WACH (tra le altre: *Der Rechtsschutzanspruch*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 32^o (190), p. 1 e ss.) a quelle del KOHLER (tra le altre: *Prozesshandlungen mit Zivilrechtswirkung*, in *Zeitschrift für deutschen Civilprozess*, 29^o, (1901), p. 1 e ss.) a quelle del PLOSZ (tra le altre *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig, 1880, p. 7 e ss.), dello HELLWIG (tra le altre: *Prozesshandlungen und Rechtsgeschäft*, in *Festgabe für Gierke*, II, 1910, p. 41 e ss.), del NUSSBAUM (*Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse*, München, 1908, p. 4 e ss.).

(¹¹) CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale*, II, Padova, 1928, p. 200; PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e di-*

è preteso di anteporre, o addirittura contrapporre la tecnicità delle norme processuali alla loro stessa giuridicità ⁽¹²⁾, o quanto meno di affermare l'eterogeneità del concetto di processo da quello di rapporto giuridico in quanto questo è relazione tra soggetti e non semplice attività ⁽¹³⁾.

È facile comprendere che critiche siffatte sono possibili soltanto sulla base di un equivoco fondamentale, che è quello di ritenere pensabile una realtà del processo estranea alle norme giuridiche e alle situazioni che ne conseguono ⁽¹⁴⁾. Ma il fatto che un tale equivoco possa essersi tanto radicato, è la miglior prova dell'inidoneità dello schema del rapporto giuridico processuale ad esprimere in termini puramente giuridici tutta la realtà dinamica del processo. Ed infatti, se si resta fedeli alla nozione classica del rapporto giuridico come relazione tra due o più soggetti, si deve prendere atto che in quella nozione non c'è posto per il fattore « tempo », senza il quale d'altra parte, non si potrà mai esprimere una dinamica; e che pertanto tale nozione è strutturalmente inidonea a configurare una realtà giuridica in movimento se non come mera potenzialità di quel movimento ⁽¹⁵⁾; e per ciò, se non si vuol accettare l'opinione di chi cerca di spiegare al di fuori delle norme giuridiche la realtà dinamica del processo, si deve giungere a riconoscere che, più che un rapporto giuridico, il processo è una serie di rapporti giuri-

ritto sostanziale, Milano, 1935, p. 3; SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, p. 35; GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin, 1932, p. 1.

⁽¹²⁾ SATTA, *L'esecuzione forzata*, Milano, 1937, p. 73.

⁽¹³⁾ SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 19.

⁽¹⁴⁾ Non dissimile la critica del LIEBMAN (*L'opera scientifica di James Goldschmidt*, cit., p. 330) a questo orientamento della dottrina. Ma sul tema della convergenza tra la giuridicità e la tecnicità delle more del processo v. prevalentemente CARNACINI, *op. cit.*, spec. p. 697 e ss.

⁽¹⁵⁾ Sull'importanza del fattore « tempo » nei fenomeni giuridici v. da ultimo gli interessanti spunti del GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, p. 41.

dici in continua evoluzione⁽¹⁶⁾. Chè se, viceversa, si ammette senz'altro che la nozione del rapporto giuridico processuale è ben diversa da quella comune nozione del rapporto giuridico di tipo sostanziale, in quanto ha la caratteristica di non perdere la sua unità pur esprimendo il continuo mutare delle vicende del processo⁽¹⁷⁾, si finisce col rendere soltanto nominale l'adesione alla dottrina del rapporto giuridico processuale, mentre sostanzialmente la si è già superata nel momento stesso in cui si prende atto che l'unità del processo è data dalla reciproca concatenazione delle singole situazioni interne, si voglia o non si voglia usare, per questo fenomeno, il termine, ormai sempre più invalso nell'uso, di « procedimento »⁽¹⁸⁾.

(16) Questa è sostanzialmente l'opinione — dichiaratamente ostile alla dottrina del rapporto giuridico — che fa capo al CARNELUTTI (da ultimo *Istituzioni*, I, cit., n. 187, p. 176) e *Diritto e processo*, cit., p. 35 e ss. Qui citazioni della dottrina favorevole e di quella contraria al concetto in discorso. Nella dottrina italiana più recente v. per tutti: MICHELI, *Corso*, I, cit., p. 252. Per una adesione, non più recentissima, alle opinioni del Carnelutti in argomento v. CARNACINI, *Il litisconsorzio nelle fasi di gravame*, Padova, 1937, p. 1.

(17) È questa l'opinione espressa dal LIEBMAN, *L'opera scientifica di James Goldschmidt*, cit., p. 332, 341. In questo ordine di idee, v. REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, n. 30, p. 122; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1942, p. 63. Diversa è invece la rivalutazione del rapporto giuridico processuale, agganciato direttamente all'azione, compiuta da ultimo dal Rocco U., *Trattato di diritto processuale civile*, I, Torino, 1957, p. 239 e ss. e spec. 311 e ss.

(18) LIEBMAN, *op. cit.*, p. 331. Secondo questo Autore, « il processo è una unità, ed essa si esprime su piani diversi coi concetti del procedimento e del rapporto processuale ».

A mio modo di vedere, mentre non è dubbio che il concetto di *procedimento* (specie tenendo conto degli svolgimenti ricevuti dalla dottrina più recente) è idoneo ad esprimere l'unità del processo (su ciò tornerò con maggiore ampiezza al n. 10: ivi citazioni della dottrina, spec. alla nota 139), non altrettanto si può dire del concetto di rapporto giuridico processuale. Secondo il Liebman, questo concetto potrebbe esprimere l'unità del processo, poichè « nella sua unità e continuità » manterrebbe « il collegamento tra i vari soggetti del processo » e conterrebbe « la disciplina delle loro reciproche relazioni, pur nel mutare delle vicende, delle situazioni e dei momenti diversi che si susseguono nel corso del processo » (LIEBMAN, *op. loc. cit.*). Ciò che non riesco a comprendere è dove debba ravvisarsi il fondamento positivo di codesto rapporto in evoluzione e su quali norme esso sia fondato. Ed infatti dalla spiegazione fornita dal LIEBMAN (*op. cit.*, p. 341-342), nel senso che la differenza del rapporto processuale da quello sostanziale dipende dalla

Ma c'è di più. Ed infatti, se il problema è quello di cogliere l'aspetto propriamente giuridico di ciò che funge da base per quella unità e per la dinamicità del processo, e se, d'altra parte, si riesce a dimostrare — come ha incominciato a fare la dottrina più recente ⁽¹⁹⁾ — che codesta base unitaria può essere rinvenuta attraverso l'enucleazione del fondamento giuridico della reciproca coordinazione delle singole situazioni processuali (procedimento) e addirittura attraverso l'individuazione di una situazione soggettiva composita che ha riguardo all'intero processo (azione), il continuare a sostenere che le singole situazioni soggettive « trovano il loro significato in quanto sorgono e si esercitano nel seno di un rapporto più ampio dal quale giuridicamente dipendono » ⁽²⁰⁾ sembra, a mio sommesso parere, non solo inutile, ma anche dannoso. Inutile perchè l'unità del processo

diversità delle norme strumentali da quelle sostanziali, non si può trarre altra deduzione se non che ciascuna norma strumentale introduce situazioni dinamiche. Ma allora il cosiddetto rapporto processuale unitario non sarebbe altro che la serie delle situazioni soggettive dinamiche.

⁽¹⁹⁾ Già critiche al concetto di rapporto giuridico processuale con l'affermazione che l'unità del processo può essere fondata altrimenti v. in RICCA-BARBERIS, *Due concetti infecondi: negozio e rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, p. 191 e ss.; INVREA, *La giurisdizione concreta e la teoria del rapporto giuridico processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 24 e ss., spec. p. 43, 44; nella dottrina germanica: SCHÖTENSACK, *Ueber Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklage nach der deutschen ZPO*, in *Würzburger Festschrift Burckardt*, 1910, p. 10 e ss.

Poi, SANDULLI, *op. cit.*, p. 19 e s., e specialmente ALLORIO, *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, in *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa*, Milano, 1957, p. 203; v. poi ancora CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, Roma, 1951, p. 357 e 365; *Id.*, *Istituzioni*, cit., I, n. 272, p. 254; SATTA, *Diritto processuale civile*⁵, Padova, 1957, p. 96; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, p. 17. Nella dottrina processualpenalistica FOSCHINI, *La complessione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 15 e ss. Implicitamente, ma con chiarezza, v. gli svolgimenti del CONSO, *I fatti giuridici* cit., p. 163 e ss., che impernia l'unità del processo sui collegamenti interni tra i fatti che compongono il procedimento, in funzione della sentenza come atto finale.

Nella dottrina straniera, v. POLLACK, *System*, I, cit., p. 364 e ss.; HEGLER, *Zum Aufbau der Systematik des Zivilprozessrechts in Festgabe für Hech, Ruemelin, Schmidt*, Tübingen, 1951., p. 232; da ultimo specialmente GUASF, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, p. 19 e 317 e ss.

⁽²⁰⁾ LIEBMAN, *op. cit.*, p. 332; v. anche in precedenza ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 63; REDENTI, *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 122.

può essere spiegata altrimenti ⁽²¹⁾. Dannoso, perchè costringendo allo schema della bilateralità del fenomeno normativo, crea una serie di problemi tanto insolubili quanto inutili: come ad es. quello di spiegare l'assenza di un obbligo dello Stato di prestare la tutela contrapposto al diritto di azione ⁽²²⁾ e quello di trovare

⁽²¹⁾ Rimandando, per le opinioni della dottrina, alla nota 19, qui osservo che codesta unità riposa a mio parere sui concetti di « procedimento » e di « azione », intesi l'uno come la coordinazione, da un punto di vista obiettivo, delle singole situazioni processuali, e l'altro come la situazione giuridica soggettiva che è complessa in quanto abbraccia tutti insieme i comportamenti della parte nel processo. Per la dimostrazione delle affermazioni che precedono, mi permetto di rinviare ai numeri 5 e 10.

D'altra parte il vecchio argomento secondo cui soltanto la figura del rapporto giuridico processuale unitario consentirebbe di spiegare la successione nel processo (sul quale v., tra i tanti Autori, KOHLER, *Ueber die Successionen*, cit., p. 293 e ss., p. 346 e ss.), ed al quale si è richiamato di recente anche il LIEBMAN (*L'opera scientifica di James Goldschmidt*, cit., p. 333) è già stato dimostrato come tutt'altro che decisivo. Ed infatti, quando si dice con HELLWIG (*Klagrecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905, p. 85) che « negli atti compiuti la parte non può succedere e gli atti seguenti li compie essa stessa » si mette in evidenza che il concetto di atto processuale e quindi la nozione del processo come serie di atti processuali non potrebbe spiegare il fenomeno della successione nel processo. Senonchè la dottrina moderna, lungi dal fermarsi alla nozione del processo come serie di atti, mette in rilievo che, prima e dopo gli atti, esistono le situazioni giuridiche che introducono — attraverso le categorie del potere o del dovere — codesti atti. (Su ciò v. nel testo l'inizio del paragrafo che segue e spec. CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., n. 22, p. 58). E se non si può succedere negli atti, si può certamente succedere nella titolarità delle situazioni, se è vero che il fenomeno della successione si spiega « con una estensione al secondo rapporto dell'efficacia dei fatti giuridici influenti sul primo » (CARNELUTTI, *Appunti sulla successione nella lite*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 9. Ora Id., *Diritto e processo*, cit., p. 166). Detto questo, si potrà anche dire che il succedere nel processo è un succedere in una posizione che può essere espressa in modo unitario (ad es. con l'espressione « stato giuridico processuale » usata dall'INVREA, *La giurisdizione concreta*, cit., p. 41), purchè resti chiaro che si tratta soltanto di espressioni di comodo per indicare la titolarità delle situazioni processuali semplici.

Non altrettanto esatto sarebbe il riferirsi al concetto chiovendiano della *litispendenza* come coincidente col rapporto processuale unitario (CHIOVENDA, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 1, e ss.) poichè la litispendenza non è che un effetto della proposizione della domanda (così il § 263 della ZPO germanica) ed è presa in considerazione dalla legge entro limiti precisi e determinati, come quello di dar luogo all'eccezione di litispendenza, alla individuazione della competenza ecc. (v. anche INVREA, *op. loc. cit.*, p. 39).

⁽²²⁾ Si veda ad es. come su questi problemi sia impegnato anche il LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 47 e ss.

ad ogni costo, per ogni situazione soggettiva processuale, quella ad essa contrapposta, con la conseguente moltiplicazione di queste figure a tutto danno della loro purezza giuridica ⁽²³⁾.

D'altra parte, neppure si può dire che le più note sistematiche che hanno consapevolmente abbandonato lo schema del rapporto giuridico processuale unitario, abbiano conseguito l'intento di porre in risalto la realtà propriamente giuridica del processo. Non quella del Goldschmidt, il cui tentativo di costruire il processo come un'unica evoluzione processuale del fenomeno giuridico sostanziale ⁽²⁴⁾ deve cedere di fronte alla evidenza delle norme positive che configurano le situazioni dei soggetti del processo in maniera indipendente dal fondamento obbiettivo del diritto sostanziale dedotto ⁽²⁵⁾. Ma neppure quella del Carnelutti che (a parte il già rilevato difetto di individuazione dell'elemento unitario che superi il frazionamento del processo in una serie di rapporti) resta ancorata allo schema della bilateralità della norma e si esaurisce nello sforzo di allineare una serie di situazioni a coppie che, mentre appaga il gusto della simmetria architettonica e descrive con rara perspicuità i multi-

Per il rilievo della difficoltà accennata nel testo, v. specialmente SANDULLI, *Note sulla natura dei diritti civili*, in *Foro it.*, 1952, I, p. 1342 e ss. e MICHELI, *Giurisdizione e azione*, cit., p. 121; *Id.*, *Corso*, I, cit., p. 252. Per il rilievo dell'inalturalità del problema v. ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, pag. 201.

Questa difficoltà non sembra invece avvertita dal Rocco U., *Trattato*, I, cit., p. 239 e ss.

⁽²³⁾ È questa la caratteristica ridondanza della sistematica processuale del CARNELUTTI: da ultimo *Istituzioni*, I, cit., p. 175 e ss. Esattissimi, a questo riguardo, i rilievi del MICHELI (*Corso*, I, cit., p. 252) che fa osservare che, nel processo, al potere di ciascuna delle parti non corrisponde affatto un dovere dell'altra, ma soltanto una sua soggezione (su quest'ultimo concetto v. la nota 47 in questo capitolo).

⁽²⁴⁾ GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, cit., spec. p. 146 e ss. p. 253 e ss.; *Id.*, *Teoria general del proceso*, Barcelona, 1936, p. 26 e ss., p. 56 e ss. In questo ordine di idee anche NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950, p. 44 e ss., 57 e ss.

⁽²⁵⁾ Per questi rilievi critici v. specialmente LIEBMAN, *L'opera scientifica di James Goldschmidt*, cit., p. 333 e ss.; v. anche MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955, p. 215 e ss.; CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 22 e ss.; FAZZALARI, *Note*, cit., p. 113.

formi aspetti sociologici e psicologici del fenomeno dell'evoluzione processuale, offusca, anzichè chiarire, l'essenzialità propriamente giuridica di questo fenomeno ⁽²⁶⁾.

Diversa è invece la via che percorre la dottrina più recente. Diversa nel metodo, poichè la battaglia ingaggiata per la decantazione dei fenomeni giuridici fuori e dentro il processo, dalle scorie psicologistiche, può ben dirsi avviata a soluzione vittoriosa, almeno nei limiti del riconoscimento che nulla deve interessare il giurista che non sia nella norma, ivi peraltro incluse quelle finalità che in essa norma si siano « calate » ⁽²⁷⁾. E diversa anche nell'impostazione, poichè, essendosi liberata dal pregiudizio della bilateralità del fenomeno normativo per una concezione monosoggettiva della norma, la dottrina più recente possiede finalmente gli strumenti per una salutare opera di sfrondamento e di eliminazione di una serie di problemi che hanno già assolto alla loro funzione ⁽²⁸⁾.

Sulla scorta di questi orientamenti, lo studio del processo dal punto di vista delle situazioni giuridiche soggettive processuali promette fecondità di risultati quali in primo luogo la riduzione al minimo essenziale della serie delle suddette figure giuridiche soggettive ⁽²⁹⁾; in secondo luogo l'agganciamento dell'unità del processo ad elementi dei quali, da un lato, sia facile rinvenire il fondamento di diritto positivo, e che, dall'altro lato,

⁽²⁶⁾ V. da ultimo, contro questa moltiplicazione, CORDERO, *Le situazioni*, cit., p. 240, con riguardo anche alla costruzione del GUARINO, *Potere giuridico*, cit., p. 19 e ss., 37 e ss. e dello SPERDUTI, *Contributo*, cit., p. 6 e ss.

In precedenza, contro la sopravvalutazione della funzione nella sistematica carneltuttiana, v. ALLORIO, *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, cit., p. 194.

⁽²⁷⁾ È la ben nota espressione dell'ALLORIO, *La vita e la scienza del diritto in Italia e in Europa*, cit., p. 37.

⁽²⁸⁾ ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 18, 29; Id., *Riflessioni sullo svolgimento ecc.*, p. 201; MICHELI, *Corso*, I, cit., p. 250 e ss.

⁽²⁹⁾ MICHELI, *op. loc. cit.* La possibilità di procedere su questa via è già stata palesata dal CORDERO, *Le situazioni*, cit., p. 239 e ss.

stiano in una certa relazione ben chiara col fondamento positivo delle singole situazioni interne al processo ⁽³⁰⁾.

Naturalmente un tale compito non può essere affrontato in questa sede, se non nei limiti nei quali, secondo quanto notato nel paragrafo precedente, si rivela indispensabile per fondare lo studio della rappresentanza nel processo civile come un fenomeno di straordinaria scissione nella titolarità delle situazioni giuridiche processuali. Più precisamente, se è vero che — come ho ampiamente dimostrato in sede di premesse generali ⁽³¹⁾ — l'essenza della rappresentanza sta in ciò che, in via straordinaria, l'esercizio di un potere *secondario* (nel senso ricordato al n. 1) produce i suoi effetti sulla situazione giuridica (che *normalmente* è quella statica e composita del diritto soggettivo ⁽³²⁾), ma potrebbe anche essere diversa o addirittura mancare, e così costituirsi *ex novo* con l'esercizio del potere) spettante al soggetto titolare del corrispondente potere primario del rappresentato: e ciò oltre ed indipendentemente dagli eventuali effetti in capo ad un terzo; se è vero pure che (*sempre in via normale* e salve molte eccezioni) il potere primario, del quale quello secondario ricalca le note, appartiene proprio a quella situazione statica e composita che subirà gli effetti del suo esercizio

⁽³⁰⁾ In questa direzione sono specialmente orientati gli svolgimenti sul concetto di azione e su quello di procedimento contenuti ai nn. 5 e 10 in questo lavoro.

⁽³¹⁾ V. mie *Premesse generali*, p. 174 e ss.

⁽³²⁾ Cfr. mie *Premesse generali*, p. 80, e ss. e autori ivi citati. Da ultimo v. anche, in un ordine di idee in parte affine, FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 67 e ss. Questo autore nega peraltro che il diritto soggettivo come figura composita ed empirica, possa essere il portato di una diversa valutazione normativa (*op. cit.*, p. 62), sostenendo invece che il carattere composito del diritto soggettivo sarebbe determinato solo da ciò che tutte le situazioni semplici che lo compongono riguardano condotte che cadono sullo stesso oggetto (*op. cit.*, p. 83), mentre l'autonomia della figura rispetto alle singole situazioni semplici sarebbe determinata dalla posizione di preminenza rispetto a quell'oggetto di comportamento (*op. cit.*, p. 86, 97; così già GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 71 e ss.). Senonchè se si esclude, col FAZZALARI, che questa posizione di preminenza sia il portato di una valutazione normativa autonoma, non si riesce a comprendere quale sia la base giuridica del diritto soggettivo come situazione soggettiva autonoma.

(salvi sempre gli effetti in capo ai terzi); se è vero tutto ciò, l'analisi delle situazioni giuridiche soggettive processuali deve concentrarsi, da un lato, sulla figura del potere processuale e, dall'altro lato, sulla ricerca del se e del come tra le situazioni giuridiche soggettive processuali può emergere una figura con i caratteri della situazione giuridica soggettiva composita, idonea a ricevere, in capo al suo titolare, gli effetti dell'esercizio dei poteri processuali ⁽³³⁾.

⁽³³⁾ È appunto in considerazione del ruolo decisivo che nello svolgimento del mio tema, spetta da un lato alla contrapposizione tra situazioni soggettive statiche e dinamiche e, dall'altro lato, a quella tra situazioni soggettive semplici e situazioni soggettive composite, che nelle mie *Premesse generali* mi ero soffermato ampiamente su questi concetti. In particolare, sulla distinzione fondamentale — non certo nuova, ma non sempre tenuta presente col dovuto rigore — tra valutazione normativa dinamica (di validità) e statica (di liceità o di dovere) nel senso che, mentre la prima valuta il comportamento di un soggetto come idoneo a determinare effetti giuridici e per ciò individua in astratto le note che compongono lo schema di quel comportamento, o *fattispecie di comportamento*, la seconda valuta il comportamento di un soggetto come semplicemente lecito o come illecito, oppure come doveroso o antidoveroso.

Pertanto, se le situazioni giuridiche soggettive esprimono le posizioni dei soggetti in relazione ai loro comportamenti valutati dalle norme, esse debbono distinguersi con riguardo al diverso tipo di valutazione normativa che le introduce: situazioni dinamiche e situazioni statiche. Le prime sono i *poteri*, ossia possibilità di comportamento (individuate nelle note che le compongono, dalla idoneità a produrre gli effetti, pure determinati dalla norma) poste a disposizione di un determinato soggetto. Le seconde sono le *facoltà* ossia comportamenti valutati come possibili in quanto meramente leciti per quel soggetto. Accanto a queste situazioni, dette semplici perchè contenenti la valutazione di un solo schema di comportamento, le norme positive introducono poi delle situazioni soggettive che, in quanto ricomprendono più comportamenti già valutati come situazioni semplici, sono dette composite: tipica la figura del diritto soggettivo (su ciò v. la nota precedente).

A proposito del potere avevo anche messo in evidenza (mia *op. cit.*, p. 76 e ss. spec. p. 79, 80, 116 e ss.) che il rapporto tra il potere e la relativa fattispecie di comportamento è quello che viene in luce quando si dice che un soggetto, in quanto titolare di un potere *può fare* ciò che è descritto nella relativa fattispecie di comportamento con gli effetti preveduti dalla legge. Per questo motivo non comprendo le critiche mossemi da fonte assai autorevole (CARNELUTTI, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 261 e secondo le quali avrei aderito all'opinione che confonde il *potere* col *fare*. A tale opinione (che è poi quella del GUARINO, *op. cit.*, p. 254) non avevo affatto aderito, come del resto risulta dall'impostazione e dallo svolgimento

3. *Le situazioni giuridiche soggettive processuali semplici. I poteri processuali.*

La dottrina più recente alla quale, come si è veduto, spetta il merito di aver avviato lo studio del processo nei suoi momenti interni e di averne indicato la caratteristica dinamica proprio nella successione di questi momenti, ha anche posto in rilievo che tali momenti non sono soltanto gli atti del processo. Ed infatti, codesta dottrina ha osservato che in quanto ciascun atto costituisce la realizzazione di un determinato comportamento, ed in quanto questo comportamento deve essere stato, in precedenza, posto a disposizione di un soggetto come possibilità, per quel soggetto, di tenere quel comportamento e di conseguire così gli effetti propri dell'atto, ogni atto del processo presuppone il momento della sua *potenza* a quello del suo realizzarsi, del suo « farsi » ⁽³⁴⁾.

L'importanza di questo rilievo sta in ciò che con esso si introduce nel vivo dell'ingranaggio giuridico del processo, quella che giustamente è stata detta ⁽³⁵⁾ la sua dimensione tempo-

di tutto questo lavoro. Le mie critiche alla suddetta opinione non sono invece sfuggite al DENTI, in un'opera (*Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia, 1959, p. 42) apparsa quando questo lavoro era già composto e della quale ho potuto tenere solo parzialmente conto.

⁽³⁴⁾ V. specialmente CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., n. 22, p. 53. Ma v. anche, in precedenza, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 65 e ss., nonché gli interessanti rilievi dell'INVREA, *La giurisdizione concreta*, ecc., cit., spec. p. 43 e ss.

⁽³⁵⁾ Da ultimo GALEOTTI, *Contributo*, cit., p. 41. Questo autore ricorda gli svolgimenti del GASPARRI, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1955, p. 11, 22 e ss., e del MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927, p. 174. In generale sulla dimensione temporale quale uno dei pilastri della cosiddetta teoria generale della realtà (pregiuridica) v. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 311 e ss.

Sul concetto di procedimento come « farsi » della fattispecie, v. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 128.

In generale, sulla dimensione temporale nel processo v. SATTA, *L'estinzione del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, p. 1005 e ss. spec. 1013; da ultimo CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 154 e ss.

rale, ossia quell'elemento « tempo » che, finchè restava confinato nelle espressioni metaforiche, quali « evoluzione », « serie », « dinamica » e simili, lasciava nel vago ciò che invece si definisce in precisi termini giuridici quando il fattore tempo entra a comporre la figura giuridica. Ed infatti, se il fattore tempo entra nella figura giuridica della fattispecie di comportamento per esprimere la posizione giuridica del soggetto che — per poterlo tenere e quindi *prima* di tenerlo — è nella situazione di potere compiere l'atto che si realizza con quel comportamento, i precisi termini giuridici appaiono questi: da un lato la situazione giuridica soggettiva di *potere* in capo al soggetto che compie l'atto e che ne condiziona la validità; dall'altro lato l'effetto giuridico che si determina come conseguenza del compimento dell'atto e quindi *dopo* di esso. E poichè questo effetto consiste in ciò che dopo l'atto esiste una situazione giuridica soggettiva che prima non esisteva, consegue da queste osservazioni che se il processo può, in un certo senso, essere definito come una serie di atti, questa definizione deve essere integrata col rilievo che il processo è una serie di atti che realizzano, *nel tempo*, una serie di modificazioni di altrettante situazioni giuridiche soggettive ⁽³⁶⁾. E poichè la situazione giuridica soggettiva che condiziona la validità dell'atto, con riguardo alla sua derivazione soggettiva, è il *potere* ⁽³⁷⁾, ne deriva che il processo è, nella sua più essenziale realtà dinamica, una serie di poteri che introducono altrettanti atti.

Naturalmente questa costruzione è condizionata dalla pos-

⁽³⁶⁾ Ho già osservato, alla nota 21, che proprio attraverso questo rilievo è possibile spiegare il fenomeno della successione nel processo indipendentemente dall'adesione alla teoria del rapporto processuale unitario.

⁽³⁷⁾ Come risultato dell'ampio svolgimento compiuto sul tema in sede di *Premesse generali* (p. 102 e ss.) avevo configurato la nozione tecnica del potere come situazione giuridica soggettiva determinata da una valutazione normativa dinamica e strumentale che pone il soggetto nella condizione per cui un suo comportamento (descritto nella norma) è valido, ossia idoneo a determinare un effetto giuridico e a realizzare così un atto giuridico (v. la nota 33).

sibilità di considerare i singoli atti del processo come dotati di un determinato grado di autonomia nell'ambito della figura giuridica unitaria del processo. Ma, a questo riguardo, rimandando ai paragrafi quinto e specialmente decimo, l'esame del fondamento giuridico di questa unità del processo nonostante i rilievi che sto per compiere, è decisivo l'esame delle norme positive.

Ed infatti di null'altro si tratterà che di risalire dalla autonomia di ciascun atto (nella sua costruzione positiva) alla autonomia del potere che lo introduce. Più precisamente: se, come afferma la dottrina ⁽³⁸⁾, la distinzione tra un atto giuridico ed una semplice frazione di atto giuridico è fondata sulla configurazione, da parte della norma, di un effetto giuridico, come conseguenza di un comportamento, nel senso che *tutte le note* di quel comportamento sono previste come necessarie per attuare un solo effetto e quindi come comportamento che realizza un solo atto; e se, d'altra parte, non c'è effetto giuridico che non sia modificazione di una situazione giuridica soggettiva; si può dire che la presenza di autonomi poteri, che introducono i singoli atti, dipende soltanto da ciò che le norme del processo configurino o meno gli atti processuali in modo tale che, dopo il loro compimento, i soggetti del processo si trovino nella situazione di potere (col duplice senso della potenza e della liceità) o di dover tenere un determinato comportamento che, prima del compimento dell'atto, non potevano o non dovevano tenere. Così impostato, l'esame è estremamente semplice. Citando a caso: per l'art. 165 c.p.c. è solo *dopo* la notificazione dell'atto di citazione che l'attore *può* costituirsi; per l'art. 168 bis, terzo comma, è *solo dopo* la designazione del giudice istruttore che il cancelliere deve iscrivere la causa nel ruolo della sezione ed in quello del giudice istruttore; per l'art. 169 è

⁽³⁸⁾ RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 4; MANICK, *Das rechtswirksame Verhalten*, Berlin, 1939, p. 465 e segg.; CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 7 e autori ivi citati, p. 42 e ss.

solo *dopo* l'autorizzazione del giudice istruttore che ciascuna parte può ritirare il proprio fascicolo dalla cancelleria; e gli esempi potrebbero, ovviamente, moltiplicarsi.

In questo modo e sempre per la stretta coordinazione che sussiste tra il potere e l'atto, è possibile determinare il criterio col quale — nel fluire delle innumerevoli manifestazioni dei comportamenti possibili dei soggetti nel processo — si individuano le figure dei poteri processuali, polarizzando determinate note di comportamento attorno ad un centro. Ed infatti: se il potere processuale è la posizione del soggetto che può validamente compiere un atto processuale ⁽³⁹⁾, e se questo comportamento non è altro che la realizzazione della fattispecie di comportamento propria dell'atto e che la legge individua, in ogni sua singola nota, in relazione all'effetto giuridico che l'atto può determinare, è chiaro che quel centro di polarizzazione che si cercava non può essere altro, ancora una volta, che l'effetto giuridico che la legge prevede per l'atto e con riguardo al quale le note di comportamento si aggruppano in una fattispecie. In conclusione, le dimensioni giuridiche dei singoli poteri processuali, ossia delle vere e proprie cellule della dinamica processuale, sono quelle determinate dall'ambito di quelle note del comportamento di un soggetto che la legge ricomprende in una fattispecie per la quale preordina il determinarsi di un autonomo effetto processuale. Non è un potere (ma una frazione di potere senza proprio significato giuridico) quella possibilità di comportamento di un soggetto per la quale la legge non prevede un autonomo effetto giuridico, in quanto si limita ad includerla come una delle note che compongono una fattispecie ⁽⁴⁰⁾. Oltrepassa i limiti del potere — e precisamente è una serie di

⁽³⁹⁾ ALLORIO, *Riflessioni*, cit., p. 201.

⁽⁴⁰⁾ A proposito dei fatti che costituiscono parti di una fattispecie e perciò hanno soltanto l'attitudine potenziale a produrre effetti giuridici nel concorrere di altre circostanze, si parla in dottrina di fatti meramente rilevanti e non ancora efficaci (Cfr. CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 42 e segg. e autori ivi citati).

poteri — per se stessa parimenti priva di significato giuridico, salva l'eventuale previsione normativa di un altro effetto giuridico ⁽⁴¹⁾ — quel comportamento che comprende note appartenenti alla fattispecie di più atti, ossia idonee a produrre più di un effetto giuridico. Sono estranee al potere quelle modalità del comportamento del soggetto nel processo che la legge non include almeno implicitamente nelle note caratteristiche della fattispecie propria dell'atto ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 45, 161.

⁽⁴²⁾ Specie a quest'ultimo riguardo, giova esemplificare. Si potrà dire che, poichè la redazione e la sottoscrizione di un atto di citazione non sono previste per sè stesse come fattispecie di un atto idoneo a determinare effetti giuridici, non esiste il potere di redigere un atto di citazione o di sottoscriverlo; tuttavia, poichè il modo col quale la legge configura la richiesta della notificazione di quell'atto di citazione come idonea a determinare certi effetti giuridici processuali (costituirsi del dovere dell'ufficiale giudiziario di procedere alla notificazione) non è dubbio che quella richiesta è costruita dalla legge come un atto. Perciò la condizione del soggetto che può tenere il relativo comportamento: (« richiesta della notificazione di un atto di citazione ») implica una serie di precedenti comportamenti, logicamente indispensabili perchè sussistano le note di quel comportamento (acquisto della carta, stesura dell'atto, sottoscrizione, accesso ai locali ove l'ufficiale giudiziario riceve l'atto ecc.); ed allora si può concludere che solo nei limiti di questa indispensabilità logica i suddetti comportamenti anteriori entrano a comporre le note della fattispecie di comportamento rispetto alla quale sussiste il potere. Così: in quanto l'atto di citazione deve essere redatto per iscritto, la stesura dell'atto su un foglio di carta entra tra le note giuridicamente rilevanti, mentre resta indifferente per il diritto il quando e il come questa stesura sia stata compiuta e con che mezzo di scrittura; in quanto l'atto di citazione non assurge a giuridica esistenza se non ove sia sottoscritto, codesta sottoscrizione entra tra le note del comportamento relativo al potere di cui trattasi, mentre resta indifferente se codesta sottoscrizione sia avvenuta subito dopo la stesura dell'atto, o poniamo, due mesi dopo. Ma ciò che è importante è che se ed in quanto il precedente comportamento del soggetto che chiede la notificazione sia stato tale da porre in essere uno scritto nel quale sussistano determinati requisiti idonei, secondo la previsione normativa ad individuarlo come atto di citazione, l'atto della richiesta della notificazione — e pertanto il relativo potere — allarga i propri confini, abbracciando una sfera più ampia di note di comportamento e così divenendo atto di proposizione della domanda, che a sua volta è introdotto dal potere di proporre la domanda; ed è appena il caso di aggiungere che in tanto codesto atto e codesto potere assurgono ad autonomia giuridica in quanto la legge ricollega alla fattispecie propria di quell'atto determinati effetti giuridici. (In argomento cfr. ancora, per tutti, CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 42 e ss.).

4. Segue. I doveri e le facoltà processuali.

Se, per i rilievi che precedono, la definizione del processo come serie di poteri processuali che introducono altrettanti atti è senza dubbio esatta, neppure si può, d'altra parte, negare che essa sia unilaterale, in quanto ha riguardo ad un solo tipo di valutazione normativa: quella dinamica strumentale. Senonchè, accanto a quest'ultima, nel processo opera anche la valutazione normativa statica che dà luogo alle situazioni soggettive dei doveri e delle facoltà ⁽⁴³⁾.

Per quanto concerne i doveri, la loro introduzione ad opera di una valutazione normativa di tipo diverso da quella dinamica è resa evidente da ciò che, il più delle volte, i comportamenti doverosi degli organi del processo sono assunti dalla legge anche come fattispecie di atti idonei a produrre effetti, e quindi come poteri; e poichè, come poteri, non possono non essere comportamenti liberi sul « se », mentre tali non sono come doveri, non resta che dedurre che i medesimi comportamenti sono contemporaneamente valutati da norme di tipo diverso ⁽⁴⁴⁾. Ciò è con-

⁽⁴³⁾ Sulla contrapposizione tra valutazione normativa statica e valutazione dinamica mi sono ampiamente intrattenuto in sede di *Premesse generali* (p. 72 e ss.) ove ho anche posto in luce il carattere della strumentalità delle norme dinamiche rispetto a quelle statiche (p. 126 e ss.). Questa contrapposizione delle norme strumentali a quelle cosiddette sostanziali appartiene ormai alla dottrina più qualificata (v. per tutti ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 26, 27 e gli autori ivi citati a partire dal CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, I, Padova, 1920, n. 33, p. 122, e dal MERKL, *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig und Wien, 1923, p. 216); da ultimo, CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 235 e ss. e autori ivi citati.

Il fatto poi che le norme strumentali siano uno strumento, ossia una funzione di quelle sostanziali e che, in definitiva, siano anch'esse enunciative di doveri, sia pure in modo indiretto (così ALLORIO, *L'ordinamento*, cit., p. 45) non impedisce che si tratti di norme diverse, ossia, a mio parere, di diverse valutazioni normative.

⁽⁴⁴⁾ Sulla duplicità del concetto di libertà sul « se » con riferimento alla valutazione normativa statica ed a quella dinamica, v. le mie *Premesse generali*, p. 104 e ss., 116 e ss. Sugli sforzi, della dottrina per spiegare il fenomeno dell'eventuale collegamento tra il potere e il dovere, v. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 65 e ss.

fermato anche dal fatto che esistono, nel processo, esempi di poteri che non sono anche doveri ⁽⁴⁵⁾ e di doveri che non sono anche poteri ⁽⁴⁶⁾.

L'adesione, sia sul piano metodologico che su quello dell'analisi, alla recente dottrina semplificatrice alla quale mi riferivo poc'anzi, induce anche ad accettarne le conclusioni con riguardo all'opera di sfrondamento nella verifica del reale e proprio significato giuridico rispetto alle numerose situazioni soggettive processuali semplici introdotte e accettate dalla dottrina prevalente. Questa opera di sfrondamento è, a mio parere, particolarmente utile rispetto alle figure della pretesa, della soggezione e dell'onere; figure delle quali non si vuol contestare una certa autonomia sul piano descrittivo, con la conseguente utilità terminologica della rispettiva denominazione, ma delle quali non si deve esitare a negare ogni autonomia di significato sul piano schiettamente giuridico ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Tali sono nella loro stragrande maggioranza, i poteri processuali delle parti. Ampiamente, sul tema, MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 70 e ss. e, ora, sempre del MICHELI, *Corso*, I, cit., p. 232 e ss.

⁽⁴⁶⁾ Ad es. il comportamento del testimone che rende la deposizione è certamente doveroso, mentre tale comportamento, per il testimone stesso, non costituisce affatto l'esercizio di un potere (MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 251). In generale sui doveri delle parti nel processo, v. LENT, *Obblighi e oneri nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 150 e ss., spec. p. 154.

⁽⁴⁷⁾ Rispetto a queste tre figure, poichè si tratta di argomenti non direttamente attinenti al mio tema ed in parte già trattati altrove, mi siano qui consentiti soltanto i pochi cenni che seguono.

Pretesa. Da qualche tempo la dottrina ha giustamente incominciato a considerare questa figura come inutile e nociva, per la sua indeterminatezza (v. gli accenni nella mia *Azione esecutiva*, Milano, 1955, p. 94 e 95 e autori ivi citati). Ma soprattutto i termini del problema sono chiaramente riassunti e condotti a rigorosa soluzione dal CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 278 e ss. Ivi ampie citazioni della dottrina, comprese le opinioni degli autori che più di recente hanno cercato di utilizzare la nozione in discorso. Ancora in senso decisamente critico, da ultimo FAZZALARI, *Note*, cit., p. 60. Per quanto si sia tentato di isolare, in termini giuridici, la posizione di colui che pretende un altrui comportamento doveroso, ogni tentativo si infrange contro il rilievo che la valutazione normativa riguarda unicamente quel comportamento doveroso, mentre l'aspettativa di chi da quel comportamento doveroso si attende un vantaggio, rimane estranea a quella valutazione e perciò si riduce ad un suo riflesso psicologico.

La mia adesione alla suddetta dottrina semplificatrice trova un limite, invece, riguardo al fenomeno (che quella dottrina contesta, ma che a me sembra confermato dal diritto positivo)

Chè se, invece, accadesse che anche il comportamento di colui che pretende fosse fatto oggetto di una valutazione normativa, allora ne deriverebbe, per quel soggetto, una autentica situazione giuridica semplice, quale il potere o la facoltà a seconda che si tratti di valutazione normativa dinamica o statica, o il cosiddetto diritto soggettivo quando si sia di fronte ad una valutazione composita e statica.

Per quanto concerne il processo civile, lasciando da parte la figura composita del diritto soggettivo, che esula dal novero delle situazioni soggettive *semplici* di cui ora mi occupo, e della quale mi occuperò invece ampiamente nel testo (nel paragrafo che segue), la realtà è che non esistono pretese ad un comportamento processuale altrui, che non debbano il loro rilievo giuridico ad un'autonoma valutazione da cui sorga un potere o una facoltà. (V. anche, per rilievi simili, MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 18).

Queste osservazioni critiche non sono certo superate nella più recente ed autorevole formulazione del concetto in discorso (CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 54) come « esigenza della subordinazione dell'interesse altrui al proprio interesse », poichè si tratta di una formulazione certamente efficace sul piano descrittivo del fenomeno sociologico-processuale ma che non sembra neppure proporsi il compito di enucleare gli eventuali termini giuridici della pretesa.

Soggezione. A proposito di questa figura, che viene solitamente individuata nella posizione simmetrica a quella del potere, ossia nella posizione di colui che è tenuto a subirne l'esercizio, si è già osservato che « la sua unica ragione d'essere sembra risiedere in quell'esigenza di simmetria architettonica che ha indotto a sdoppiare ogni figura di qualificazione del comportamento, mediante la giustapposizione di un profilo "attivo" ad uno "passivo" » (CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 269 e ss. Anche a questo proposito mi limito a ricordare questo autore e le opinioni da esso citate; dopo di lui, v. ancora FAZZALARI, *Note*, cit., p. 66), pur riconoscendo l'utilità di questa figura sul piano descrittivo. Utilità davvero rilevante, specialmente, mi sembra, per la sua idoneità a mettere in rilievo la differenza che una medesima posizione cosiddetta passiva può assumere sul piano del diritto sostanziale, ove il comportamento del debitore è valutato come doveroso, rispetto al piano del diritto processuale ove, invece, riguardo all'attuazione della reazione sanzionatoria, l'immagine della mera « soggezione » giova a mettere in rilievo che nessun comportamento di colui che, per il diritto sostanziale, è il debitore, è assunto come doveroso (da ultimo, con molta chiarezza, MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 233, 252, in precedenza v. anche la mia *Azione esecutiva*, cit., p. 180 e ss.). Anche rispetto alla categoria dei cosiddetti diritti potestativi, la cui genesi sembra appunto doversi cercare in una reazione sanzionatoria, la figura della soggezione assume un utile rilievo descrittivo in quanto la sua vera sostanza è, come si è veduto, quella della assenza di una valutazione di dovere (v. mia *Azione esecutiva*, cit., p. 612 e ss.).

Ma, proprio per queste osservazioni, è ormai ben chiaro che l'autonomo rilievo giuridico di una figura che si risolve nell'assenza di una valutazione normativa, è quello di « non valutazione », ossia è nullo.

della autonomia della valutazione statica di *liceità*, che introduce la figura della facoltà. Sulla presenza di questa valutazione normativa nell'ordinamento giuridico mi soffermai a sufficienza

Onere. Anche rispetto alla figura dell'onere non ho che da esprimere la mia adesione alle osservazioni compiute dalla più recente dottrina pervenendo alla conclusione che la valutazione normativa che sta alla base di questa nozione non si distingue, sul piano giuridico, dalla valutazione normativa dinamica che fonda il potere (si veda ancora riassunto lo stato delle opinioni, alcune delle quali, notissime, da CORDERO, *Le situazioni soggettive*, cit., p. 256 e ss. alle cui osservazioni particolarmente mi riferisco. Si vedano, tuttavia, perchè sempre attuali e, a mio parere, esatte, le critiche mosse al concetto in discorso dal MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 51 e ss.; ora le si vedano svolte nel Corso, cit., I, p. 232 e ss.). Non si vuole sostenere con ciò, che, nel comune linguaggio giuridico — che nessuno pretende di considerare scorretto, a questo riguardo (se ne veda ad esempio l'uso corretto che ne compie il MICHELI, in tutta la sua *op. cit.* e il CARNACINI, *op. cit.*, p. 757 e s., e si veda anche, da ultimo, l'uso che ne compie il SACCO, *Presunzione, natura costitutiva e impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 399 e ss.; v. anche ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, p. 153 e ss.) — il concetto di onere non si distingua da quella di potere (basterebbe, per contrastare quest'opinione, la differenza di significato con il quale i due termini sono usati dalla legge); solo rilevo che mentre non si può dubitare della presenza, nella figura dell'onere, di una valutazione dinamica che riconduce determinati effetti ad una fattispecie di comportamento — e quindi di un potere — tutti quegli elementi in base ai quali l'onere ha comunemente un significato diverso, tanto da essere solitamente inquadrato tra le situazioni passive o inattive ed avvicinato piuttosto al dovere che al potere (v. così ad es. LENT, *Obblighi e oneri nel processo civile*, cit., p. 150 e ss., e da ultimo GALEOTTI, *Contributo*, cit., p. 48) appartengono ad una zona per la quale vanamente si è cercato e si cercherebbe la base in una caratteristica della valutazione normativa; si tratta, infatti, soltanto della necessaria subordinazione dell'acquisto di una posizione di vantaggio alla realizzazione di quella fattispecie di comportamento alla quale la legge riconduce il suddetto effetto giuridico; ma se quest'ultimo schema di comportamento è, giuridicamente, un potere, non resta, per distinguere l'onere da quest'ultima figura, che l'elemento dell'acquisizione di una posizione di vantaggio attraverso l'assunzione di un comportamento oneroso in un senso che non si distingue dall'espressione della sua funzione economica di indicazione del *costo* per l'acquisizione di quel vantaggio. (Ampiamente MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 59, 62, 64; e CARNACINI, *op. cit.*, p. 757, il quale parla di « pedaggio »).

Ognuno sa che la figura dell'onere costituisce il perno della critica del Goldschmidt alla comune concezione dei cosiddetti doveri processuali; nè si pretende di diminuire l'importanza della funzione chiarificatrice del ricorso a questa figura nella dimostrazione che la maggior parte di quelle figure che la dottrina chiamava ancora « doveri processuali delle parti » non siano in realtà, autentici doveri. (Su ciò v. ancora LENT, *Obblighi e oneri nel processo civile*, cit.). Non si nega che, sul piano giuridico-descrittivo includente elementi sociologici, quelle fi-

in sede di premesse generali ⁽⁴⁸⁾, sicchè qui non mi resta che da mettere in rilievo che anche nel processo sussistono esempi di valutazioni che hanno riguardo agli schemi di comportamento definiti, dalla sistematica carneluttiana ⁽⁴⁹⁾ come puramente leciti. Tali sono ad es. le affermazioni di diritto, tecnicamente rilevanti, ma giuridicamente indifferenti per il giudice. Tali sono ancora le facoltà di prendere visione dei documenti prodotti dall'avversario, di esaminare o di ritirare il proprio fascicolo, ecc.

gure possano essere chiamate « oneri »; solo si precisa che, rispetto alla ricerca delle figure giuridiche elementari del processo, tutto si riduce ad una sovrastruttura di quella figura autenticamente giuridica che è il potere, se si eccettua il rilievo che, nella figura dell'onere, l'esercizio del potere costituisce « l'unico mezzo per il raggiungimento del fine previsto ». (Così MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 73 e autori ivi citati). E, a mio sommesso parere, si può dubitare che questo solo rilievo sia sufficiente per individuare una figura autonoma sul piano schiettamente giuridico.

Naturalmente queste osservazioni possono reggere alle critiche in quanto si riferiscano all'ampio concetto di potere posto in risalto in sede di *Premesse generali* (p. 102 e ss.) e che non è affatto limitato all'ipotesi dell'attitudine a produrre effetti in capo al suo titolare (mia *op. cit.*, p. 130 e ss.). È per ciò che viene a mancare il fondamento delle critiche mosse dal GARBAGNATI (*La sostituzione processuale*, cit., p. 247 e 248) al Micheli con riguardo alla figura del rappresentante legale, rispetto al quale è difficile adattare una più ristretta nozione del potere.

A proposito, poi, delle osservazioni del GARBAGNATI (*op. cit.*, p. 248), nel senso che talora la legge riconduce all'esercizio di un potere-onere non soltanto la produzione di effetti giuridici, ma anche la *non* produzione di *altre* conseguenze giuridiche (come ad es. nel caso degli artt. 118 e 210 c.p.c., ove la parte a cui è stato rivolto l'ordine di esibizione può, ottemperando a tale ordine, evitare che il giudice desuma argomenti di prova contro di essa), mi sembra che l'unica caratteristica di questa situazione stia in ciò che le conseguenze giuridiche che possono essere evitate dall'esercizio del potere dipendono da una fattispecie che include, tra le altre sue note, quella negativa del mancato esercizio del potere. Nell'ipotesi dell'art. 210 tale fattispecie è l'ordine di esibizione che, lungi dal far luogo ad un dovere di esibizione, crea senz'altro la conseguenza della possibilità di trarre argomenti di prova, salvo l'esercizio del potere di esibizione, come unico mezzo per conseguire il risultato giuridico (negativo) di evitare l'acquisizione di argomenti di prova contro la parte che compie l'esibizione.

⁽⁴⁸⁾ V. mie *Premesse generali*, p. 111 e ss. Ivi ampie citazioni della dottrina e l'esposizione delle ragioni per le quali, su questo punto, non ritengo di poter seguire l'opinione dell'ALLORIO e del CORDERO (*op. cit.*, p. 241 e ss.). Nell'ordine di idee da me seguito v. da ultimo FAZZALARI, *Note*, cit., p. 70 e MICHELI, *Corso*, I, cit., p. 235.

⁽⁴⁹⁾ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 58.

5. *La situazione giuridica soggettiva processuale composita: diritto soggettivo di azione.*

Passo ora al secondo aspetto del compito propostomi al termine nel n. 2, ossia al tentativo di dimostrare l'esistenza di una autonoma situazione giuridica soggettiva processuale, che, essendo composita, includa i singoli poteri processuali del soggetto e funga da punto di ricezione per gli effetti del loro esercizio, ossia — almeno con riguardo agli effetti normalmente destinati a prodursi in capo al soggetto che compie gli atti — subisca codesti effetti in capo al suo titolare.

Ovviamente, se una tale situazione esiste, il suo carattere composito, ossia il suo requisito — già posto in tesi — di includere tutti i singoli poteri processuali del soggetto, fa sì che essa debba aver riguardo al comportamento processuale del soggetto assunto nella sua interezza. E pertanto non può trattarsi che di quella sola figura rispetto alla quale le stesse espressioni legislative (« far valere un diritto in giudizio ») (artt. 75, 99, 105 c.p.c.), « chiedere la tutela giurisdizionale dei diritti » (art. 2907 c.c.), rendere controverso un diritto (art. 111, 1° comma c.p.c.), « esercizio dell'azione ») consentono codesto riferimento globale, vale a dire l'azione.

La difficoltà principale che sembra impedire una tale costruzione sta in ciò che, mentre la figura del diritto soggettivo è, a mio parere, introdotta da una valutazione normativa, che, oltre ad essere composita, si informa al criterio statico della liceità ⁽⁵⁰⁾, il concetto di azione sembra — come è rivelato dalla stessa etimologia della parola — esprimere un'attività ⁽⁵¹⁾, una

⁽⁵⁰⁾ Su ciò v. le mie *Premesse generali*, cit., p. 81 e ss.

⁽⁵¹⁾ Si veda il rilievo già ad es. in MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1910, p. 537. Da ultimo il concetto di azione è risolto in quello di attività dal CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 110. V. anche PODETTI, *La concepcion compleja de la accion*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, II, Padova, 1958, p. 361 e ss., spec. p. 371 e ss.

entità essenzialmente dinamica. Ed è proprio per questa constatazione che gli autori che più si sono sforzati, e si sforzano, di attribuire rilievo sistematico alla suddetta portata dinamica, sono giunti alla conclusione di vedere nell'azione, a seconda dei diversi orientamenti sul problema della « astrattezza », o lo svolgimento dinamico del diritto soggettivo sostanziale ⁽⁵²⁾ o l'esercizio di un'attività che può essere di diritto, come anche soltanto di fatto ⁽⁵³⁾ o, secondo le concezioni più recenti, una situazione soggettiva tipicamente dinamica qual'è il potere ⁽⁵⁴⁾.

E così, nel primo caso svalutano completamente i valori propri ed autonomi del processo, nel secondo smarriscono la nozione dell'azione come situazione sempre giuridica; nel terzo ignorano il carattere composito dell'azione riconducendola allo schema delle situazioni soggettive semplici e pertanto lasciando in ombra i suoi rapporti con i singoli poteri processuali ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵²⁾ Sono i classici orientamenti, con le caratteristiche proprie che tutti conoscono, del CHIOVENDA (*Istituzioni*, cit., spec. p. 23), del GOLDSCHMIDT (*Der Prozess als Rechtslage*, cit., *passim*), del NIESE (*Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, cit., p. 57 e ss.), e ora, e sia pure con molte divergenze, del SATTA (*Diritto processuale civile*⁵, Padova, 1957, p. 96 e ss.).

⁽⁵³⁾ REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 57 e ss. *Contra*, ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, pag. 197.

⁽⁵⁴⁾ GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 97 e ss.; SEGNI, *L'unità del processo*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1954, 219, nota; ALLORIO, *L'ordinamento*, cit., p. 30 e ss.; MICHELI, *Giurisdizione e azione*, cit., p. 132; ora *Corso*, cit., I, p. 17.

⁽⁵⁵⁾ L'abitudine della dottrina di ravvisare nell'azione il fondamento (dal punto di vista del soggetto) della « progressione » tipica del processo, della sua « evoluzione », del suo « movimento », risale ad un'epoca nella quale queste espressioni avevano — dal punto di vista rigorosamente giuridico — un significato ancora piuttosto vago. (Sul carattere immaginoso di queste espressioni v. da ultimo GALEOTTI, *Contributi*, cit., p. 14 e ss.).

Non essendo questi concetti rigorosamente ancorati ad un particolare tipo di valutazione normativa, l'elemento metaforico e descrittivo finiva col prevalere; e così « progressione » non era che il fenomeno generico del susseguirsi dei singoli atti del processo senza che questi ultimi assumessero il significato giuridico dell'esercizio di autonome situazioni soggettive (v. ancora ad es. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, p. 54). Tutto ciò era naturale quando lo schema di un unico rapporto giuridico o di un'unica situazione giuridica sembrava sufficiente per inquadrare l'intero fenomeno processuale; esso appariva come una figura giuridica unitaria « in movimento », introdotta da una iniziativa giuridica del soggetto che costituiva la

D'altra parte, rispetto al problema che qui mi occupa, non è possibile trarre vantaggio dagli studi di chi, con molta autorità, ha anche di recente sostenuto la nozione dell'azione come

fonte prima di quel movimento (l'azione per gli « astrattisti »: v. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 71 e ss.; per i « concretisti », invece, la proposizione della domanda come atto costitutivo del rapporto processuale: v. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 53).

Senonchè, lo sforzo della dottrina più recente, inteso a spiegare in termini rigorosamente giuridici il funzionamento del meccanismo processuale ha, come si è visto, messo in luce che, al di là delle metafore, la cosiddetta « forza » che determina la « progressione » del processo non è altro che il susseguirsi — secondo lo schema delle singole valutazioni normative di validità — di una serie di fattispecie di comportamento ciascuna per sè idonea a produrre effetti processuali, e che, in quanto sono ricondotte ad un soggetto, sono i poteri processuali di quel soggetto.

Ora, se in questi ultimi, e solo in questi, sta la vera fonte della « progressione » del processo, che cosa rimane della cosiddetta « portata dinamica » dell'azione? Se è vero che non c'è dinamismo giuridico all'infuori di quegli effetti che la legge prevede come conseguenza del realizzarsi di una precisa e definita fattispecie di comportamento, occorrerebbe, per sostenere quell'efficacia dinamica dell'azione, poter dimostrare che nella figura dell'« azione » la legge valuta un comportamento come idoneo a produrre un effetto giuridico, ossia poter riscontrare nell'azione le caratteristiche proprie del potere in senso tecnico. Ma il tentativo di concepire l'azione appunto come un potere processuale in senso tecnico, non può non infrangersi contro il rilievo che, quando ci si domanda quale è, nel processo, il comportamento del soggetto che viene in risalto *come esercizio dell'azione* (secondo l'espressione legislativa; v. oltre nel testo e anche MICHELI, *Giurisdizione e azione*, cit., p. 108), ci si accorge che la legge non descrive le note specifiche di quel comportamento ma, come si vedrà meglio tra poco (nel testo), si limita a prenderlo in considerazione in modo assolutamente generico e indeterminato. La ragione di ciò è che non si tratta di un comportamento diverso da quello che concreta l'esercizio dei singoli poteri processuali o delle singole facoltà, ma si tratta piuttosto di quegli stessi atti di esercizio assunti globalmente e sinteticamente in una reciproca successione; oltretutto, codesto schema di comportamento non segue un *iter* rigorosamente predeterminato, bensì una linea in parte affidata all'autonomia del soggetto, il quale può scegliere l'esercizio degli uni o degli altri poteri o facoltà, o anche astenersi da quell'esercizio. D'altra parte, *poichè gli effetti giuridici con i quali si realizza il « movimento » del processo, si riconducono direttamente all'esercizio dei singoli poteri processuali, non rimane alcun margine per un effetto giuridico proprio dell'intero e generico comportamento del soggetto nel processo*, a meno di volersi riferire agli effetti che quel comportamento determina non più all'interno del processo, ma al di fuori di esso, ossia nel campo sostanziale. Ma è appena il caso di mettere in evidenza l'errore che commetterebbe chi cercasse di configurare il risultato sostanziale dell'esercizio dell'azione come l'effetto giuridico proprio ed immediato del comportamento unitario del soggetto nel processo, ossia dell'esercizio dell'azione, così tentando di confi-

diritto soggettivo ⁽⁵⁶⁾; ed infatti queste opinioni non sono fondate su una concezione del diritto soggettivo come situazione composita e, neppure, a quanto sembra, sulla riconduzione di questa figura ad una valutazione di tipo diverso da quella, dinamica, del potere ⁽⁵⁷⁾. Questi rilievi valgono a maggior ragione rispetto alla teoria, pure sostenuta con molta autorità, dell'azione come diritto soggettivo civico ⁽⁵⁸⁾, mentre ancor meno si può accettare, sul piano metodologico, il fondare il diritto soggettivo d'azione sull'esistenza dell'obbligo dell'organo giurisdizionale ⁽⁵⁹⁾.

gurare quest'ultima come il potere idoneo a produrre quell'effetto. A questo tentativo si opporrebbe, infatti, oltre che il rilievo della genericità e dell'indeterminatezza del suddetto comportamento unitario del soggetto nel processo, l'osservazione — ormai comune in dottrina (v. per tutti FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, p. 341) — che tra l'esercizio dell'azione e il suo risultato sostanziale non intercorre una relazione di conseguenza necessaria, poichè vi si frappongono elementi di eventualità e di incertezza che riguardano la sussistenza del diritto sostanziale fatto valere, la sua prova e la valutazione del giudice.

⁽⁵⁶⁾ LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, cit.; *Id.*, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 36; in precedenza FURNO, *Disegno sistematico*, p. 340 e ss.

⁽⁵⁷⁾ Talora si parla addirittura indifferentemente dell'azione come potere e come diritto (MONACCANI, *Legittimazione e azione*, Milano, 1951, p. 88).

⁽⁵⁸⁾ CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*³, cit., p. 164; *Istituzioni*, I, cit., n. 204, p. 194. Ed infatti il cosiddetto diritto civico di azione spettante al cittadino in quanto tale non è che il potere di proporre la domanda, quello che l'art. 24 della Costituzione attribuisce a «tutti». Sui rapporti tra questo potere e il diritto di azione, v. oltre, n. 6 nel testo, e anche le note 81 e 87.

⁽⁵⁹⁾ Ad es. ancora il CARNELUTTI (*Istituzioni*, I, cit., p. 195; da ultimo, *Diritto e processo*, cit., p. 118 e ss.) si riferisce esplicitamente all'art. 55 c.p.c. che configura la responsabilità del giudice che rifiuta, ritarda o omette di provvedere sulle domande rivoltegli dalle parti.

Anche il CARBAGNATI, dopo aver qualificato l'azione come un potere, le attribuisce poi il carattere di diritto soggettivo dopo che, essendo stata esercitata, ha determinato l'obbligo del giudice di provvedere (*La sostituzione*, cit., p. 108, 117, 122).

A parte quanto dirò più avanti circa l'inaccettabilità di questa figura di potere che diventerebbe diritto (note 87 e 94), qui va osservato che a mio parere non è possibile affermare che c'è diritto soggettivo per il solo fatto che c'è un altrui obbligo. D'altra parte più in generale, non c'è situazione giuridica soggettiva che non sia fondata su di una norma la quale valuti il comportamento dello stesso titolare della situazione (v. mie *Premesse generali*, p. 76 e ss.). In argomento, v. specialmente oltre, la nota 75.

Assai più utili, sempre per il compito che ora mi propongo sembrano gli studi recentissimi di chi ha senz'altro definito l'azione come « una situazione soggettiva composita, cioè come l'insieme dei poteri, delle facoltà e dei doveri dell'attore nel processo » ⁽⁶⁰⁾. Senonchè, chi si è espresso in questi termini intende le situazioni soggettive composite — compreso il diritto soggettivo ⁽⁶¹⁾ — come nient'altro che un aggregato di situazioni semplici tenute insieme dal riferimento ad un oggetto unitario, non introdotte da un'autonoma valutazione normativa e perciò risolvendosi in una generica posizione soggettiva di preminenza o di soggezione, la cui sostanza non può dirsi schiettamente giuridica ⁽⁶²⁾. Ora, una siffatta costruzione che svaluta, dal punto di vista giuridico, la posizione globale del soggetto, o azione, fino al punto di porla sullo stesso piano della generica « funzione » dell'organo giurisdizionale come aggregato delle sue singole situazioni soggettive di dovere ⁽⁶³⁾, non viene affatto

⁽⁶⁰⁾ FAZZALARI, *Note*, cit., p. 112. Cenni sul carattere composito dell'azione v. da ultimo in CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 112. Ben diversa è la « complessità » che nell'azione è veduta dal PODETTI (*La concepcion compleja de la accion*, cit., spec. p. 371) e secondo la quale l'azione sarebbe costituita dal complesso dei poteri e delle facoltà delle due parti e del giudice, così da assumere un aspetto bilaterale. Non vedo l'utilità scientifica di un siffatto allargamento del concetto di azione. Certamente non è inesatto il rilevare che entrambe le parti ed il giudice cooperano con la loro attività allo svolgimento del processo. Ma non si vede perchè, per descrivere questo fenomeno, del resto ovvio, si debba ricorrere al fin troppo tormentato concetto dell'azione.

⁽⁶¹⁾ FAZZALARI, *op. cit.*, p. 62 e ss. A questo proposito si vedano i cenni critici che ho già compiuto alla nota 32.

⁽⁶²⁾ FAZZALARI, *op. cit.*, p. 86. Questa concezione è ancora, dichiaratamente, nell'ambito della ben nota teoria del GARBAGNATI (*La sostituzione*, cit., p. 71 e ss.) che intende il diritto soggettivo come posizione di vantaggio. In proposito v. le mie *Premesse generali*, cit., p. 83 e, qui, ancora, la nota 32. Se si dovesse ammettere che la sostanza propria del diritto soggettivo dovesse ridursi ad una posizione di vantaggio o di preminenza, tanto varrebbe affermare che il diritto soggettivo non avrebbe una propria realtà giuridica, ma sarebbe un'espressione a carattere descrittivo-sociologico, oltre che un'espressione di comodo per i giuristi.

⁽⁶³⁾ Questo porre (da parte della teoria che qui si contrasta) il diritto soggettivo sullo stesso piano della funzione, è una logica ed ovvia conseguenza del negare che il primo sia fondato su una autonoma valutazione normativa. Ma è

incontro al mio tentativo nè sul piano metodologico (ove occorre escludere l'utilizzabilità di ogni situazione che non sia il portato di valutazioni normative senza margini e connettivi extragiuridici), nè su quello costruttivo, ove la mia tesi postula una situazione che, per quanto composita, sia peraltro sufficientemente autonoma da fungere da punto di ricezione dell'esercizio dei poteri processuali.

Il problema è essenzialmente di diritto positivo⁽⁶⁴⁾ e si condensa nel quesito se dal sistema della nostra legge di rito emerge, come base giuridica per la figura dell'azione, una autonoma valutazione normativa (diversa da quella dinamica, e perciò statica) del comportamento del soggetto nel processo, assunto globalmente, ossia nella sua interezza.

Si deve innanzi tutto precisare che non si altera il carattere di schietto diritto positivo di questo quesito se, prima di cercare l'esistenza di una siffatta autonoma valutazione normativa nella nostra legge, ci si domanda se, prima e indipendentemente da codesta valutazione, esiste o meno, sul piano logico-giuridico, un elemento di coesione tra i singoli comportamenti del soggetto nel processo in modo da presentare questa serie di comportamenti come una condotta unitaria che si offre alla suddetta valutazione normativa che qui si ricerca. Certamente, un simile modo di procedere sarebbe ridondante, e forse addirittura scorretto, se si trattasse soltanto di constatare pianamente l'esistenza di una norma, anzichè, come ora si tratta, di ricercarla tra le maglie del sistema. Ma poichè è pacifico

anche una riprova della debolezza di quella teoria. Ed infatti, per questa figura della « funzione », della quale è pacifico che non ha la sua base su una autonoma valutazione normativa, non sarebbe facile rinvenire una realtà non soltanto descrittivo-sociologica e dotata, per i giuristi, di una utilità che non sia quella di un'espressione di comodo per designare globalmente una serie di situazioni di dovere e di potere. Ma il diritto soggettivo è ben altra cosa perchè esso, a parte le sue origini storiche che gli danno una posizione preminente nel novero delle situazioni giuridiche soggettive, appartiene al diritto positivo.

⁽⁶⁴⁾ CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 775 e ss.

che non esiste un preciso dettato legislativo che esplicitamente valuti in un determinato modo l'intera serie dei comportamenti del soggetto nel processo, l'interprete può e deve procedere per gradi, incominciando a ricercare se le norme positive consentono di assumere unitariamente il comportamento globale del soggetto nel processo, passando quindi ad esaminare se si può rinvenire una valutazione normativa di quel comportamento.

Sotto il primo profilo, un orientamento sicuro è dato da ciò che, come è rivelato dalla tradizione storica e dalla stessa costante caratteristica di tutta la problematica in tema di azione⁽⁶⁵⁾, il comportamento del soggetto nel processo non può assumere significato e valore unitario se non con riguardo al suo carattere di postulazione di tutela di un diritto sostanziale — anche soltanto asserito — e quindi alla sua funzione sostanziale.

Ora, tenendo conto di ciò, assume un preciso significato la constatazione che nel nostro codice di rito non mancano formulazioni normative che contengono la descrizione sintetica e

⁽⁶⁵⁾ A partire dal diritto romano, mai il termine « azione » è andato disgiunto da una più o meno intensa qualificazione sostanziale. Anche nell'epoca nella quale più accese furono le dispute intorno alla « astrattezza » dell'azione, sta di fatto che quelle dispute erano proprio imperviate su codesta qualificazione sostanziale che neppure i più intransigenti astrattisti poterono mai interamente negare; ed infatti proprio con la formula secondo la quale la realtà giuridica dell'azione non dipende dall'esistenza del diritto sostanziale di cui si chiede la tutela, la dottrina ribadisce che l'azione è postulazione di tutela di una situazione sostanziale ancorchè inesistente. Gli stessi moderni panprocessualisti, nel sostenere che il diritto sostanziale non sarebbe che un'ombra riflessa dell'azione (Pekelis) o un criterio di comportamento per il giudice nel merito della sua pronuncia (Allorio), ribadiscono nella maniera più evidente l'insopprimibile coordinazione tra gli atti del postulare al giudice una pronuncia e l'ipotetico contenuto di quella pronuncia. (In argomento v. da ultimo ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, p. 206 e segg.).

Naturalmente, questa coordinazione è cosa ben diversa dal risultato sostanziale per sè stesso; con esso non si esprime affatto un *effetto giuridico*, ma semplicemente la possibilità di quell'effetto; peraltro proprio questa possibilità è largamente sufficiente per assolvere al compito di qualificare il comportamento del soggetto nel processo e contemporaneamente di riunirne i singoli episodi sotto uno schema unitario, che è quello del perseguire — attraverso una serie di atti — la realizzazione di quella possibilità.

globale di tutto il comportamento del soggetto nel processo sotto il profilo della sua funzione sostanziale. Senza dar troppo peso alle parole che costituiscono l'intestazione del titolo quarto del libro primo del codice («dell'esercizio dell'azione»), tipicamente significativa mi sembra, a questo riguardo, l'espressione «far valere un diritto in giudizio» con la quale in diverse norme (art. 75, 99, 105 c.p.c.) il legislatore manifesta in modo inequivoco di voler intendere tutta quella serie di atti processuali del soggetto con i quali quest'ultimo realizza un'attività che nel suo complesso è qualificata dal risultato sostanziale al quale tende («far valere un diritto»). La riprova di questa interpretazione è contenuta nella stessa portata delle norme: nell'art. 75 quella espressione sta ad indicare il risultato che si può conseguire con «lo stare in giudizio», ossia col compimento formale delle attività processuali; nell'art. 99 quella espressione sta ad indicare il risultato che si incomincia a poter conseguire proponendo la domanda. Ed ancora: nell'art. 102 e nell'art. 103 si parla dell'«agire» di più parti nel processo con riguardo a particolarità di situazioni sostanziali conseguibili; nell'art. 105 si configura l'intervento di un soggetto nel processo tra altre persone per *fare valere... un diritto* relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo; nell'art. 310 si dice che l'estinzione del processo non estingue l'azione. Formulazioni analoghe si rinvencono nel libro dedicato al processo di esecuzione. Nell'art. 480 si parla genericamente di «procedere ad esecuzione forzata»; nell'articolo 525 si parla dell'intervento di terzi che hanno un credito certo, liquido ed esigibile; nell'art. 615 si parla del diritto della parte istante a «procedere a esecuzione forzata» ecc.

Ora, proprio perchè queste formulazioni sono globalmente e sinteticamente riferite al possibile risultato sostanziale del comportamento processuale del soggetto, quest'ultimo è descritto in termini assolutamente indeterminati e generici, come è indeterminata e generica l'indicazione globale di tutto ciò che il

soggetto può fare nel processo per far valere un diritto sostanziale.

Tutto ciò consente già di rilevare che il comportamento processuale del soggetto è assunto in quel modo unitario che consente di considerarlo come l'oggetto di una situazione composita. Ed infatti, come ebbi ad osservare ⁽⁶⁶⁾, il tratto caratteristico delle situazioni composite sta proprio nella indeterminatezza del loro contenuto, i cui limiti sono indicati soltanto da un riferimento funzionale: quello, appunto, che pone in luce la loro natura contingente ed empirica. Come, ad es. nella nozione empirica del diritto soggettivo di proprietà, la descrizione del comportamento del soggetto proprietario non può avere altro contenuto se non quello che viene caso per caso determinandosi in relazione ai vari modi nei quali il soggetto può esercitare i suoi poteri e le sue facoltà, comunque riferentisi alla cosa, così il comportamento del soggetto nel processo, inteso a far valere l'asserito proprio diritto sostanziale, non può rimanere determinato che attraverso il generico riferimento a tutte le possibilità e modalità di esercizio dei suoi multiformi poteri e facoltà.

Tuttavia occorre ancora dimostrare — passando così al secondo profilo del compito propostomi — che quel generico riferimento, lungi dall'essere un'espressione di comodo, è effettivamente assunto dalla legge a contenuto di una precisa ed autonoma, anche se non esplicita, valutazione normativa del comportamento unitario del soggetto. E poichè da un lato le considerazioni già svolte conducono ad escludere che si possa trattare di una valutazione dinamica (di validità o potere), mentre dall'altro lato il diritto positivo e la logica escludono nel modo più ovvio che il fondamento dell'azione stia in una valutazione statica di dovere, il problema si pone con riguardo all'esistenza o meno di una valutazione statica di liceità o illi-

(66) V. mie *Premesse generali*, cit., p. 84 e ss.

ceità, del comportamento processuale del soggetto assunto nella sua interezza.

L'affermazione del carattere lecito dell'azione non è certamente nuova nella dottrina ⁽⁶⁷⁾. Questa affermazione è stata compiuta anche di recente dal Fazzalari proprio con riguardo ad una nozione dell'azione come includente l'intero comportamento processuale del soggetto ⁽⁶⁸⁾. Senonchè, in coerenza col suo modo di intendere le situazioni soggettive composite come non fondate su un'autonoma valutazione normativa, questo autore non si è affatto preoccupato di ricondurre l'affermazione di quella liceità ad una valutazione normativa autonoma, ma si è limitato a ricollegarla ad un preteso carattere sempre « rilevante » dell'esercizio dell'azione anche quando è infondata, coordinato con l'osservazione che anche l'esercizio dell'azione infondata non è, nel nostro diritto, considerato illecito ⁽⁶⁹⁾. Ma, a parte il fatto che la « rilevanza » non riguarda l'esercizio dell'azione, bensì quella dei poteri processuali ⁽⁷⁰⁾, per il mio as-

(67) V. da ultimo ad es. MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 14 e già, in precedenza, *Giurisdizione e azione*, cit., p. 120, 124. Sembra peraltro che questo autore, come del resto quello di cui alla nota che segue, deduca la liceità dell'azione dal semplice rilievo che essa non è considerata illecita (che è cosa diversa dall'essere considerata non illecita, ossia lecita; v. la nota 71).

In precedenza, si vedano gli autori citati dal FAZZALARI, *op. cit.*, p. 115, nota 17; in primo luogo la classica opera del CHIOVENDA, *La condanna alle spese giudiziali*, Roma, 1935, p. 173, e gli studi del MINOLI (*La distribuzione delle spese fra le parti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, I, p. 227 e ss.; *Id. Momenti processuali e momenti extraprocessuali nella disciplina del carico iniziale delle spese di causa nei giudizi civili*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1951, II, p. 61); v. anche gli autori citati alla nota 74.

Ampliamente in argomento SATTA (*Dir. proc. civ.*, cit., p. 88, 89), secondo cui il ricorso alla giustizia è una delle manifestazioni della libertà civile che peraltro trova il suo limite nel divieto di invadere la sfera giuridica altrui.

V. ora anche i cenni del CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 122, 123.

(68) FAZZALARI, *op. loc. cit.*

(69) FAZZALARI, *op. loc. cit.*

(70) La « rilevanza » è infatti caratteristica della dinamica giuridica; è quindi l'aspetto più tipico dell'esercizio legittimo dei poteri. Sul punto, per me fondamentale, che tutta la dinamica del processo si esaurisca nell'esercizio dei poteri processuali, v. *retro*, nota 55.

sunto non basta certo il riconoscere che il comportamento di cui trattasi non è valutato come illecito dalla nostra legge, occorrendo invece una inequivoca valutazione di liceità o di non illiceità ⁽⁷¹⁾.

A mio modo di vedere, è possibile riscontrare l'esistenza, nel nostro diritto positivo, di un'autonoma valutazione normativa che considera lecito il comportamento col quale il soggetto intende far valere un suo asserito diritto sostanziale innanzi agli organi giurisdizionali. Codesta valutazione è non soltanto l'inequivoco sottinteso di alcune proposizioni normative di portata generale, ma appare anche come il preciso contenuto di una serie di norme più specifiche, quando siano assunte in reciproca coordinazione. Sotto il primo profilo, mi riferisco all'art. 2907 c.c. che, unitamente all'art. 99 c.p.c., nel mettere a disposizione del singolo la funzione giurisdizionale, non può non presupporre come lecita l'attività con la quale il singolo si avvale di codesta messa a disposizione ⁽⁷²⁾, e mi riferisco altresì agli artt. 392 e 393 c.p. che, sanzionando l'illiceità dell'autotutela, implicano la liceità del ricorso alla tutela giurisdizionale.

Sotto il secondo profilo, mi riferisco alle norme dettate dal codice di rito in tema di spese del processo civile e in tema di risarcimento dei danni per avere agito e resistito in giudizio con mala fede o colpa grave.

Certamente, chi, come gli autori di cui si parlava po-

Sul significato tecnico del termine « rilevanza » v. da ultimo CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 38 e Autori ivi citati.

⁽⁷¹⁾ Sulla differenza tra « non valutazione di illiceità » e « valutazione di liceità o di non illiceità » v. le mie *Premesse generali*, cit., p. 111.

⁽⁷²⁾ Altri suole autorevolmente rinvenire il fondamento positivo dell'azione negli artt. 2907 c.c. e 99 e 112 c.p.c. (GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 99). Senonchè è assai importante mettere in rilievo che questo autore si sofferma su ciò che queste norme contengono l'elemento « iniziativa del soggetto per mettere in moto la funzione giurisdizionale » e su codesto elemento fonda l'azione *come potere*; spiegando poi altrimenti l'ulteriore qualificazione dell'azione come diritto dopo il suo esercizio (v. *retro* nota 59, e, oltre, note 87 e 94). V. anche MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 16.

c'anzi ⁽⁷³⁾ prendesse in considerazione soltanto l'art. 96, potrebbe sentirsi obbiettare che questa norma si limita a valutare negativamente, sul piano della liceità, l'esercizio dell'azione (o dell'eccezione) nel solo caso in cui quell'esercizio sia risultato infondato in merito e sia qualificato dalla mala fede o dalla colpa grave, senza prendere in considerazione l'esercizio dell'azione al di fuori di quella ipotesi; e ciò con la conseguenza che, rispetto a questi ultimi casi, che sono quelli normali, si sarebbe di fronte ad una *non valutazione* di illiceità, che, come dicevo poc'anzi, è cosa ben diversa dalla valutazione di liceità o anche di non illiceità.

Senonchè, basta allineare l'una accanto all'altra le diverse fattispecie di comportamento processuale prese in considerazione dagli artt. da 91 a 98, per accorgersi che, in quel gruppo di norme, il comportamento del soggetto che costituisce esercizio dell'azione (o dell'eccezione) è considerato in ogni suo possibile modo di essere, sia con riguardo alla soccombenza (azione fondata e azione infondata), sia con riguardo alla colpa: in particolare il comportamento di colui che agisce o resiste in giudizio, non importa se con o senza successo, ma *senza mala fede e senza colpa*, è valutato dagli artt. 91 e 92, dai quali — quando siano contrapposti all'art. 96 e all'art. 94, ed integrati con essi, risulta che *la legge si limita a ricondurre a quel comportamento la sola conseguenza della condanna nelle spese*. Ma questa, da un lato, è eventuale e non necessariamente legata alla soccombenza e, dall'altro lato, e soprattutto, è priva di ogni carattere sanzionatorio ⁽⁷⁴⁾ e perciò esula da essa ogni elemento

⁽⁷³⁾ Specialmente FAZZALARI, *op. cit.*, p. 115.

⁽⁷⁴⁾ Intendo riferirmi (negandolo) ad un ipotetico carattere sanzionatorio della condanna nelle spese con riguardo al solo fatto di avere agito o resistito nel giudizio. Pertanto la affermazione compiuta nel testo non implica affatto una presa di posizione a favore della teoria della soccombenza e contro la teoria della causalità. Ed infatti quando quest'ultima teoria (specie facendo leva sui « giusti motivi » che consentono al giudice di superare il rigore formale della soccombenza), riconduce, in tutto o in parte, il fondamento della responsabilità per le spese all'elemento della colpa, così ancora riconoscendole, in tutto o in parte, un innegabile

di reazione che possa essere indice di valutazione sfavorevole da parte dell'ordinamento. Ora, se questo è vero, occorre riconoscere che la legge, mentre prende in considerazione, sotto il profilo della liceità, il comportamento del soggetto che agisce o resiste in giudizio con successo o senza, *con colpa o senza colpa*, lo dichiara illecito soltanto quando sia qualificato dalla mala fede o dalla colpa grave, così inequivocamente riconoscendolo lecito quando non è in tal modo qualificato.

Certamente, questa dichiarazione di liceità, in quanto, pur essendo inequivoca, emerge dalla ricostruzione logica di una serie di proposizioni normative, non potrebbe essere considerata sufficiente, da sola, per fondare la qualificazione dell'azione come diritto soggettivo. Ed infatti, il suo carattere involuto impedisce una precisa individuazione del comportamento del soggetto che con essa è valutato. Senonchè questa individuazione è affidata dal sistema ad altre norme e precisamente a quelle già prese poc'anzi in considerazione (art. 2907 c.c.; art. 99 e 100 c.p.c.) come implicanti una valutazione di liceità rispetto ad un comportamento esattamente individuato come quello di chi fa valere un diritto in giudizio chiedendone la tutela giurisdizionale, ossia (ricordando quanto detto sopra) come quella serie di attività processuali del soggetto che si possono assumere unitariamente con riguardo alla loro unitaria funzione sostanziale di tutela.

E pertanto si può concludere che quel comportamento del soggetto è valutato come lecito ed assume la qualifica di diritto

carattere sanzionatorio, si riferisce al comportamento *preprocessuale* del soggetto, e così lascia integro il carattere non sanzionatorio della condanna nelle spese *rispetto al comportamento processuale non qualificato dalla mala fede e dalla colpa grave* (v. specialmente CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., n. 237, p. 223; *Id.*, *Diritto e processo*, cit., p. 123; SATTA, *Dir. proc. civ.*, p. 89, 90 e da ultimo PAJARDI, *Un aspetto trascurato del problema del regolamento delle spese processuali: il comportamento preprocessuale della parte*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, 599; LEGA, *Liquidazione di onorari processuali in relazione al valore della causa e al comportamento della parte*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 1077. V. l'ampia bibliografia citata in questi due ultimi studi),

soggettivo ⁽⁷⁵⁾ soltanto quando costituisce l'esercizio — non importa se fondato o infondato — di una postulazione di tutela qualificata sul piano sostanziale.

6. *Il diritto soggettivo di azione con riguardo alle sue « condizioni » ed alla sua eventuale sovrapposizione ai poteri processuali di proposizione della domanda e poteri connessi. Titolarità dell'una (legittimazione ad agire) e degli altri (legittimazione processuale).*

È naturalmente già ben chiaro che la qualificazione sostanziale per la quale il comportamento processuale del soggetto, considerato nella sua interezza, si colora come esercizio del diritto soggettivo di azione è data da quelle che la dottrina chiama

(75) Come ho già avuto occasione di accennare al n. 2, rispetto alla concezione dell'azione come diritto soggettivo, la dottrina suole trovare un ostacolo nel fatto che al diritto soggettivo di azione non corrisponde direttamente l'obbligo di un soggetto; e ciò deve essere ammesso, essendo, da un lato, difficile conciliare il fondamento pubblicistico del processo con una nozione dell'azione come diritto (ancorchè potestativo) rivolto alla controparte; e, dall'altro lato, essendo non meno difficile collegare direttamente — secondo lo schema privatistico-obbligatorio — il diritto di azione al dovere istituzionale del giudice (così invece da ultimo CARNE-LUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 119 e ss.) o al dovere col quale lo Stato assolve ad una sua propria funzione, che male sopporta di essere equiparata ad un pubblico servizio (v. per tutti, in argomento, MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 17 e ss.; *Id.*, *Giurisdizione e azione*, cit., p. 121 e gli altri autori citati alla nota 22 in questo capitolo).

A mio sommosso parere la difficoltà rivela la sua inconsistenza non appena, cercando di porre in luce, nei suoi precisi termini giuridici, la cosiddetta correlazione tra il diritto e l'obbligo, ci si accorge che essa trova il suo fondamento in una correlazione tra due diverse valutazioni normative dei comportamenti di due distinti soggetti, ossia tra una valutazione di liceità e una valutazione di doverosità. Si tratta, insomma, di una correlazione « tra le norme » e non « nella norma », poichè la norma, la cellula dell'ordinamento giuridico, non valuta comportamenti contrapposti, ma comportamenti singolarmente assunti. La correlazione sta dunque sul piano della funzione giuridica, non su quello della struttura. Ed allora, la ripugnanza a considerare il dovere dello Stato di rendere giustizia come correlativo al diritto di un privato, scompare quando si osservi che questo diritto è coordinato a quel dovere non come i due aspetti di un medesimo fenomeno giuridico, ma come il portato di una coordinazione funzionale di diverse valutazioni normative; tale coordinazione consiste in ciò che non il diritto soggettivo di azione

« condizioni dell'azione » ⁽⁷⁶⁾ e che, a mio modesto parere, possono essere assunte unitariamente sotto il profilo di un'ampia nozione dell'interesse ad agire che, mentre costituisce il cosiddetto elemento materiale del diritto di azione ⁽⁷⁷⁾, include anche l'aspetto soggettivo di quella qualificazione, vale a dire la legittimazione ad agire.

A questo proposito, non intendo ripetere qui considerazioni svolte ampiamente altrove ⁽⁷⁸⁾ se non per mettere in rilievo il convergere dei risultati di un duplice orientamento della dottrina: da un lato quello che, in tema di interesse ad agire, è pervenuto, attraverso una sempre maggiore decantazione giuridica del concetto, a concordare nel vedere in esso precisamente la qualificazione dell'azione nel suo riferimento al diritto sostanziale (in quanto lesa e perciò abbisognevole di tutela) ⁽⁷⁹⁾; e

ma i singoli poteri che appartengono ad esso (introdotti da autonome valutazioni normative dinamiche) creano i presupposti in base ai quali divengono operanti le valutazioni di dovere rispetto a determinati comportamenti degli organi giurisdizionali.

⁽⁷⁶⁾ Cito solo gli autori ai quali più si avvicina il mio modo di intendere le condizioni dell'azione, ossia LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 40 e ss. e in precedenza, *L'Azione*, cit., p. 66; e MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 20 e ss.

Per la teoria che la legittimazione ad agire sia condizione dell'azione, v. oltre la nota 82.

⁽⁷⁷⁾ Sia pure con riguardo alla nozione dell'azione come potere, v. ampiamente GARBAGNATI, *Azione e interesse*, in *Jus*, 1955, p. 316 e ss., spec. p. 327 e ss. V. anche da ultimo, ROGNONI, *La condanna in futuro*, Milano, 1958, p. 154; MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 22.

⁽⁷⁸⁾ Nella mia *Azione esecutiva*, cit., p. 92 e ss. V. anche, ma sotto il solo profilo della legittimazione, ALLORIO, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, ora in *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 196 e ss., spec. p. 203. V. poi, per una riconduzione dell'interesse ad agire alla legittimazione ad agire, ma sotto tutt'altro profilo, SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 169 e ss., spec. 177. In argomento v. poi GARBAGNATI, *Azione e interesse*, cit., spec. p. 344; MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 20, e ROGNONI, *op. loc. cit.*

⁽⁷⁹⁾ Così già ritenni di poter intendere l'interesse ad agire (v. mia *Azione esecutiva*, p. 88 e ss.). In questo orientamento ebbi a guida le critiche al concetto dell'interesse ad agire come requisito autonomo della tutela giurisdizionale mosse specialmente dal REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 62 e ss. e quindi dall'ALLORIO, *Bisogno di tutela giuridica?*, ora in *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 227 e ss.

Vicine all'orientamento da me seguito sono anche le recenti opinioni del

dall'altro lato quello che, in tema di legittimazione ad agire, suole ravvisare, in questa nozione, precisamente la titolarità dell'azione⁽⁸⁰⁾. Nella convergenza di questi due orientamenti sta, a mio parere, la conferma della concezione dell'azione come diritto soggettivo spettante a colui che chiede la tutela di un diritto sostanziale per il quale la tutela è possibile sul

GARBAGNATI, *Azione e interesse*, cit., p. 327 e 329, e del MICHELI, *Azione e giurisdizione*, cit., p. 128; CORSO, cit., I, p. 20.

Alla suaccennata recente revisione critica compiuta dalla dottrina al concetto in discorso, notevole contributo ha anche portato l'ATTARDI (*L'interesse ad agire*, Padova, 1955, spec. p. 171), secondo cui il principio dell'interesse ad agire troverebbe applicazione solo in determinati tipi di processo (di mero accertamento e cautelare). In sostanza, l'art. 100 c.p.c. sarebbe una « norma di chiusura » secondo l'espressione usata da ultimo dal ROGNONI (*La condanna in futuro*, cit., p. 153) che pure riconosce fondato l'orientamento critico della dottrina più recente, almeno con riguardo agli equivoci che possono essere determinati dalla ridondante formulazione legislativa.

La concezione classica dell'interesse ad agire (per la quale v. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, p. 166; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1941, p. 139; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*³, I, Napoli, 1954, p. 278 e ss.) è da ultimo difesa dal FAZZALARI, *Note*, cit., p. 130, 131, anche contro la mia opinione. Ma l'appunto principale che mi rivolge è quello di « finire per identificare e confondere l'interesse con la legittimazione ad agire ». Ora su questo punto, sul quale ritengo di dover insistere, non trovo un valido contrasto nella concezione della legittimazione ad agire sostenuta dal FAZZALARI (*op. cit.*, p. 133 e ss.) sulla quale v. la nota che segue.

Per la più recente difesa del concetto in discorso (o meglio di quello di *Rechtsschutzbedürfnis* della dottrina germanica e tenuto conto delle note differenze di diritto positivo) mi limito a citare SCHOENKE, *Das Rechtsschutzbedürfnis*, Berlin, 1950, trad. it. in *Riv. dir. proc.*, 1948, p. 132 e ss. V. anche ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, cit., p. 386 e ss. Nella nostra dottrina v. le recentissime pagine dell'ANDRIOLI, *Lezioni*, cit., I, p. 222 e ss.

Altre citazioni della dottrina nella mia *Azione esecutiva*, p. 69 e ss.

⁽⁸⁰⁾ Specialmente GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 136; BARBERO, *La legittimazione ad agire in « confessoria » e « negatoria servitutis »*, Milano, 1950, p. 23 e ss.; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 116; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., p. 216, 219; LIEBMAN, *Manuale*, I, cit., p. 42; MICHELI, *Corso*, I, cit., p. 20; v. anche MONACCANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 288 e ss.

Secondo il FAZZALARI (*op. cit.*, p. 135) questa opinione pecca per difetto specialmente perchè, essendo stata concepita con riguardo ad una nozione dell'azione come potere singolo, non tiene conto del carattere composito dell'azione e non esprime, come invece dovrebbe, la titolarità delle singole situazioni di potere, facoltà e dovere, che compongono l'azione.

piano giuridico-obbiettivo e del quale si afferma titolare. Ed infatti: da un lato la suddetta qualificazione sostanziale (o affermazione di una situazione sostanziale obbiettivamente tutelabile) costituisce — come si è detto nel paragrafo precedente — l'elemento di coesione del comportamento processuale del soggetto assunto nella sua interezza, e perciò ne introduce la natura composita che, in quanto è presa ad oggetto di una autonoma valutazione normativa statica, è caratteristica del diritto soggettivo; mentre, dall'altro lato, anche la titolarità di codesto diritto soggettivo viene a determinarsi proprio in base all'aspetto soggettivo di quella medesima affermazione di situazione sostanziale tutelabile, che costituisce il fondamento del diritto soggettivo di azione. E da tutto ciò dovrebbe risultare una conferma sia della natura di diritto soggettivo spettante all'azione ⁽⁸¹⁾ sia della convergenza concettuale dell'interesse e della legittimazione ad agire ⁽⁸²⁾.

Senonchè, pur ponendomi dallo stesso punto di vista della nozione dell'azione come situazione composita, a me sembra che proprio questa critica sia viziata dal suo punto di partenza; ossia dal presupposto che l'azione, come situazione composita non abbia, per questo motivo, una sua propria autonomia. (Su questa opinione e sulla sua critica v. *retro*, nota 32). Per questa ragione, la legittimazione ad agire viene degradata a semplice agglomerato delle titolarità delle singole situazioni soggettive processuali semplici della parte. Ma, tralasciando ogni altra considerazione, se, in questo modo, la legittimazione ad agire si identifica con « l'abilitazione della parte al compimento di tutta la serie degli atti processuali » (FAZZALARI, *op. loc. cit.*), si finisce col confonderla con la legittimazione processuale. su ciò, oltre, nota 89.

⁽⁸¹⁾ Se l'azione fosse solo un potere, una sua qualificazione sostanziale non avrebbe funzione nè significato. Ed infatti, se il potere è titolarità di una fattispecie di comportamento alla quale conseguono effetti giuridici, ogni suo rilievo giuridico si esaurisce nel verificarsi o non verificarsi dell'effetto giuridico, ciò che a sua volta non può dipendere che dalla inclusione o non inclusione dell'elemento di cui si tratta tra le note della fattispecie di comportamento. Non così nel diritto soggettivo ove l'interesse, normalmente, costituisce l'elemento funzionale coordinatore che dà ragione di quella valutazione composita e purtuttavia unitaria per la quale è corretto ravvisare nel diritto soggettivo una situazione giuridica composita e non semplicemente una serie di situazioni giuridiche (da ultimo, a questo proposito, v. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, p. 102 e ss. Senza che peraltro io ne condivida le opinioni, V. in proposito le mie *Premesse generali*, p. 83).

Comunque, si voglia o non si voglia convenire su queste conferme, ciò che, in tema di legittimazione ad agire, è soprattutto importante, per gli sviluppi successivi, è la conclusione che, se è vero che la legittimazione ad agire è la titolarità dell'azione; e se, d'altra parte, è vero che quest'ultima è, come si è dimostrato nel paragrafo precedente, una situazione soggettiva composita introdotta da una valutazione normativa di tipo statico, occorre precisare non soltanto che il termine « legittimazione » quando è riferito all'azione, ha ormai perduto quella funzione di esprimere la titolarità di una situazione dinamica che gli è invece riconosciuta in sede di teoria generale ⁽⁸³⁾, ma

Del resto, anche chi considera l'azione come un potere, quando poi si trova a doverne individuare le condizioni nel suo riferimento al diritto sostanziale, non può evitare di riconoscere che, in questa sua fase di esercizio, l'azione assume le caratteristiche del diritto soggettivo (GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 108, 117). Su questo modo di intendere l'azione, v. anche, oltre, nota 86.

⁽⁸²⁾ Contro questa convergenza v. da ultimo ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., p. 213 e ss. Se, tuttavia, si tiene presente che questo autore nega la convergenza tra interesse e legittimazione ad agire per il solo rilievo che, secondo la sua concezione, il principio dell'interesse ad agire trova applicazione solo in alcuni tipi di processo, il superamento di questa limitazione (v. mia *Azione esecutiva*, p. 88) basta già per trasformare la critica in una conferma.

Inoltre una indiretta conferma della medesima convergenza si consegue qualora ci si ponga nell'ordine di idee di questi autori (ed in primo luogo dell'ALLORIO) che considerano il principio dell'interesse ad agire come privo di effettiva portata pratica. V. la nota 79.

Contro la medesima convergenza v. anche gli autori che negano che la legittimazione ad agire (la cui regola si dovrebbe desumere dall'art. 102 c.p.c. anzichè dall'art. 81 c.p.c.: su ciò da ultimo anche ATTARDI, *op. cit.*, p. 218) sia condizione dell'azione; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 285 (ma di questo Autore, v. in precedenza: *La legittimazione ad agire*, in *Riv. dir. sc. giur.*, 1935, p. 301; ove la suddetta convergenza è senz'altro sostenuta); MONACCANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 271 e ss.; FAZZALARI, *Note*, cit., p. 134. Circa le ragioni per le quali non ritengo di dover seguire queste opinioni nel ravvisare nell'art. 102 la regola della legittimazione v. oltre, note 55 e 69 al capitolo II.

Per una nozione della legittimazione ad agire come sintesi delle condizioni dell'azione, v. BARBERO, *La legittimazione ad agire*, cit., p. 27, 31, 46 e ss.

⁽⁸³⁾ Non è possibile qui, scendere ad una disamina degli ampi svolgimenti che, appunto in sede di teoria generale, sono dedicati a questo concetto. Mi limito a ricordare i fondamentali contributi del CARNELUTTI (da ultimo, in *Teoria generale*, cit., p. 321 e ss. e *Diritto e processo*, cit., p. 116), del GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 136 e ss., e, in precedenza, specialmente del FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 184 e ss.

anche e soprattutto che con codesto termine si esprime una titolarità diversa da quella dei singoli poteri processuali che compongono l'azione.

In questo modo posso subito enunciare la mia tesi: che, cioè, mentre la legittimazione ad agire (*legitimatio ad causam*) esprime la titolarità dell'azione, la legittimazione processuale (*legitimatio ad processum*) esprime la titolarità dei poteri che in essa sono, almeno normalmente, compresi.

Un ostacolo contro questa tesi è costituito dalla tendenza della dottrina più recente a contestare la distinzione — già acquisita, sia pure su basi diverse, dalla dottrina classica ⁽⁸⁴⁾ — tra i due suddetti concetti.

Certamente, quando si parte dal presupposto — che nel paragrafo precedente ho cercato di contrastare — che l'azione sia null'altro che il potere di adire il giudice che spetta al cittadino in quanto tale ⁽⁸⁵⁾ e in quanto semplicemente capace ⁽⁸⁶⁾;

V. anche gli altri autori citati nelle mie *Premesse generali*, cit., p. 92 e ss. e dal FAZZALARI, *op. cit.*, p. 132 nota 74. E ancora CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 52.

Qui mi si consenta solo di mettere in rilievo che, in relazione alla consapevolezza che il carattere genericamente dinamico dell'azione è in realtà fondato sui singoli poteri processuali, al termine « legittimazione » tocca la singolare vicenda di perdere — quando è riferito all'azione — la caratteristica di esprimere la titolarità di una situazione dinamica, con la quale è passato, proprio dalla dottrina processualistica, alla teoria generale (per questo passaggio, v. CARNELUTTI, *Sistema*, II, cit., p. 143). La dottrina dominante si sforza invece di conciliare il nuovo concetto generale di legittimazione con quello tradizionale processualistico. Si vedano, ad es., gli sforzi che in questa direzione ha compiuto l'INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, I, p. 314 e ss. 324 e ss.

⁽⁸⁴⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, cit. p. 239; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 316; da ultimo specialmente LIEBMAN, *Manuale*, I, cit., p. 136.

Nella dottrina germanica vedi per tutti HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I, Leipzig, 1912, p. 160 e ss.

⁽⁸⁵⁾ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, pag. 146.

⁽⁸⁶⁾ V. gli autori citati nelle note 85, 87, 88, 89. Qui mi occupo solo delle critiche che hanno riguardo ai rapporti tra azione e poteri processuali. Delle critiche che hanno invece particolare riguardo all'equivocità del ricondurre ad una sola figura nozioni eterogenee come la capacità (processuale) e la legittimazione (processuale) (BETTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 130 e ss.; MONACCIANI, *Legittimazione e azione*, cit., p. 374 e ss.) mi occuperò invece al n. 7.

o sia la serie di quei poteri processuali spettanti al soggetto ⁽⁸⁷⁾ o sia la serie composita di quei poteri insieme con le facoltà e i doveri facenti capo allo stesso soggetto, ma esclusa una autonoma valutazione normativa globale dei comportamenti che compongono codeste figure ⁽⁸⁸⁾; quando, dunque, si parta da tali presupposti, non si può evitare di identificare la titolarità dell'azione con la titolarità dei singoli poteri processuali che contribuiscono a comporla ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁷⁾ GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 97 e ss. Veramente questo Autore parla di potere di provocare l'esercizio della funzione giurisdizionale. Ma questo generico potere, del quale si precisa che « ha come fattispecie costitutiva unicamente quel complesso di qualità personali in cui si sostanziano la capacità giuridica e la capacità di agire processualmente » (*op. cit.*, p. 122) non è altro che quel potere di proporre la domanda che spetta al cittadino in quanto tale ai termini dell'art. 24 della Costituzione e dell'art. 99 c.p.c. e di cui, nel testo, sto per osservare che può dar vita ad un processo, così ponendosi come prima situazione processuale semplice, senza dar luogo ad esercizio dell'azione (salve, però, a proposito dei cosiddetti incapaci processualmente, le osservazioni che compirò al termine del n. 9).

Va anche ricordato che la concezione dell'azione del GARBAGNATI si completa col rilievo che, a seguito del suo esercizio, il potere di azione, col rendere concreto il dovere del giudice di prestare l'attività giurisdizionale, darebbe vita ad un diritto soggettivo. Ma, a parte il rilievo dell'inaccettabilità del desumere un diritto soggettivo dall'obbligo contrapposto, sta di fatto che per il GARBAGNATI la legittimazione ad agire non è la titolarità dell'azione divenuto diritto, ma dell'azione come potere di provocare la tutela giurisdizionale (*op. cit.*, p. 136).

⁽⁸⁸⁾ FAZZALARI, *Note*, cit., p. 112.

⁽⁸⁹⁾ Questa conclusione di carattere generale accomuna le opinioni degli autori sopra ricordati, e cioè sia di coloro che senz'altro negano la correttezza della distinzione tra legittimazione ad agire e legittimazione processuale (così CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 143; *Istituzioni*, cit., I, p. 323, p. 292; così anche BARBERO, *La legittimazione ad agire*, cit., p. 33; del CARNELUTTI v. ora [*Diritto e processo*, cit., p. 116] l'opinione secondo cui la *legitimatio ad processum* potrebbe distinguersi dalla *legitimatio ad causam* solo in quanto la prima dovrebbe riferirsi al difensore) e sia di coloro che, limitandosi a prendere in considerazione la legittimazione ad agire, la considerano come « l'abilitazione della parte al compimento di tutta la serie degli atti processuali » (FAZZALARI, *op. cit.*, p. 135), e sia, infine, le opinioni di coloro che, pur negando, in linea di principio, la correttezza dell'uso del concetto di legittimazione processuale, ritengono tuttavia di potersene servire con riguardo a settori particolarmente delimitati. Tali autori sono il GARBAGNATI (*La sostituzione*, cit., p. 157 e ss.) che si riferisce alla legittimazione a compiere taluni atti particolari; e il BETTI (*Diritto processuale civile*, cit., p. 130, 131, 161) che, seguito dal MONACCANI (*Legittimazione e azione*, p. 377 e ss., spec. p. 383), considera la legittimazione processuale come avente rilievo solo con riguardo alla figura del rappresentante processuale.

Senonchè, lasciando per ora da parte la terminologia, sta di fatto che il diritto positivo, così come — lo si è veduto al paragrafo precedente — contiene gli elementi per riconoscere che l'azione è fondata su una valutazione normativa autonoma da quelle che fondano le situazioni processuali semplici, contiene anche gli elementi per riconoscere che la titolarità dell'una può coincidere, ma anche non coincidere, con la titolarità delle altre; e ciò non soltanto nel caso eccezionale della rappresentanza processuale, secondo quanto si è autorevolmente sostenuto ⁽⁹⁰⁾, ma, come passo subito a dimostrare, quale possibilità d'ordine generale.

Siffatti elementi vengono in rilievo quando si osservi che, mentre gli artt. 81 e 100 c.p.c. attribuiscono il diritto di azione soltanto a chi affermi una situazione sostanziale come obbiettivamente tutelabile ed abbisognevole di tutela, ed inoltre come spettante ad esso e nei confronti di colui contro il quale è formulata la domanda ⁽⁹¹⁾, l'art. 24 della costituzione attribuisce a

⁽⁹⁰⁾ BETTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 131. Le segue il MONACCANI, *Legittimazione e azione*, cit., p. 377 e ss.

Quest'ultimo Autore osserva che se non sussistesse una distinzione tra il soggetto legittimato al compimento degli atti e quello che ne riceve l'effetto tipico fondamentale all'interno del processo, non si potrebbe parlare di rappresentanza nel processo; ne deduce che si deve ammettere che il rappresentante chiede e il rappresentato ottiene il provvedimento di merito (così MONACCANI, *op. cit.*, p. 382). Su queste affermazioni si può convenire salve le riserve in ordine al fatto che questo autore si riferisce all'effetto conclusivo del processo anzichè ai suoi effetti interni. Senonchè non si può ugualmente convenire sull'affermazione che questo sia il solo caso di scissione tra titolarità dell'azione e titolarità della legittimazione processuale. Il fenomeno di questo distacco è invece ben più ampio, come, sulla scorta del diritto positivo, passo a dimostrare nel testo.

⁽⁹¹⁾ In questo modo io ritengo di dover prendere posizione anche rispetto al problema tanto discusso della cosiddetta *legittimazione (ad agere)* passiva.

Dico subito che condivido l'opinione di coloro che denunciano l'equivocità del concetto (INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., p. 315; GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 149) senza tuttavia concordare interamente anche sull'opinione che ciò che si vuole esprimere parlando di legittimazione passiva non sia altro che la legittimazione a contraddire spettante al convenuto (GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 149). Secondo questa opinione, la suddetta legittimazione a contraddire spettante al convenuto si rifletterebbe sulla posizione processuale dell'attore soltanto

« tutti » la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi. Ora, codesta possibilità, che, da un lato, non può essere il diritto di azione (perchè altrimenti gli artt. 81 e 100 sarebbero in contrasto con la norma costituzionale),

indirettamente, « quale punto di riferimento per l'applicazione del principio del contraddittorio, nel senso che la domanda non è formalmente valida se non è compiuta nei confronti del soggetto nella cui sfera devono gravare gli effetti del provvedimento richiesto.

Questa impostazione, nella quale è contenuta una parte di verità, è in stretta connessione con un'interpretazione dell'art. 101 c.p.c. che ricalca quella già proposta dal REDENTI (*Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, p. 86) per l'art. 38 del codice abrogato e secondo la quale « la parte contro la quale la domanda è proposta » non può essere, appunto, che il soggetto nella cui sfera giuridica debbono gravare gli effetti del provvedimento richiesto. Ed infatti — si dice — non potrebbe trattarsi nè del subbietto citato, perchè altrimenti resterebbe esclusa l'ipotesi più evidente, e cioè quella del soggetto non citato affatto (GARBAGNATI, *op. cit.*, p. 152) nè del soggetto formalmente chiamato a contraddire, perchè, se così fosse, l'art. 101 non farebbe che disporre che sia citata la parte non citata.

Intanto occorre osservare che convenire nell'impossibilità di accettare una di queste due ultime interpretazioni non significa ammettere necessariamente che il soggetto di cui trattasi debba essere proprio il soggetto nella cui sfera giuridica debbono gravare gli effetti del provvedimento, perchè quest'ultimo soggetto può anche non coincidere con quello che, nell'*affermazione dell'attore*, dovrebbe risentire tali effetti. Quest'ultimo soggetto che, a mio parere, è proprio quello al quale la domanda è proposta », è, in sostanza, il *destinatario affermato* della domanda (meglio: della comunicazione della domanda, la quale, per sè stessa, è rivolta al giudice: v. la nota 46 al cap. III e CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 173), ossia colui che l'attore afferma aver leso il suo diritto e che, nella logica dell'affermazione dell'attore stesso, si pone come il giusto contraddittore. Il significato dell'art. 101 è allora questo: il giudice non può statuire sulla domanda se l'attore non ha citato quel medesimo soggetto che, secondo quanto da lui affermato nella domanda stessa, si sarebbe dovuto citare. (Implicitamente, ossia senza uno svolgimento della distinzione tra legittimazione c.d. passiva e legittimazione a contraddire, v. MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 20).

Ora, questo « destinatario affermato della domanda » in che rapporti sta col soggetto del quale la dottrina dice che è legittimato passivamente o legittimato a contraddire?

Per quanto riguarda la « legittimazione a contraddire », ha ragione il GARBAGNATI (*La sostituzione*, cit., p. 149 e autori ivi citati) a dire che con questa espressione ci si riferisce soltanto alla titolarità della diversa azione che spetta al convenuto in quanto tale ed avente ad oggetto quanto meno il rigetto della domanda attrice; salvo però tener presente che questa legittimazione a contraddire può restare allo stato potenziale (ad es. nel caso del convenuto inerte), nel qual caso non si può parlare di azione del convenuto. (Su ciò, v. oltre n. 11, ai richiami delle note 152 e 153 nonché al termine del paragrafo).

dall'altro lato — in quanto è attribuita esplicitamente in funzione della tutela dei diritti — non può che stare in relazione col potere che introduce la proposizione della domanda, ossia con l'atto che l'art. 99 c.p.c. considera appunto come l'atto

Senonchè, isolato e chiarito così il concetto di legittimazione a contraddire, si deve convenire con la dottrina dominante nel rilevare che la legittimazione ad agire dell'attore ha un suo aspetto passivo dal quale emerge un particolare requisito parallelo a quello del suo aspetto attivo: qui coincidenza tra colui che si afferma titolare del diritto e colui che propone la domanda mediante citazione; là, coincidenza tra colui verso il quale l'attore si pretende titolare del diritto e colui che è effettivamente citato in giudizio. *In questo modo la legittimazione passiva si risolve in un aspetto ineliminabile della legittimazione (ad agire) dell'attore.*

Ora, è vero che — come osserva il GARBAGNATI (*op. cit.*, p. 151) per contrastare la suddetta autonoma rilevanza della legittimazione passiva — il difetto di legittimazione passiva (così intesa) dipende in sostanza dallo stesso fenomeno dal quale dipende il difetto del contraddittorio, ossia il difetto di coincidenza tra il destinatario affermato dalla (comunicazione della) domanda e il suo destinatario effettivo; senonchè tutto questo non basta per impedire che l'osservanza della regola del contraddittorio debba essere valutata prima ed indipendentemente dalla sussistenza della legittimazione ad agire (da ultimo, così, ANDRIOLI, *Commento*, I, cit., p. 283). A mio modesto parere, e senza pretendere di trattare qui adeguatamente un così grave problema, la conferma che la normale sovrapposizione di questi due fenomeni non basta a togliere ogni rilievo al requisito della legittimazione passiva risulta dall'art. 102 c.p.c. in quanto questa norma offre l'esempio di casi nei quali può mancare la legittimazione passiva sempre come aspetto della legittimazione dell'attore che qui viene detta « congiuntiva »: BETTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 165; LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 149; v. anche LUX, *Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft*, München, 1906, p. 27-30), senza che sia stata violata la regola del contraddittorio. Ciò si verifica quando l'attore (A) si limita ad affermare di voler far valere il suo diritto (ad es. alla divisione) solo nei confronti di alcuni soggetti (ad es. B e C) e cita soltanto quelli. Con questa citazione la regola del contraddittorio è certamente osservata; mentre, in quanto la legge (art. 784 c.p.c.) dispone che siano convenuti tutti gli altri condomini (ad es. D, E), *la mancata citazione di questi, ha rilievo sotto il solo profilo del difetto di legittimazione (congiuntiva) dell'attore, nel suo aspetto passivo.*

È ben vero che i sostenitori della teoria che qui si contrasta si sforzano di ricondurre anche il fenomeno del litisconsorzio necessario alla regola del contraddittorio (GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 156 e ora SATTA, *Sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1955-56, p. 48 e ss., spec. p. 53; anche il CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 260, p. 241 e ss. svaluta la portata dell'art. 102, riconducendolo però alle norme che riguardano l'intervento per ordine del giudice).

Senonchè si è recentemente osservato (DENTI, *Appunti sul litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 28) che siffatti tentativi hanno successo solo in quanto si riferiscono a quei casi di litisconsorzio necessario nei quali la natura

strumentale per far valere in giudizio i diritti, ossia per esercitare l'azione. Si tratta insomma del primo accesso al giudice, idoneo a dar luogo almeno alla prima verifica sulla eventuale sussistenza della qualificazione necessaria per codesto accesso e che quindi, per una ovvia esigenza logica, non può non essere

stessa del diritto sostanziale è tale che la domanda formulata contro un soggetto non può non essere intesa come implicitamente formulata anche contro altri soggetti (su tali ipotesi v. anche SATTA, *op. cit.*, p. 53): così ad es. nel caso in cui un terzo impugni il matrimonio contro uno solo dei coniugi e non contro l'altro; in questo caso, la domanda proposta contro un coniuge è come se fosse proposta anche contro l'altro, e non citarlo significa violare la regola del contraddittorio. Ma, al di fuori di questi casi, solo la legge può contrastare con specifiche norme (come ad es. l'art. 784 c.p.c.) il principio generale per cui l'attore propone la domanda (nel senso di formulare la sua richiesta di tutela) nei confronti di chi vuole (su ciò v. giustamente SATTA, *op. cit.*, p. 51; DENTI, *op. cit.*, p. 29); ed allora ecco che la legge regola la legittimazione ad agire nel suo aspetto passivo senza regolare anche il contraddittorio.

D'altra parte, la legittimazione passiva, così individuata come aspetto passivo della legittimazione ad agire, non va affatto confusa con la legittimazione a contraddire della quale anche il GARBAGNATI ha esattamente posto in luce il vero significato. Ed infatti, mentre quest'ultima dipende dal fatto che un soggetto sia stato convenuto (salvi i casi, eccezionali, dei litisconsorti necessari ai quali la legge attribuisce la legittimazione a contraddire, sebbene non siano stati convenuti: v. oltre nota 55 al cap. II), la legittimazione passiva si valuta oltre che con riguardo alla qualità di convenuto, anche in base alla coincidenza tra questa qualità e quella di destinatario della (comunicazione della) domanda nella affermazione dell'attore.

A mio parere, la distinzione del suddetto aspetto passivo della legittimazione dell'attore dalla legittimazione a contraddire ha anche una base testuale. Mi riferisco all'art. 276 c.c. che, rubricato sotto l'equivoco termine di legittimazione passiva, ne precisa il concetto — al 1° comma — nella posizione di colui contro il quale l'azione (per la dichiarazione di paternità o di maternità naturale) deve essere proposta, ossia *in un requisito dell'azione stessa, sotto il profilo soggettivo passivo*. Senonchè al 2° comma questa norma aggiunge che « alla domanda può contraddire chiunque vi abbia interesse », con ciò riferendosi palesemente alla titolarità di una azione diversa, quella di coloro che vengono così legittimati a chiedere un accertamento eventualmente contrastante con la domanda dell'attore.

Con tutto ciò non intendo negare che l'aspetto passivo della legittimazione ad agire dell'attore si riconduca in definitiva alla medesima coincidenza soggettiva che sta alla base del principio del contraddittorio. Ma ciò che importa è che codesta medesima coincidenza viene in rilievo rispetto a requisiti del tutto diversi: e ciò consente di riconoscere alla valutazione sulla legittimità del contraddittorio una assoluta indipendenza e anteriorità rispetto alla valutazione sulla legittimazione ad agire, come giustamente rilevato dall'ANDRIOLI (*op. loc. cit.*; di questo autore, v. ora anche *Lezioni*, cit., I, spec. p. 231).

indipendente da quella qualificazione⁽⁹²⁾. D'altra parte, poichè codesta verifica, anche per sè sola, è già il risultato di una serie di atti che, tutti insieme, costituiscono un processo, e che presuppongono altrettanti poteri, anche del soggetto, quest'ultimo, per il solo fatto di avere esercitato il potere di introdurre un processo (potere che gli spettava indipendentemente da ogni sua qualificazione sostanziale), diviene gradualmente titolare di una serie di poteri processuali.

Esiste dunque una categoria di soggetti ai quali la legge, indipendentemente dal fatto che siano per risultare titolari o meno del diritto di azione, attribuisce intanto la titolarità del potere di proporre la domanda e, così instaurato un processo, la titolarità via via determinantesi di una serie di poteri processuali fino ad ottenere *almeno* la pronuncia della carenza di azione. Quale sia questa categoria di soggetti, ossia quale sia il

(92) Anche il LIEBMAN (*L'azione*, cit., p. 62) e il MICHELI (*Corso*, cit., I, p. 16) si sono soffermati sul rilievo che il potere del cittadino, in quanto tale, di adire il giudice, è un potere diverso dal diritto d'azione. Secondo questi autorevoli Scrittori, quel potere sarebbe la premessa costituzionale del diritto d'azione, come « estrinsecazione immediata e diretta della capacità giuridica generale » (LIEBMAN, *op. cit.*, p. 62). Contro questa concezione, che pur mi sembra esatta nel ravvisare nel potere di cui si tratta un fondamento nel diritto costituzionale, credo debba opporsi la totale separazione concettuale che deve sussistere tra la *capacità*, come valutazione di titolarità *virtuale* di situazioni giuridiche, siano esse dinamiche o statiche, e il *potere* come *titolarità attuale* di una fattispecie di comportamento presa in considerazione da una valutazione normativa dinamica (v. mie *Premesse generali*, cit., n. 21).

In realtà, il potere del cittadino (in quanto tale), di adire il giudice è assai più di una titolarità virtuale, di un'estrinsecazione della capacità; è invece l'effettiva titolarità di una fattispecie di comportamento che la legge — nell'attuare quella premessa costituzionale dell'azione di cui parla il Liebman — attribuisce al cittadino, il quale così viene legittimato attivamente ad adire il giudice. D'altra parte, l'art. 24 della Costituzione non contiene alcun riferimento alla capacità; il che, da un lato, conferma che esso ha piuttosto riguardo al concetto di legittimazione; e, dall'altro lato, sembra voler comprendere anche il generico potere per il quale anche l'incapace può rivolgersi al giudice per provocare quanto meno la dichiarazione della nullità della sua domanda: su ciò v. oltre, nel testo, al termine del n. 9.

Si veda anche la formula del can. 1646 del *Codex Juris canonici*, secondo cui « *quilibet potest in iudicio agere* » e che esprime questo potere di accedere al giudice indipendentemente da ogni qualificazione sostanziale (v. OLIVERO, *Le parti nel giudizio canonico*, Milano, 1941, p. 12).

procedimento tecnico del quale la legge si serve per individuarla nell'ambito della amplissima espressione della norma costituzionale⁽⁹³⁾, si vedrà al n. 8 e al n. 9. Ma qui importa rilevare che la legge attribuisce i poteri processuali a soggetti che possono non essere titolari dell'azione.

Certamente, e proprio perchè nel momento dell'esercizio di quei poteri non si sa se l'azione esiste o meno, c'è anche la possibilità che questa risulti poi esistente. Ed in questo caso, poichè il comportamento del soggetto che la legge valuta come esercizio del diritto di azione non è diverso dai singoli comportamenti già valutati come esercizio dei poteri o delle facoltà (ma è semplicemente l'insieme di quei comportamenti, assunti in modo unitario), l'esercizio del potere di proporre la domanda risulterà coincidente, in fatto, con la proposizione dell'azione⁽⁹⁴⁾. E così l'esercizio dei singoli poteri processuali risulterà coincidente con l'esercizio dell'azione. Ma si tratterà di una coincidenza di comportamenti contemporaneamente valutati su piani diversi

Secondo il BARBERO (*La legittimazione ad agire*, cit., p. 28, 29), questo potere di accesso al giudice che spetta al cittadino *uti civis*, sarebbe tanto generico ed incolore da non meritare che rispetto ad esso si ponga un problema di legittimazione. Senonchè è proprio da questo potere che dipende la stessa validità della domanda e quindi la validità del processo.

(⁹³) Da un lato, si tratta di una ridondanza retorica che ha la funzione sia di mettere in evidenza la non necessità di qualificazioni sostanziali e sia di ribadire l'uguaglianza dei cittadini rispetto alla tutela giurisdizionale sotto il profilo delle garanzie costituzionali (cfr. ANDRIOLI, *Lezioni* cit., I, pag. 202). Ma da un altro punto di vista, mi sembra che l'ampiezza di questa formula possa avere il suo significato rispetto alla situazione giuridico-processuale dell'incapace, sulla quale si vedano le osservazioni compiute al termine del n. 9.

(⁹⁴) In questo modo ci si rende conto anche del fenomeno per il quale la azione, in quanto presuppone l'affermazione di una situazione sostanziale qualificata, non può dirsi esistente prima di codesta affermazione. Questo fenomeno, che aveva indotto il GARBAGNATI (*La sostituzione*, cit., p. 108 e ss.) a considerare l'azione come un potere che diviene diritto solo dopo il suo esercizio, si spiega, a mio parere, più semplicemente col richiamo alla duplice valutazione normativa per la quale l'atto con cui il soggetto esercita il potere di proporre la domanda, potrà in seguito essere riconosciuto anche come esercizio del diritto di azione. Un potere non può *divenire diritto*; ma il comportamento con cui si esercita un potere può ben essere in seguito riconosciuto *anche* come esercizio di un diritto.

e perciò ricondotti a situazioni giuridiche diverse, anche dal punto di vista delle rispettive titolarità.

In conclusione, la titolarità dell'azione si sovrappone alla titolarità dei singoli poteri, senza, tuttavia, identificarsi con essa, poichè quest'ultima può esistere anche senza la prima. Se si ravvisi l'una (la titolarità dell'azione) nella legittimazione ad agire, e si voglia esprimere l'altra con una formula unitaria, mi sembra perfettamente esatta la denominazione tradizionale di legittimazione processuale (*legitimatio ad processum*). Ed infatti, da un lato, come titolarità di poteri, è certamente legittimazione nel senso tecnico col quale il termine è usato in sede di teoria generale⁽⁹⁵⁾, salvo solo il rilievo che con l'espressione « legittimazione processuale » si indica la titolarità di una serie di poteri anzichè di un potere solo e titolarità di una serie di poteri significa titolarità *attuale* del primo potere della serie, accompagnata alla titolarità *virtuale* di quelli successivi, destinati a divenire attuali via via che si svolge il processo. Dall'altro lato, codesta legittimazione, poichè ha riguardo al fatto formale che consente l'introduzione di un processo indipendentemente dal fatto che in esso si eserciti o meno un'azione, giustamente merita l'attributo di « processuale ».

7. *Dalla nozione positiva di « capacità di stare in giudizio » a quella sistematica di legittimazione processuale. Dimostrazione che l'art. 75 c.p.c. è la norma che compie l'attribuzione della legittimazione processuale.*

Vengo ora ad esaminare più da vicino il fenomeno della attribuzione, da parte della legge, della legittimazione processuale, ossia della serie dei poteri processuali che via via si vengono costituendo a seguito dell'esercizio del potere di proporre la domanda. Ricordato che questo ultimo potere sembra, secondo la norma costituzionale, essere attribuito a « tutti », si tratta di vedere se, con riguardo all'intera serie dei poteri pro-

⁽⁹⁵⁾ V. *retro*, nota 83.

cessuali, esiste una norma che, limitando quella ridondante espressione della Costituzione, attribuisca la legittimazione processuale a determinati soggetti. Senonchè, a questo riguardo, l'unico elemento offerto dalla nostra legge, che, come si è veduto, non conosce l'espressione «legittimazione processuale», è costituito dall'art. 75 c.p.c. che dichiara che taluni soggetti, individuati come si vedrà, sono capaci di stare in giudizio ⁽⁹⁶⁾.

Ora, premesso che l'espressione « stare in giudizio » si presenta, a prima vista, come idonea ad esprimere l'esercizio dei poteri processuali ^(96-bis), le maggiori perplessità derivano invece dall'uso del termine « capacità ». Ed infatti, se si parte dal presupposto che il legislatore si sia servito di questo termine nel suo senso proprio, si deve evidentemente rinunciare a vedere nella attribuzione della capacità di stare in giudizio l'attribuzione di una autentica legittimazione processuale, o quanto meno rinunciare a considerare la legittimazione processuale come una forma di legittimazione nel significato tecnico (riconosciutole dalla teoria generale) di *effettiva*, e non solo virtuale, titolarità di uno o più poteri ⁽⁹⁷⁾. Chè se, invece, si ometta di compiere

⁽⁹⁶⁾ In questi termini generali l'osservazione vale anche per il diritto germanico (§ 52 ZPO) salva la differenza che rileverò tra poco alla nota 113.

^(96-bis) Cfr. ad es. CARNELUTTI (*Scioglimento di società commerciali e riassunzione d'istanza*, in *Studi di dir. proc. civ.*, I, Padova, 1925, p. 289) secondo il quale « stare in giudizio » significa esercitare nel giudizio le attività caratteristiche delle parti.

⁽⁹⁷⁾ È quanto si deve ritenere a proposito della concezione classica formulata nel vigore del codice del 1865 (CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, p. 239) ma sostenuta autorevolmente anche nel vigore del codice attuale (CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 239; SEGNI, voce *Procedimento civile*, in *Nuovo Dig. it.*, X, Torino, 1939, p. 573; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 316; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 217; REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 161; COSTA, *Manuale di dir. proc. civ.*, Torino 1955, p. 150; MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 172; PRIETO-CASTRO, *Tratado*, cit., II, p. 15).

Questa dottrina si limita a chiamare legittimazione processuale la capacità di stare in giudizio, impegnandosi soltanto nel dimostrare che la capacità di stare in giudizio corrisponderebbe alla nozione sostanziale della capacità d'agire, così contrapponendosi alla capacità d'esser parte come aspetto processuale della capacità giuridica. (*Contra* tuttavia SATTA, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 71, avversato, a sua volta, specialmente dall'ANDRIOLI, *op. loc. cit.*; in argomento, v. le mie *Premesse generali*, cit., p. 248, nota 70).

queste precisazioni e ci si continui a servire del termine « legittimazione processuale » senza discriminazione alcuna con quello della « capacità processuale » o « capacità di stare in giudizio » — come appunto suole ancora la teoria dominante — si incappa nelle critiche, perfettamente centrate, di chi rileva che nel concetto di *legitimatío ad processum* sono mescolati i due concetti della legittimazione e della capacità ⁽⁹⁸⁾ e che quindi si tratta di un concetto improprio ed equivoco ⁽⁹⁹⁾.

Senonchè, avendo già potuto dimostrare (retro n. 6) che tutto ciò non autorizza affatto ad abbandonare il concetto di legittimazione processuale per risolverlo in quello di legittimazione ad agire ⁽¹⁰⁰⁾ e neppure autorizza a limitare l'utilizzazione di quel concetto ad ipotesi del tutto particolari ⁽¹⁰¹⁾, l'unico at-

⁽⁹⁸⁾ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 143; *Id.*, *Istituzioni*, cit., I, n. 322, p. 291, e, ora *Diritto e processo*, cit., p. 116. V. anche INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, cit., p. 322. Da ultimo CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 53.

Assai più cauti occorre essere invece rispetto alla abitudine della dottrina germanica a mettere in guardia dal confondere tra *Prozessführungsrecht* e *Prozessfähigkeit* (v. ad es. già HELLWIG, *Lehrbuch*, cit., I, p. 158; nella dottrina più recente LENT, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 66; ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., p. 184). E ciò non perchè la distinzione non debba essere compiuta; ma al contrario perchè, considerato che il *Prozessführungsrecht* corrisponde alla legittimazione ad agire della nostra più recente dottrina, ossia alla titolarità affermata dal diritto sostanziale (mentre la sua titolarità reale suole esprimersi con la *Sachlegitimation*), occorrerebbe mettere meglio in evidenza la eterogeneità dei due concetti; ed in realtà, ponendo sullo stesso piano — sia pure per distinguere — capacità processuale e legittimazione ad agire, si verifica un offuscamento della distinzione tra legittimazione ad agire e legittimazione processuale. È infatti rispetto a quest'ultima che occorre distinguere la capacità processuale. Ma sulle ragioni per cui la dottrina tedesca non compie quest'ultima contrapposizione, v. oltre, nota 114.

Le osservazioni compiute nel testo valgono invece anche nei confronti della dottrina spagnola, che esprime col concetto sostanziale di *capacidad de obrar* la legittimazione processuale (v. per tutti PRIETO-CASTRO, *Tratado*, cit., II, p. 16 e ss.; 38 e ss.; 50 e ss.).

⁽⁹⁹⁾ BETTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 127. Per un esempio di questo uso promiscuo dei concetti di legittimazione e di capacità, v. Cass. 22 giugno 1951, n. 1666, in *Foro it.*, 1951, I, 849, ove la legittimazione processuale del rappresentante viene qualificata « capacità di stare in giudizio ».

⁽¹⁰⁰⁾ V. gli Autt. cit. alle note 86, 87, 88.

⁽¹⁰¹⁾ V. gli Autt. cit. alla nota 90.

teggiamento corretto di fronte alla formula legislativa in esame sembra quello di domandarsi se con essa la legge non abbia voluto compiere l'attribuzione della legittimazione processuale, considerando la capacità come sola situazione legittimante ⁽¹⁰²⁾, o addirittura non si sia servita impropriamente del termine « capacità » nel compiere senz'altro l'attribuzione della legittimazione processuale.

Ora, la dimostrazione che questa seconda interpretazione sia la più conforme al dettato legislativo poggia su un attento esame della formula con la quale la legge indica la situazione da cui fa dipendere la c.d. capacità di stare in giudizio, ossia la situazione che nell'ipotesi che quella capacità di stare in giudizio risultasse effettivamente una legittimazione, fungerebbe, rispetto ad essa, da situazione legittimante. Mi riferisco a quel « libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere » che la norma in esame considera appunto come il dato dal quale dipende la capacità processuale, o capacità di stare in giudizio. Qual'è dunque il significato di quella formula?

Innanzitutto, per i rilievi compiuti in precedenza, è già evidente che dicendo « diritti che *vi* (nel giudizio) si fanno valere », la legge vuol riferirsi a quei diritti con riguardo ai quali il soggetto opera nel processo per esercitare l'azione, e cioè quei diritti che, quando sarà effettuato il controllo sulla titolarità dell'azione, ossia sulla legittimazione ad agire, risulteranno essere stati affermati come spettanti a chi agisce. Ora, è chiaro che « libero esercizio » di questi diritti significa soltanto titolarità del potere di disporre di essi. Ma — e questo è il punto — titolarità eventuale o attuale? Nella prima ipotesi si avrebbe riguardo alla *capacità di agire* rispetto ad essi ⁽¹⁰³⁾; nella seconda

⁽¹⁰²⁾ È questa, se non vado errato, l'opinione del LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 136.

⁽¹⁰³⁾ E pertanto ne risulterebbe confermata l'opinione che considera la capacità di agire come situazione legittimante per l'attribuzione della legittimazione processuale.

ipotesi il diritto di cui si richiederebbe il potere attuale di disporre dovrebbe essere presupposto come esistente ⁽¹⁰⁴⁾. Questa seconda ipotesi va senz'altro scartata poichè è assurdo che per « stare in giudizio » la legge richieda quella esistenza del diritto che non richiede neppure per la titolarità dell'azione ⁽¹⁰⁵⁾.

Senonchè neppure la prima ipotesi — che cioè la legge abbia riguardo alla capacità di agire — può essere accettata senz'altro, poichè contro di essa si possono sollevare argomenti di natura testuale. Ed infatti, se si tiene presente che per l'art. 43 legge fallimentare il curatore sta in giudizio nelle controversie relative a rapporti patrimoniali del fallito, in quanto quest'ultimo è privo dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni (art. 42 l.f.), è chiaro che in questo modo la legge considera quella privazione di disponibilità come una causa di sottrazione dalla cosiddetta capacità di stare in giudizio ⁽¹⁰⁶⁾; ossia come uno dei casi di difetto di libero esercizio dei diritti dai quali dipende la perdita della capacità processuale. Ed infatti la dottrina ⁽¹⁰⁷⁾ non dubita che nella portata della formula in esame sia compreso anche un riferimento (negativo) alla posizione del fallito. Che poi questa posizione possa, da qualcuno, e probabilmente a torto, essere considerata come una forma di incapacità, è circostanza che comunque non consentirebbe di ricomprendere la posizione del fallito nella figura generale dell'incapacità di agire ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ È chiaro, infatti, che non si può avere il potere attuale di disporre di un diritto se non si è titolari di quel diritto (v. *Premesse generali*, p. 126 e ss.) salva solo l'ipotesi della titolarità straordinaria di quel potere spettante al rappresentante. Ma qui si ha riguardo al fenomeno generale.

⁽¹⁰⁵⁾ CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 323, p. 292.

⁽¹⁰⁶⁾ V. per tutti SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*⁵, Roma, 1957, n. 73, p. 148; ANDRIOLI, *Incapacità processuale del fallito*, in *Giur. comp. cass. civ.*, XVII (1945), p. 143 e ss., spec. p. 145.

⁽¹⁰⁷⁾ LIEBMAN, *Manuale*, cit., p. 136; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 218; MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 178.

⁽¹⁰⁸⁾ MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 178; ANDRIOLI, *Incapacità del fallito*, loc. cit. Giustamente nota il CARNELUTTI (*Sistema*, cit., I, p. 363, 364), che ciò che importa è osservare che in questi casi, per ragioni diverse dalla inettitudine fisiopsi-

La realtà è allora che la formula del libero esercizio dei diritti ha una portata che non è limitata nè alla pura e semplice capacità di agire nè alla titolarità attuale ed effettiva del potere di disporre; quella formula non tecnica ed empirica vuol indicare la posizione di quel soggetto che, oltre ad essere capace di agire, non si trovi in alcuna di quelle situazioni alle quali la legge, per una ragione diversa dall'inidoneità fisiopsichica, riconduce la sottrazione dei poteri di disporre degli eventuali diritti di quel soggetto ⁽¹⁰⁹⁾. « Non esistenza di cause di sottrazione di poteri » (chè tale è dunque il significato della formula legislativa in esame) non significa ancora « esistenza attuale dei poteri », ma neppure significa soltanto « capacità di agire » poichè mentre quest'ultima figura dipende da una valutazione normativa del *modo di essere* di un soggetto rispetto alla sua idoneità all'esercizio dei poteri, la non esistenza di cause di sottrazione dei poteri inerenti ai diritti — o libero esercizio di questi diritti — è fenomeno più ampio, in quanto ha riguardo oltre che alla valutazione del *modo di essere* del soggetto, anche a quel qualcosa di più che è dato dal non trovarsi il soggetto in una situazione giuridica che costituirebbe ostacolo all'attribuzione dei poteri (inerenti all'eventuale diritto sostanziale). Potrà anche, questa figura più ampia, essere chiamata, sia pure inesattamente, « capacità », in quanto ha pur sempre riguardo ad una titolarità *virtuale* e non attuale dei poteri ⁽¹¹⁰⁾. Ma ciò che conta è che non si tratta del fenomeno tipico della capacità di agire im-

chica del soggetto, la legge determina una inidoneità sua a provvedere alla tutela dei propri interessi; e, detto questo — osserva l'illustre Autore — il quesito « se in questi casi si tratti o non si tratti di incapacità, mi pare piuttosto ozioso ».

⁽¹⁰⁹⁾ Per il rilievo della non omogeneità della formula in esame v. SATTA, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 72. Svolgimenti intorno al fenomeno della rappresentanza legale indipendentemente dall'incapacità del soggetto rappresentato, in ROSENBERG, *Stellvertretung*, cit., p. 543 e ss.

⁽¹¹⁰⁾ V. ad es. le parole del REDENTI (*Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 162), per il quale « la espressione *libero esercizio dei diritti* allude precisamente alla capacità di agire, di disporre o di volere ».

perniato sulla valutazione del modo di essere fisiopsichico del soggetto ⁽¹¹¹⁾.

Così precisato il significato della formula dell'avere il « libero esercizio dei diritti », si può tornare al quesito che concerne la portata della capacità di stare in giudizio, in quanto la legge la fa dipendere da quella formula.

Se la legge avesse voluto configurare la capacità di stare in giudizio, o capacità processuale, come un'estensione al campo del processo del concetto di capacità di agire (come la dottrina tende a ritenere ⁽¹¹²⁾), non avrebbe avuto che da riferirsi direttamente all'idoneità fisiopsichica del soggetto, così compiendo una autonoma valutazione parallela a quella del diritto sostanziale che introduce la capacità di agire; oppure, volendo usare il mezzo tecnico del richiamo a quest'ultima valutazione, avrebbe dovuto limitarsi ad estendere la validità di questa al campo del processo, e cioè affermare che i soggetti che per il diritto sostanziale sono capaci di agire sono anche capaci di stare in giudizio ⁽¹¹³⁾. Senonchè si è veduto che la formula del libero esercizio dei diritti, della quale la legge si è servita, non coincide con quella della capacità di agire, ma è più ampia ed il margine di maggior ampiezza non riguarda un modo di essere fisiopsichico del soggetto, bensì *una sua posizione giuridica* sia pure espressa in termini negativi (ad es. quella di non essere fallito).

⁽¹¹¹⁾ V. CARNELUTTI, *Sistema*, loc. ult. cit. Per il momento, non è il caso di attribuire particolare rilievo a quell'aspetto della teoria del CARNELUTTI, per il quale il rappresentante legale sarebbe da includere, col suo rappresentato, nella figura della cosiddetta « parte complessa » (*Istituzioni*, cit., I, n. 106, p. 103). Ed infatti, a parte quanto avrò occasione di dire in argomento qui basta notare che anche il CARNELUTTI (*Istituzioni*, cit., I, n. 319, p. 288) non manca di osservare che « la presenza della qualità richiesta per attribuire la capacità deve avverarsi nella persona che compie l'atto di parte, sia questa la parte principale, sia un membro delle parte complessa... ».

⁽¹¹²⁾ V. gli Autt. cit. alla nota 97.

⁽¹¹³⁾ Così si è orientato ad es. il legislatore germanico per cui « eine Person ist insoweit prozessfähig, als sie durch Verträge verpflichtet kann » (§ 52, I, ZPO). Cfr. anche il § 1 della ZPO austriaca,

Ora, se l'avere il libero esercizio dei diritti è qualche cosa di più della capacità, in quanto esprime già una posizione giuridica, si deve convenire che in quanto la legge (art. 75 1° comma c.p.c.) fa dipendere la « capacità processuale » o « capacità di stare in giudizio » proprio da codesto libero esercizio dei diritti, ciò che essa legge chiama capacità processuale non può rientrare nella nozione sistematica della capacità, perchè da una posizione di diritto non si può far dipendere il modo di essere di un soggetto, ma soltanto la titolarità di una o più situazioni soggettive.

Che, poi, queste situazioni soggettive siano i poteri processuali, e, tutti insieme, la legittimazione processuale, si deduce agevolmente dal rilievo che la legge si serve, per definire sinteticamente il comportamento così valutato come contenuto di codeste situazioni, di un'espressione (« stare in giudizio ») che palesemente esprime il comportamento di chi è giuridicamente « presente » nel giudizio ossia di chi esercita i poteri processuali.

Si può allora concludere che il 1° comma dell'art. 75 c.p.c. compie l'attribuzione della legittimazione processuale servendosi (impropriamente) della formula della « capacità » processuale ⁽¹¹⁴⁾.

Rispetto a questa c.d. capacità processuale o legittimazione processuale, la sola situazione legittimante è costituita dall'a-

⁽¹¹⁴⁾ Per il rilievo compiuto alla nota precedente, questa conclusione non è ugualmente valida rispetto alla legge germanica, salvo poi a vedere se, con riguardo a quest'ultima, non si possa giungere, in base ad argomenti diversi, ad una conclusione uguale o simile.

A questo proposito, mi limito ad osservare che in molte norme la legge germanica pone sullo stesso piano la *Prozessfähigkeit* e la *Legitimation* del rappresentante processuale (o il suo potere rappresentativo) (§ 56 I; § 274 II n. 7 ecc.) così dimostrando di usare l'espressione *Prozessfähigkeit* come comprensiva anche del concetto di « legittimazione processuale della persona capace ». Solo così si può intendere l'affermazione che si compie in dottrina (ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., p. 211) secondo cui il potere rappresentativo sostituisce la capacità processuale.

Anche nella nostra dottrina talora si osserva che il termine « capacità processuale » è molte volte comprensivo anche della *legitimation ad processum* (cfr. ad es. LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 136).

vere il libero esercizio dei diritti che si fanno valere. Neppure questa situazione rientra nel concetto tecnico di capacità. Comunque se, ferme queste premesse, si vuole esprimere con una formula unitaria la situazione dalla quale dipende la legittimazione processuale e nella quale la vera e propria capacità occupa certamente il maggior posto, è solo rispetto ad essa e col veduto particolare significato che si può convenire di usare l'espressione: capacità processuale.

8. *Individuazione dei soggetti ai quali la legge attribuisce la legittimazione processuale. La possibilità di comportamento processuale per far valere un diritto (anche indipendentemente dalla legittimazione ad agire) come criterio NORMALE di attribuzione della legittimazione processuale ai soggetti dotati del libero esercizio dei diritti.*

Si è finora dimostrato : 1) che la legittimazione processuale come espressione sintetica per designare la titolarità dei poteri processuali, è attribuita dalla legge anche a soggetti di cui non si sa se risulteranno titolari dell'azione (n. 6 in fine); 2) che co-desta attribuzione della legittimazione processuale è compiuta dall'art. 75 1° comma c.p.c. rispetto a coloro che hanno il « libero esercizio dei diritti che si fanno valere ».

Riguardo a queste due conclusioni sorge il quesito di come esse debbano coordinarsi tra di loro, ossia il quesito se dal fatto che la legge fa dipendere la legittimazione processuale dall'avere il libero esercizio dei diritti che si fanno valere si può desumere un criterio per il quale si possa stabilire se, quando e perchè la legittimazione processuale coincide con la legittimazione ad agire.

Quando ebbi occasione di esaminare nei suoi termini generalissimi ⁽¹¹⁵⁾ il fenomeno dell'attribuzione dei poteri da parte

(115) V. le mie *Premesse generali*, cit., n. 20, p. 126 e ss.

della legge, mi fu possibile concludere che indipendentemente da ogni esigenza concettuale o sistematica, ma solo per ragioni di opportunità politica ⁽¹¹⁶⁾, il legislatore *normalmente* attribuisce i poteri agli stessi soggetti che sono titolari dei diritti ai quali codesti poteri si riferiscono; mentre le medesime ragioni di opportunità inducono il legislatore, in certi casi (e specialmente in quelli in cui il titolare dei diritti appare inidoneo al loro esercizio), a seguire un criterio diverso, ossia ad attribuire i poteri ad altri soggetti più idonei ⁽¹¹⁷⁾.

Ora, ricordato (*retro* n. 5) che l'azione è la situazione composita (diritto soggettivo) che include i poteri processuali, si dovrebbe ritenere, da un punto di vista astratto, che se il legislatore si fosse ispirato ai suddetti criteri, avrebbe dovuto attribuire la legittimazione processuale ai titolari dell'azione (legittimati ad agire) se ed in quanto soggettivamente idonei, ossia in quanto capaci.

Mi propongo di dimostrare che le due conclusioni formulate all'inizio di questo paragrafo possono essere precisate e coordinate tra di loro in modo tale da rendere palese che esse costituiscono la risultante dell'applicazione dei criteri generali sopra ricordati con l'adattamento imposto dalle esigenze proprie della tecnica del processo.

La prima di queste esigenze è quella, già ampiamente illustrata, che discende dal fatto che i poteri processuali si incominciano ad esercitare quando ancora non consta dall'esistenza dell'azione ⁽¹¹⁸⁾. Da ciò discende ovviamente che, ove il crite-

⁽¹¹⁶⁾ V. la mia *op. cit.*, p. 128, 129.

⁽¹¹⁷⁾ Anche a questo riguardo non ho che da richiamarmi allo svolgimento compiuto nella mia *op. cit.*, al n. 22, p. 136 e ss.

⁽¹¹⁸⁾ V. per tutti con riguardo ai principali orientamenti in tema di azione, da un lato LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 59 e MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 13; e dall'altro lato CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 190.

Come è noto, non esiste nel nostro ordinamento un *Vorprozess* destinato al controllo sulle condizioni dell'azione. Codesto controllo si svolge contemporaneamente (sia pure con anteriorità logica) al giudizio sul merito, purchè, natural-

rio d'opportunità conducesse il legislatore ad attribuire i poteri processuali al titolare dell'azione, ciò non potrebbe avvenire con riguardo alla titolarità *effettiva* dell'azione stessa (legittimazione ad agire), ma semmai alla sua titolarità *semplicemente eventuale* ⁽¹¹⁹⁾.

La seconda esigenza è quella che ha riguardo al fatto che l'idoneità fisiopsichica del soggetto all'esercizio dei poteri si presenta, per il legislatore processuale, come già valutata con riguardo al diritto sostanziale, dal quale anzi si possono desumere altri elementi che rivelano l'inopportunità dell'attribuzione dei poteri processuali (ad es. quello di essere fallito).

Ora la formula con la quale l'art. 75 1° comma c.p.c. attri-

mente, il controllo dia esito positivo. Se darà esito negativo, la pronuncia di carenza di azione impedirà, ovviamente, la pronuncia sul merito.

Tuttavia anche il controllo sull'esistenza delle condizioni dell'azione, come quello sui presupposti processuali, può costituire oggetto di anticipata rimessione al Collegio ai termini dell'art. 187 3° comma c.p.c., senza che ciò autorizzi a riconoscere autonomia, se non sul piano della pregiudizialità logica, a codesto « processo sul processo » (su cui v. per tutti CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, p. 54; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., I, p. 203; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 69). Ed infatti in questa ipotesi la legge richiede che le parti rimettano al giudice le loro conclusioni anche sul merito (art. 189 c.p.c.).

Per il rilievo che nel nostro attuale processo, il potere del giudice di richiamare l'attenzione delle parti sugli eventuali vizi di costituzione del processo attenua l'importanza dell'autonomia del controllo sui presupposti di tale costituzione, v. MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 22.

⁽¹¹⁹⁾ La dottrina classica conosce, come è noto, il concetto di una azione possibile o affermata, correlativamente a quello di comportamento corrispondente all'esercizio di un'azione possibile: v. CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 191, che parla (come già CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, p. 215) di *azione affermata*, ivi vedendo il significato proprio del termine « causa » usato dalla legge. Con significato non dissimile, nella dottrina germanica del *Rechtsschutzanspruch*, si parla, come è parimenti noto, di *Klagmöglichkeit* (v. per tutti HELLWIG, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, cit., pag. 25 e segg.). Qui peraltro, e come meglio si vedrà più avanti, mi riferisco ad un concetto assai meno qualificato, in quanto, ponendomi dal punto di vista della nozione astratta dell'azione, e così considerando già esistente l'azione solo che sussista l'affermazione di una situazione sostanziale tutelabile, nel concetto in discorso ricomprendo anche i casi in cui manchi del tutto una siffatta affermazione della situazione tutelabile. Per questo motivo preferisco parlare di mera eventualità dell'azione, anzichè di possibilità o di affermazione.

buisce la legittimazione processuale a coloro che hanno il libero esercizio dei diritti che si fanno valere nel processo costituisce precisamente la risultante del sovrapporsi di queste due esigenze al criterio che astrattamente avrebbe dovuto condurre all'attribuzione della legittimazione processuale ai titolari dell'azione in quanto capaci. La prima è soddisfatta nel senso che, anzichè riferirsi alla titolarità (afferмата) del diritto sostanziale, la legge si riferisce genericamente alla disponibilità astratta di diritti che si fanno valere (*quindi anche da chi in ipotesi non se ne affermasse titolare*: v. la nota 119). La seconda è soddisfatta nel senso che, come si è veduto, anzichè riferirsi alla idoneità fisiopsichica, la legge si riferisce alla situazione complessa dell'avere il libero esercizio dei diritti che si fanno valere.

In questo modo, ed in base al significato, così illuminato, della sintetica formula legislativa, si può dunque concludere che la legittimazione processuale è attribuita dalla legge *in via normale* a coloro che si comportano o possono comportarsi come se fossero titolari di un'azione, ma indipendentemente dal fatto che tali siano veramente; ossia a coloro che entrano (o possono entrare) nel processo con la veste di chi fa valere un diritto indipendentemente dall'affermarsene titolare e dall'affermarlo come obbiettivamente tutelabile. La *normalità* di codesto criterio di attribuzione è determinata poi dall'essere il soggetto di cui si tratta nella situazione di avere o meno il libero esercizio del diritto che si fa valere, col significato veduto nel paragrafo precedente.

9. *Segue C). - Attribuzione della legittimazione processuale in via ANORMALE ai rappresentanti legali, ai rappresentanti delle persone giuridiche o a queste per mezzo dei loro organi. Cenni sull'attribuzione convenzionale della legittimazione processuale di rappresentanti volontari. Conclusioni sul conferimento della legittimazione processuale. Po-*

sizione giuridica processuale dei soggetti privi del libero esercizio dei diritti.

Il fenomeno della attribuzione della legittimazione processuale in via anormale ⁽¹²⁰⁾ a soggetti diversi da quelli di cui si vuol esercitare l'azione costituisce oggetto della disciplina dei commi 2°, 3° e 4° dell'art. 75 c.p.c., come passo subito a dimostrare.

Il secondo comma dell'art. 75 si occupa delle persone che non hanno il libero esercizio dei diritti, stabilendo che esse non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate, secondo le norme che regolano la loro capacità.

Si impone, a prima vista, il rilievo che in questa norma l'espressione « stare in giudizio », in quanto riferita all'incapace (chiamo così per brevità, ed in conformità a quanto osservato al termine del n. 7, il soggetto che non ha il libero esercizio dei diritti, salvo tutto quanto osservato, in proposito nel suddetto paragrafo), sembra usata con un significato diverso da quello con cui è usata nel primo comma, ove stava ad indicare il legittimo esercizio della serie dei poteri processuali in funzione dell'esercizio dell'azione ⁽¹²¹⁾.

Tuttavia, quando si esamina più attentamente la formula di questa norma secondo la quale l'incapace non può stare in giudizio *se non rappresentato* ecc., ci si accorge che questa formula costituisce la sintesi di due proposizioni; e cioè: 1) l'incapace *non può* stare in giudizio; 2) l'incapace *può* stare in giudizio

⁽¹²⁰⁾ Mi riferisco, come ben s'intende, alla attribuzione della legittimazione processuale ai rappresentanti legali degli incapaci. Ma poichè anche questa eccezione alla regola generale è il portato di una semplice opportunità legislativa, non mancano esempi di *eccezioni all'eccezione*, come tipicamente accade nel giudizio di interdizione e di inabilitazione (artt. 716 e 718 c.p.c.). V. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, n. 318, p. 288; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 235; MICHELI, *Corso*, cit., II, p. 173, 179.

⁽¹²¹⁾ Ed infatti se questa norma configura lo « stare in giudizio » dell'incapace, ciò che a prima vista lascia perplessi è la difficoltà di conciliare la figura dell'incapacità con lo stare in giudizio come legittimo esercizio di poteri processuali.

in qualità di rappresentato. Da ciò è facile dedurre che in questa norma l'espressione « stare in giudizio » assume due significati diversi: lo « stare in giudizio » puramente e semplicemente e lo « stare in giudizio in qualità di rappresentato ». Il primo dei due significati, non altrimenti qualificato, è quello normale, cioè quello usato nel primo comma, ove sta ad indicare in primo luogo *l'attività* con la quale si esercitano i poteri processuali (e dunque: stare in giudizio « con l'attività »); il secondo, qualificato nel senso che si tratta del modo particolare con cui sta in giudizio il rappresentato, e tenuto presente che è tipico del rappresentato il ricevere gli effetti dell'attività che altri svolge *in suo nome*, può definirsi: *stare in giudizio « col nome »* ⁽¹²²⁾, e può essere ritenuto un significato traslato inteso ad esprimere il fenomeno per il quale lo strumento rappresentativo consente di utilizzare, per produrre effetti in capo ad un determinato soggetto, l'altrui stare in giudizio con l'attività ⁽¹²³⁾.

Se si tiene presente tutto questo, risulta chiaro che la nor-

⁽¹²²⁾ Per la dimostrazione di come questa espressione possa riferirsi anche all'ipotesi del rappresentato che, chiamato a contraddire per mezzo del suo rappresentante, resti inerte (il rilievo, riferito al rappresentante, è in GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 262) v. oltre il n. 12.

⁽¹²³⁾ Questa contrapposizione corrisponde a quella già adombrata dal RE-
DENTI (*Dir. proc. civ.*, cit., I, n. 39, p. 161) che appunto distingue tra lo stare in
giudizio « legalmente » o « per mezzo di altri » e lo stare in giudizio in nome e per
conto altrui. (V. anche CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 238). Ciò che tuttavia
mi induce a preferire la terminologia indicata nel testo è la precisione, assolu-
tamente rigorosa, con la quale il partecipare *col nome* ad uno o più atti giuridici
esprime il ruolo della ricezione degli effetti dell'operato di chi vi partecipa *con la*
attività. Per questo uso tecnico dell'espressione « col nome » e « in nome » cfr.
ROSENBERG, *Stellvertretung*, cit., p. 524; HELLVIG, *System des deutschen Zivilprozess-*
rechts, I, Leipzig, 1921, p. 184; LEONHARD, *Vertretung und Fremdwirkung*, in *Jherings*
Jahrbücher, 86 (1936), p. 1 e ss.; sp. p. 7; MÜLLER-FREIENFELS, *Die vertretung beim*
Rechtsgeschäft, Tübingen, 1955, p. 84. Naturalmente, perchè questo uso del nome
possa assolvere alla sua funzione, occorre che si tratti di un uso legittimo. Il caso
limite contrario è quello del « *Prozessieren unter falschem Namen* » preso in esame
nella breve *Dissertation*, che porta questo titolo, (Hamburg, 1929) del LUKOWSKI,
spec. a p. 9 e ss.

Al n. 11 e al n. 12 si vedranno le utilizzazioni di questo concetto tecnico
dello stare in giudizio col nome.

ma in esame, nell'occuparsi di colui che non può stare in giudizio con l'attività, ma soltanto col nome, non può non occuparsi dell'attività di quel diverso soggetto che, stando in giudizio « con l'attività » consente all'incapace di stare in giudizio col nome, cioè per mezzo dell'attività del suo rappresentante; ossia non può non attribuire a quest'ultimo i poteri processuali il cui esercizio consente all'incapace di stare in giudizio col nome ⁽¹²⁴⁾. Ora, codesta attribuzione di poteri è implicita, ma evidentissima, nella norma in esame, là dove questa enuncia che l'incapace sta in giudizio (*col nome*), rappresentato... secondo le norme che regolano la sua capacità.

Ed infatti, poichè il richiamo alle norme che regolano la capacità è compiuto solo in funzione di precisare ciò che si presuppone perchè l'incapace possa stare in giudizio in qualità di rappresentato (o di assistito o autorizzato, figure che qui per ora non interessano), non è dubbio che le norme richiamate sono quelle che regolano non propriamente la capacità (oltre tutto, sarebbe assurdo parlare di norme che regolano la capacità degli... incapaci), ma piuttosto il modo di ovviare, per mezzo dello strumento rappresentativo, alla loro incapacità ⁽¹²⁵⁾; in altri termini, sono le norme con le quali la legge stabilisce che un determinato soggetto assume la qualità — ricevendo i rela-

⁽¹²⁴⁾ Se stare in giudizio col nome significa ricevere gli effetti dell'altrui attività, è chiaro che la posizione giuridica di colui che sta in giudizio col nome non si definisce se non riguardo anche a quella di chi sta in giudizio con l'attività.

D'altra parte, avendo già dimostrato, in sede di *Premesse generali* (spec. p. 250 e s.) la portata tecnica del richiamo legislativo alla rappresentanza come vera utilizzazione del mezzo tecnico della rappresentanza stessa, il rilievo che questa implica la partecipazione, con un ruolo distinto, di due soggetti diversi (il rappresentante e il rappresentato), induce a respingere il tentativo che si è compiuto assai autorevolmente (CARNELUTTI, da ultimo *Istituzioni*, cit., I, n. 106, p. 103) di risolvere la contrapposizione tra il ruolo dell'incapace e quello del suo rappresentante legale nella asserita attività coordinata di un soggetto unico o organizzazione di persone, quale sarebbe la cosiddetta « parte complessa ». Per queste critiche, v. per tutti CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 239.

⁽¹²⁵⁾ Vien fatto, qui, di ricordare la formula che, a questo riguardo, usa l'art. 2 della LEC spagnola: « los que deban suplir su incapacidad ». Similmente si esprime la legge austriaca: ZPO, § 477 n. 5 e 529 n. 2.

tivi poteri — di rappresentante legale dell'incapace. È allora chiaro, che con la formula in esame, l'art. 75 2° comma, stabilendo che l'incapace sta in giudizio col nome secondo le norme che consentono ad un altro soggetto di esercitare la propria attività in nome dell'incapace, attribuisce a questo altro soggetto il potere di svolgere *anche nel processo* la sua attività in nome dell'incapace; e poichè questo altro soggetto è il rappresentante legale, è ormai evidente la conclusione che la norma in esame contiene l'attribuzione al rappresentante legale dei poteri di stare in giudizio in nome dell'incapace stesso, ossia la legittimazione processuale a stare in giudizio in nome dell'incapace.

La situazione in base alla quale viene compiuta codesta attribuzione di legittimazione, cioè la situazione legittimante, è la qualità di rappresentante legale, così come è attribuita dalle norme del diritto sostanziale ⁽¹²⁶⁾.

Anche il 3° e 4° comma dell'art. 75 presentano una certa duplicità di significato ⁽¹²⁷⁾. In primo luogo, quando si intenda

⁽¹²⁶⁾ Sull'argomento avrò comunque occasione di tornare in seguito.

La conclusione espressa nel testo sarebbe ancora più evidente se si riferisse alla legge germanica ove si dice esplicitamente (§ 51 ZPO) che la rappresentanza processuale delle persone incapaci di stare in giudizio è regolata dalle norme del codice civile che riguardano la rappresentanza legale. (V. HELLWIG, *System*, cit., I, p. 191). Ancora più chiara la stessa conclusione sarebbe rispetto alla legge austriaca (§ 4 ZPO) ove si parla di potere *zur Prozessführung*, che spetta al rappresentante legale.

⁽¹²⁷⁾ Non si tratta più della medesima duplicità rilevata rispetto al 2° comma. Ad escludere ciò (e quindi a contrastare il rilievo della pretesa identità compiuto dal CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., I, p. 104 per un'evidente necessità di coerenza con la sua nozione della c.d. parte complessa come soggetto unico, su cui v. la nota 124) basterebbe il rilievo della differente formulazione letterale della norma, che non contiene la contrapposizione di due diversi modi di stare in giudizio, ma dice semplicemente che la persona giuridica sta in giudizio *per mezzo* di chi la rappresenta.

La duplicità di significato poggia invece sul rilievo che l'espressione agire « per mezzo » di un altro soggetto può essere riferita sia all'utilizzazione dello strumento *rappresentativo*, come anche all'utilizzazione dello strumento *organico*. E già ricordai in sede di *Premesse generali* (p. 141 e ss.) che codesti due strumenti sono profondamente diversi, anche se possa verificarsi il caso — che anzi si veri-

l'espressione « stare in giudizio » nel suo significato normale — che è quello che designa lo *stare in giudizio con l'attività* — la portata sistematica della norma appare assai chiara nel senso che, da un lato, la legge afferma che chi sta in giudizio con l'attività (oltre che col nome) è senz'altro la persona giuridica, o l'ente; e, dall'altro lato, è caratteristica tipica del rapporto organico il consentire alla persona giuridica, o all'ente, di svolgere senz'altro un'attività sua propria, ossia di far sì che il portatore dell'organo possa prestare il comportamento materiale per l'attività giuridica (e quindi non soltanto per i suoi effetti) dell'ente ⁽¹²⁸⁾.

In questo modo il richiamo al concetto di rappresentanza nella formula con la quale la legge designa la persona per mezzo della quale l'ente sta in giudizio va inteso come uno dei non infrequenti usi atecnici del termine ⁽¹²⁹⁾. Sempre in questa ipotesi, la legittimazione ai poteri processuali è attribuita dalla legge direttamente alle persone giuridiche e agli enti, i quali la esercitano per mezzo dei loro organi ⁽¹³⁰⁾. E poichè, come si è veduto, i poteri processuali, sebbene appartenenti allo schema di una eventuale azione, sono dalla legge concessi indipendentemente

fica di frequente — della loro sovrapposizione: quando cioè il portatore o titolare dell'organo sia, in quanto tale, rappresentante dell'ente. D'altra parte questa duplicità di significati, così individuata, non può dirsi esclusa dal fatto che la legge usa l'espressione « chi le rappresenta »; ed infatti, che così dicendo, la legge non abbia affatto voluto escludere l'ipotesi della utilizzazione dello strumento organico, discende sia dalla suddetta frequente sovrapposizione e sia dal rilievo che la ricezione della tecnica della rappresentanza nelle norme del processo civile non esclude affatto che talora nel codice di rito (come del resto accade anche nel codice civile) il termine « rappresentanza » sia usato con un significato non tecnico. Qui si tratta in realtà di una sovrapposizione tra l'uso tecnico e quello non tecnico. Sono i due significati che esaminano singolarmente nel testo.

⁽¹²⁸⁾ V. mie *Premesse generali*, cit., p. 147 e ss. e autori ivi citati.

⁽¹²⁹⁾ REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 161.

⁽¹³⁰⁾ Il CALAMANDREI (*Istituzioni*, cit., II, p. 236) sia pure servendosi del termine « capacità » con quella medesima e denunciata improprietà che è nella legge, pone in rilievo la differenza del meccanismo dello strumento organico, rispetto a quello rappresentativo, deducendone che la persona giuridica ha senz'altro quella che egli chiama « capacità » processuale.

dalla riscontrata titolarità dell'azione stessa, unica situazione legittimante è di regola l'esistenza giuridica dell'ente come soggetto capace di svolgere un'attività giuridica autonoma ed avente il libero esercizio dei diritti che fa valere.

Questa spiegazione sistematica della portata della norma non è tuttavia l'unica ⁽¹³¹⁾. Ed infatti, basta riferirsi all'ipotesi che il richiamo alla rappresentanza sia compiuto col suo significato tecnico, per comprendere subito che la formula dello stare in giudizio usata dalla norma stessa è allora da intendersi con l'altro significato che si è veduto comparire, accanto al primo, nel 2° comma dell'art. 75, ossia col significato dello stare in giudizio *col nome*. Si delinea così una figura simile a quella veduta nel secondo comma. Ed infatti si presenta il contemporaneo stare in giudizio dell'ente (*col nome*) e della persona che la rappresenta (*con l'attività*), sicchè è a quest'ultima che viene attribuita la legittimazione processuale. Ciò, come è noto, si verifica, in pratica, ogni qual volta la legge o gli statuti utilizzano lo strumento rappresentativo per realizzare il commercio giuridico degli enti, e questo anche indipendentemente dal caso più generale della normale utilizzazione dello strumento rappresentativo volontario, e cioè secondo lo schema dell'art. 77.

In quest'ultima norma la legge disciplina l'attribuzione della legittimazione processuale al rappresentante convenzionale. Ma, a differenza dei casi finora esaminati, non ne compie l'attribuzione diretta, limitandosi invece a disciplinare le modalità con le quali questa attribuzione è compiuta dal rappresentato. Contro questo rilievo, che emerge in modo assai piano dalla stessa lettera dell'art. 77, si è autorevolmente opposto la tesi secondo cui i principi generali non potrebbero consentire un'attribuzione convenzionale della legittimazione processuale, sicchè nell'art. 77 si dovrebbe vedere solo un'estensione al campo del processo della qualità di rappresentante convenzionale, estensione

⁽¹³¹⁾ V. la nota 127.

compiuta *dalla legge* anzichè direttamente dalla volontà dell'interessato ⁽¹³²⁾.

Senonchè, a parte il fatto che la suddetta premessa sistematica sulla quale si basa questa tesi, è già in contrasto con una delle conclusioni fondamentali conseguite nelle mie *Premesse generali* (nn. 43, 44, 48), è comunque decisivo il rilievo che la dimostrazione di quella premessa sistematica è interamente imperniata sul presupposto — che già ho avuto occasione di respingere (*retro* n. 6) — che la legittimazione processuale si risolva nella legittimazione ad agire. Solo in base a questo presupposto, infatti, si potrebbe veramente — come si sostiene ⁽¹³³⁾ — desumere dall'art. 81 c.p.c., in quanto implica il divieto della sostituzione processuale volontaria, il divieto della disposizione negoziale della legittimazione processuale. Ma la verità è invece che il fondamento sistematico della indisponibilità negoziale della titolarità dell'azione non può costituire fondamento anche della asserita indisponibilità negoziale dei poteri con i quali si esercita l'azione. Ed infatti, se quel fondamento sta nella funzione di tutela sostanziale che qualifica l'azione come diritto spettante solo a colui che si afferma titolare del diritto che fa valere (*retro* nn. 5, 6), è chiaro che codesta coincidenza tra titolarità affermata del diritto sostanziale e titolarità

⁽¹³²⁾ CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, n. 141, p. 372 e ss.; ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, p. 224. Ma di questo Autore v. ora *Lezioni*, cit., p. 299, ove la rappresentanza volontaria è ricondotta all'autonomia privata.

V. anche gli Autori, citati nella nota che segue.

⁽¹³³⁾ Specialmente CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, p. 373 e ss. V. anche VINCINO, *Sul processo col falso rappresentante*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXII, (1946) I, p. 501 e ss.

In termini dubitativi e assai più generici LIPARI, *Gestione d'affari e rappresentanza processuale*, in *Studi per Chiovenda*, Padova, 1927, p. 516.

Altri autori si richiamano più genericamente all'art. 81 avvicinandolo all'art. 77 c.p.c. (ELIA, *In tema di legittimazione processuale*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVIII (1949), II, p. 113; BRUNETTI, *Gestione d'affari e processo*, in *Foro pad.*, 1950, I, col. 102; GIANNATTASIO, *Instutore e « falsus procurator »*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVII (1948), II, p. 113. Da ultimo anche DE SEMQ, *La gestione di affari altrui*, Padova, 1958, p. 94.

dell'azione non rimane affatto compromessa quando il titolare dell'azione la esercita per mezzo di un rappresentante, sia esso legale o volontario. In quest'ultimo caso, ciò che si trasferisce per via negoziale non è il diritto alla tutela giurisdizionale, che il sistema processuale costruisce come non trasferibile se non insieme col diritto tutelando, ma semplicemente il potere di realizzare con la propria attività lo stare in giudizio col nome del titolare dell'azione. Non sembra dunque corretto desumere dall'art. 81 alcun argomento contro la trasferibilità in via negoziale della legittimazione processuale ⁽¹³⁴⁾.

D'altra parte, la tesi che qui si contrasta urta anche contro la lettera dell'art. 77, ove il potere di stare in giudizio è configurato come oggetto di conferimento « espresso e scritto »; ed è chiaro che questi attributi non possono riguardare che un conferimento convenzionale. Semmai, la questione potrebbe porsi — e si pone — rispetto ai casi per i quali la legge deroga a queste modalità di conferimento; ossia, da un lato, per gli atti urgenti e le misure cautelari, e, dall'altro (art. 77 2° comma c.p.c.), per il procuratore generale del non residente nella Repubblica e per l'institore. Ma anche rispetto a questo particolare problema, del quale mi occuperò nella sede più appropriata (cap. IV., n. 27), credo che la lettera della legge debba essere considerata decisiva nel senso di ribadire che anche in questi casi il conferimento della legittimazione processuale ha natura convenzionale.

Quanto alla situazione di competenza richiesta per il conferente, onde lo si possa dire legittimato al conferimento della legittimazione processuale, qui basta anticipare, rispetto a quanto ampiamente si dirà in seguito, che così come l'attribuzione diretta della legittimazione processuale da parte della legge non dipende dalla effettiva titolarità dell'azione, ma dipende tutta-

(134) Un rilievo non dissimile è compiuto anche dal DENTI, *Gestione d'affari e ratifica processuale*, in *Giur. it.*, 1950, I, col. 905.

via dal fatto che si tratti del soggetto che sta in giudizio per far valere un diritto, anche l'attribuzione della legittimazione a conferire ad altri la legittimazione processuale ha il medesimo collegamento con la eventuale titolarità dell'azione; spetta, cioè, a colui che sta o starà in giudizio (col nome) per far valere un diritto, indipendentemente dalla sua legittimazione ad agire.

Il solo profilo sotto il quale, comunque, viene in rilievo, per ora, l'art. 77 è quello della funzione di questa norma che pone la disciplina del conferimento convenzionale della legittimazione processuale accanto a quella del conferimento legale della stessa legittimazione, contenuto nell'art. 75 ⁽¹³⁵⁾.

La conclusione è dunque che tanto il secondo e il terzo comma dell'art. 75 quanto l'art. 77 completano la funzione essenziale del primo comma dell'art. 75, vale a dire quella di attribuire la legittimazione processuale con riguardo all'esercizio dell'azione a seconda che i soggetti abbiano o non abbiano il libero esercizio dei diritti, e a seconda che intendano disporre negozialmente dei relativi poteri processuali.

Esclusa da questa attribuzione rimane dunque solo la posizione di coloro che non hanno il libero esercizio dei diritti (incapaci processualmente, nel senso veduto al termine del n. 7) in quanto i poteri relativi all'esercizio delle loro (eventuali) azioni sono attribuiti ai rispettivi rappresentanti legali.

Rispetto a questi soggetti non si può tuttavia ritenere la

⁽¹³⁵⁾ La dottrina prevalente suole parlare di legittimazione processuale del rappresentante volontario inquadrandola nei medesimi schemi ed usando la medesima terminologia usata per la rappresentanza legale e per quella cosiddetta organica (V. per tutti, REDENTI, *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 179; e LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 139; MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 173 e ss., 179 e ss.).

Un netto distacco sistematico tra la rappresentanza processuale volontaria e quella legale si riscontra invece nella teoria del CARNELUTTI (*Istituzioni*, cit., I, n. 103, p. 99 e n. 106, p. 103), il quale riserva solo alla prima denominazione di rappresentanza processuale, in quanto, come si è veduto, questo Maestro risolve la seconda nella nozione della parte complessa (retro nota 124), mentre la prima è da lui intesa nel modo particolare che si è veduto nel testo.

sottrazione totale di ogni potere processuale. A parte il fatto che in alcuni casi eccezionali la legge attribuisce proprio agli incapaci, in quanto tali, una particolare legittimazione processuale (ad es. nel giudizio di revoca dell'interdizione, nel procedimento di nomina di un curatore speciale ai termini dell'art. 78 c.p.c.), non sembra dubbio che anche la domanda dell'incapace, pur essendo nulla rispetto alla sua funzione tipica, produce tuttavia l'effetto di fondare il dovere del giudice di dichiarare codesta nullità. Ora, se questo effetto è determinato dalla domanda dell'incapace, si deve ritenere che anche a quest'ultimo spetta un potere generico e puramente formale, e certamente diverso dal potere di proporre la domanda nel suo schema tipico, ma pur sempre potere di rivolgersi al giudice e di provocare una sua pronuncia (sulla invalidità della domanda) ed in questo senso esso trova probabilmente un riscontro nell'ampiezza della formula della Costituzione secondo cui *tutti* possono rivolgersi al giudice ⁽¹³⁶⁾.

10. *Come lo strumento rappresentativo si inserisce nel « funzionamento » della dinamica processuale. A) Aspetti generali del meccanismo di produzione degli effetti nello svolgimento della fattispecie procedimentale.*

Per poter passare a domandarsi come, nel sistema della nostra legge, è regolato il funzionamento dello strumento rappresentativo nel quadro più ampio del funzionamento della macchina processuale è ancora necessario completare, al lume dei risultati finora conseguiti, i cenni iniziali sugli aspetti giu-

⁽¹³⁶⁾ V. retro, note 92 e 93. In questo modo si può anche indicare una spiegazione sistematica per la critica autorevolmente compiuta (ANDRIOLI, *Incapacità di stare in giudizio e condanna alle spese*, in *Dir. giur.*, 1958, 51-52) ad una decisione del Pretore di Matera secondo cui l'attore sfornito di capacità di stare in giudizio non potrebbe essere condannato al pagamento delle spese processuali,

ridici del fenomeno generale del funzionamento del processo, riguardo all'altro aspetto soggettivo della dinamica processuale, ossia *alla legittimazione a ricevere* gli effetti degli atti processuali ⁽¹³⁷⁾: con ciò riferendomi non solo agli effetti ricevuti dalla cosiddetta « altra parte » e, più in generale, dagli altri soggetti del processo, ma anche ed in primo luogo agli effetti che normalmente riguardano la stessa parte che compie gli atti.

Ricordato che la dinamica del processo è interamente affidata all'esercizio dei poteri processuali, ossia agli « atti » introdotti da quei poteri, in quanto sono idonei — insieme con i « fatti » processuali ⁽¹³⁸⁾ — ad introdurre determinati effetti, il punto essenziale sta nel vedere in che consistono questi effetti ed in che modo — ossia in base a quale fenomeno giuridico — codesti effetti realizzano il funzionamento del processo come fenomeno unitario che abbraccia gli effetti dei singoli atti.

Questo meccanismo della produzione degli effetti dei singoli atti e della loro coordinazione reciproca nel quadro unitario del processo ha costituito e costituisce, come è noto, oggetto di cospicui studi da parte della dottrina che, su quella base, ha elaborato una nozione generale del procedimento, operante in ogni ramo del diritto e della quale il processo — o procedimento giurisdizionale — non è che una delle manifestazioni, ancorchè la più caratterizzata ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁷⁾ Su questa nozione della legittimazione a ricevere o legittimazione re-
cettiva, mi permetto di rinviare ancora alle mie *Premesse generali*, cit., spec. p. 129
e ss. In particolare mi riferisco allo schema ivi compiuto (p. 130 e ss.) della
possibile ipotesi di coincidenza (o non coincidenza) tra a) situazione statica, b) po-
tere, c) effetti del suo esercizio (ossia titolarità del diritto soggettivo, legitti-
mazione attiva e legittimazione a ricevere).

Come si vedrà tra poco, le diverse possibilità di combinazione tra i suddetti
tre aspetti soggettivi della dinamica giuridica, si ripresentano puntualmente nel
campo del processo.

Qui va solo posto in particolare risalto che l'espressione « legittimazione a
ricevere » è da me usata nel senso al quale accenno nel testo e che è più ampio di
quello col quale l'espressione stessa è usata dal FALZEA, *Il soggetto*, cit., p. 188
e ss. (v. le mie *Premesse generali*, loc. cit.).

⁽¹³⁸⁾ CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 56, 60.

⁽¹³⁹⁾ Dopo l'elaborazione del concetto di procedimento amministrativo, ac-

Qui non interessa affrontare la vasta problematica che impegna la dottrina nella ricerca di un criterio di distinzione tra il procedimento e le altre fattispecie cosiddette a formazione successiva ⁽¹⁴⁰⁾, e addirittura nella questione di fondo che riguarda la correttezza e la fecondità scientifica della costruzione di questa ampia figura di procedimento, in considerazione delle innegabili peculiarità del processo, il quale dovrebbe offrire il paradigma per quella ampia figura. Tuttavia è proprio con particolare riguardo agli argomenti svolti dalla dottrina impegnata in questa disputa, che mi è possibile riassumere qui nelle sintetiche proposizioni che seguono, gli aspetti rigorosamente giuridici con i quali si realizza, nelle sue grandi linee, il cosiddetto « funzionamento » della dinamica processuale, onde studiare poi come si inserisce in esso il congegno rappresentativo.

1) Gli effetti particolari propri di ciascun atto del pro-

canto al procedimento giurisdizionale (per cui v. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, cit., p. 213; VITTA, *Diritto amministrativo*², I, Torino, 1937, p. 367) mi limito a ricordare i più recenti e importanti studi sul concetto generale di procedimento e sui suoi rapporti col procedimento giurisdizionale o processo; SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, p. 15 e ss.; BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1952, p. 137; ALLORIO, *Diritto processuale tributario*², Torino, 1953, p. 475 e 548; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 697; CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 121 e ss.; GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, cit., p. 87 e ss.; spec. note 99 e 100; FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 861 e ss.

Caratteristica comune di questo moderno orientamento è quella di aver abbandonato i tentativi di inquadrare i multiformi fenomeni procedurali nello schema altamente caratterizzato dato dal processo (per questo orientamento si veda ancora, tuttavia, SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 757 e autori ivi citati; e si vedano anche i tentativi di molti autorevoli processualisti di considerare il procedimento come un settore o una fase del processo): per considerare invece il processo (o procedimento giurisdizionale) come una *species* nel *genus* del procedimento. Per questo orientamento v. per tutti CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 697, e Autori citati; da ultimo CONSO, *op. loc. cit.*, Autt. citt.

Sulla nozione carneluttiana del procedimento come modo dello svolgimento degli atti nel processo, o loro collegamento causale v. del CARNELUTTI, da ultimo *Teoria generale del diritto*, cit., p. 357, e *Diritto e processo*, cit., p. 69.

⁽¹⁴⁰⁾ Su ciò cenni alle note 142, 143, 145 e 146.

cesso e rispetto ai quali si individua anche il potere che lo introduce (v. *retro* n. 3) consistono in una modificazione giuridica *interna* al processo: costituirsi, modificarsi o estinguersi di una (o più) situazioni giuridiche processuali *semplici* (poteri, doveri, facoltà).

2) La proposizione che precede non è contrastata dal fatto che il processo dà luogo ad un effetto unitario. Ed infatti, sebbene si debba ammettere che l'unità del procedimento presuppone la configurazione sua come unica fattispecie in funzione di un unico effetto ⁽¹⁴¹⁾, ciò non implica necessariamente la perdita dell'autonomia giuridica dei singoli atti all'interno di quest'ultima fattispecie. Questa perdita si verificherebbe certamente se il diritto positivo costruisse l'effetto unitario come la conseguenza diretta ed immediata dei singoli comportamenti dei soggetti del processo riuniti tutti insieme e contemporaneamente a svolgere *l'unico* ruolo di comporre la fattispecie unitaria del procedimento. Senonchè, i dati offerti dal diritto positivo, almeno con riguardo al procedimento giurisdizionale, sono assai diversi poichè presentano invece il fenomeno caratteristico della reciproca presupposizione dei singoli atti della serie. E questo non già nel senso che ogni atto comprenda nella sua fattispecie direttamente gli elementi propri della fattispecie dell'atto precedente, ma nel senso che nella fattispecie di ciascun atto, l'atto precedente *entra come atto già compiuto*, ossia *con i suoi effetti* e soltanto con essi ⁽¹⁴²⁾. Tanto basta per riaffermare l'autono-

⁽¹⁴¹⁾ Ed infatti non si potrebbe parlare di fattispecie procedimentale distinta dalle singole fattispecie dei singoli atti che compongono il procedimento, se un unico effetto non fosse preordinato per quella fattispecie (cfr. specialmente da ultimo Conso, *I fatti giuridici*, cit., p. 124; GALEOTTI, *Contributo*, cit., p. 86, 91, 98).

⁽¹⁴²⁾ Si suole dire (V. per tutti RUBINO, *La fattispecie*, cit. p. 43; FALZEA, *Il soggetto*, cit., p. 33; CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 230; SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 45) che nella serie procedimentale, ciascun atto crea il *presupposto* per quello successivo e così via fino all'atto finale. A questo riguardo, è noto che la dottrina disputa se il presupposto debba essere considerato incluso o non incluso nella fattispecie dell'atto successivo; ma la questione perde gran parte del suo significato quando si tenga presente che da un lato coloro che so-

mia di questi ultimi, nonchè degli atti che li determinano e dei poteri che introducono quegli atti ⁽¹⁴³⁾.

3) D'altra parte, l'autonomia dei singoli atti e dei loro effetti non impedisce la visione unitaria del processo riducendolo ad una semplice successione di atti non riuniti dall'effetto finale, vale a dire mortificando quest'ultimo al semplice ruolo di effetto dell'ultimo atto della serie ⁽¹⁴⁴⁾. Contro questa conclusione depone ancora una volta il diritto positivo che offre il dato della *implicazione* dell'effetto di ciascun atto nell'effetto

stengono la tesi affermativa non pretendono affatto che nella fattispecie siano inclusi i fatti della precedente fattispecie i quali, a suo tempo, hanno creato il presupposto, ma soltanto quest'ultimo, inteso come effetto già creato da quei fatti, cioè come qualifica già avvenuta o, a sua volta, come fatto (CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 161; v. anche PUGLIATTI, *Logica e dato positivo in rapporto ad alcuni fenomeni giuridici anomali*, in *Arch. giur.*, 1935, p. 139; RUBINO, *op. loc. cit.*), mentre, dall'altro lato, coloro che sostengono la tesi negativa ammettono che codesto effetto già creato esercita indirettamente la sua azione sulla fattispecie successiva (SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 52) ed anzi precisano che nella categoria dei presupposti si può individuare una sottospecie — i cosiddetti *atti preparatori* — i quali sono caratterizzati dall'essere, dalla legge, espressamente predisposti in funzione della fattispecie successiva (SANDULLI, *op. cit.*, p. 56).

⁽¹⁴³⁾ Ed infatti, se è vero che in questo modo, l'effetto unitario del procedimento coincide con quello che una parte della dottrina chiama « effetto finale » (v. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, p. 92 e ss.; BISCARETTI DI RUFFIA, *La proposta nel diritto pubblico*, Roma, 1936, p. 76; e gli altri Autori citati dal CONSO, *op. cit.*, p. 126, nota 23) e che è l'effetto dell'ultimo atto della serie (il quale però potrebbe anche essere un fatto, come ad es. quello negativo della mancata impugnazione; v. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza*, in *Studi sul proc. civ.*, I, Padova, 1930, p. 208; v. anche MICHELI, *Corso*, cit., I, p. 255), è vero anche che quell'effetto non si produrrebbe se non si fossero verificati gli effetti dei singoli atti; i quali effetti, pur consumandosi ciascuno nel comporre la fattispecie dell'atto successivo, assolvono così ad una funzione autonoma: quella di far sì che l'atto finale possa implicare tutti gli atti precedenti della serie (BENVENUTI, *op. cit.*, p. 126), con la conseguenza che l'effetto di questo atto finale è anche l'effetto di tutta la fattispecie procedimentale che così si presenta come l'atto-totale del Kelsen (*Teoria generale del diritto*, Milano, 1952, p. 201 e ss.) idonea a produrre un risultato unitario (l'atto-totale di cui parla il MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*³, Padova, 1955, p. 204) che costituisce la *versio in unum* dell'intera serie procedimentale ed è l'atto satisfattivo della pubblica funzione (v. da ultimo, GALEOTTI, *Il procedimento*, cit., p. 90 e ss.).

⁽¹⁴⁴⁾ V. la nota precedente.

dell'atto successivo e così via fino all'effetto finale, che pertanto implica gli effetti di tutti gli atti precedenti. Questo e non altro è infatti il fenomeno che si illumina, quando, sulla scorta del diritto positivo, si mette in rilievo che ciascun atto del processo si pone come *atto preparatorio* rispetto a quello che lo segue. Ora, questa scala di reciproca ed intermediata implicazione degli effetti fa sì che l'effetto finale costituisca ad un tempo l'effetto dell'ultimo atto della serie ed anche l'effetto di tutti gli atti della serie, ossia effetto dell'atto totale. Dunque: *effetto finale che è anche effetto totale* ⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ Questa proposizione, il cui significato ho già cercato di porre in luce alla nota 143, mi sembra la più idonea a esprimere in modo sintetico il risultato del prolungato travaglio della dottrina nella ricerca dell'elemento unitario caratteristico della fattispecie procedimentale.

La prima tappa di quel travaglio fu la nota teoria dell'atto-procedimento (v. per tutti FORN, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Ranelletti*, Padova, 1931, I, p. 439 e ss.) contro la quale si oppose e si oppone che con i concetti di atto e di procedimento si colgono aspetti diversi ed eterogenei dell'unico dato reale, in quanto il procedimento appartiene al genere « fattispecie » e non a quello dell'« atto » (v. specialmente GALEOTTI, *Contributo alla teoria del procedimento legislativo*, Milano, 1957, p. 23; ivi ampia bibliografia, spec. a p. 16 e ss.).

Propostosi allora il compito di costruire il procedimento come la fattispecie globale di un particolare tipo di atto e trovatisi pertanto nella necessità di distinguere la fattispecie procedimentale dalle altre fattispecie cosiddette a formazione successiva, la dottrina ha in primo luogo cercato di individuare un effetto proprio della fattispecie procedimentale, e, in secondo luogo, di far leva sulle eventuali particolarità dei rapporti tra quell'effetto e i singoli atti che integrano la fattispecie procedimentale. Senonchè, il tentativo di individuare quell'effetto proprio della fattispecie procedimentale nel cosiddetto *effetto finale* che sarebbe l'effetto prodotto dall'atto finale, ossia dall'ultimo atto della serie procedimentale (v. Autt. citt. dal CONSO, *op. cit.*, p. 126) urta nella difficoltà determinata dal rilievo che, in questo modo, si finisce col porre quest'ultimo atto (che potrebbe anche, oltre tutto, non essere proprio l'ultimo) in una posizione di esclusivo rilievo rispetto all'effetto finale, che trascura tutti i precedenti atti della serie, così rimanendo obliterato il dato essenziale offerto dal diritto positivo, per il quale il procedimento è innanzi tutto un complesso di fatti succedentisi l'un l'altro (CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 126).

Per superare questo ostacolo, si sostiene che l'atto finale, il quale produce l'effetto finale, è a sua volta l'effetto di tutti gli atti precedenti, in quanto viene formato a mano a mano, elemento per elemento (BENVENUTI, *op. cit.*, p. 126); ed è proprio a questo riguardo che si è rilevato da ultimo che, in questo modo,

4) Poichè la dinamica del processo si esprime schematicamente in una serie di passaggi dall'uno all'altro dei « momenti » (da « movimento » secondo l'immaginosa etimologia carnellutiana) del processo stesso; e poichè la realtà giuridica di questi passaggi si condensa nel fenomeno del verificarsi, attraverso la veduta reciproca intermediazione degli effetti propri dei singoli atti (ed eventualmente dei « fatti » processuali, che qui non vengono in rilievo), resta ancora una volta riconfermato che il vero e solo fondamento della dinamica processuale sta nelle situazioni soggettive dinamiche che introducono gli atti, ossia i poteri processuali. Si può riconoscere che anche la valutazione di dovere contribuisce alla dinamica processuale in quanto essa spesso si accompagna a quella di potere, quando si tratta di comportamenti degli organi. Ma non si può convenire nell'attribuire a questo elemento della necessità giuridica un ruolo essenziale nello svolgimento del procedimento, tanto da caratterizzarlo, secondo quanto sostiene una corrente della dottrina ⁽¹⁴⁶⁾. Basti dire che chi sostiene questa opinione o riconosce che l'elemento della doverosità non si presenta sempre, ma

l'atto finale non è più l'ultimo atto della serie, ma l'atto-totale del Kelsen e del Mortati, (Conso, *op. cit.*, p. 128, 129). In questo ordine di idee si è da ultimo decisamente orientato il Galeotti, *op. cit.*, p. 33, nota, p. 74.

⁽¹⁴⁶⁾ Alludo a quegli Autori che, partendo dal rilievo che le vedute caratteristiche formali della fattispecie procedimentale (v. nota 143-145) non bastano a distinguere codesta fattispecie dalle altre fattispecie a formazione successiva, ha tentato di fondare codesta distinzione su un criterio diverso da quello dei rapporti tra l'effetto finale e gli elementi che integrano la fattispecie procedimentale, ossia sulle peculiarità del modo con cui ciascuno degli atti della serie introduce, in termini giuridici, quello successivo (specialmente Conso, *I fatti giuridici*, cit., p. 129 e ss.); codeste peculiarità consisterebbero appunto nella presenza dell'elemento dell'obbligo (Conso, *op. cit.*, p. 132), o dell'onere (Galeotti, *op. cit.*, p. 48 e ss.).

In questa sede, ove non occorre certamente impegnarsi sul problema della distinzione del procedimento dalle altre fattispecie a formazione successiva e dove è possibile limitare l'indagine al campo del procedimento giurisdizionale o processo, mi sia consentito limitarmi ad indicare le ragioni (e per ciò rimando alle due note che seguono) per le quali lo sforzo di cercare la suddetta caratterizzazione nel collegamento tra i singoli atti del procedimento, non può dirsi riuscito.

« almeno una volta » ⁽¹⁴⁷⁾ o è costretto ad ampliare codesto elemento fino a comprendervi la figura dell'onere ⁽¹⁴⁸⁾.

5) Poichè i poteri e le altre situazioni processuali semplici (ivi comprese quelle già esercitate) sono interamente conglobate nella situazione soggettiva composita, ossia nell'azione, gli effetti dei singoli atti operano (col loro stesso operare sulle situazioni processuali semplici, alle quali è affidato il filo della dinamica processuale) anche sull'azione; sempre, che, naturalmente, questa si confermi esistente (per l'ipotesi contraria, v. il paragrafo che segue). Ed infatti, l'azione, mentre viene eserci-

⁽¹⁴⁷⁾ Così CONSO, *op. cit.*, p. 133. Se lo scopo è quello di distinguere dalle altre fattispecie costituite da una serie di atti, un particolare tipo di fattispecie parimenti costituita da una serie di atti, è chiaro che codesta individuazione, se non viene conseguita in base alle caratteristiche di un dato che possa conglobare tutta la serie degli atti (l'effetto della fattispecie complessiva), non può essere conseguita che con riguardo alle relazioni reciproche di *tutti* gli atti della serie: altrimenti non si caratterizza la serie, ma solo una frazione di essa.

⁽¹⁴⁸⁾ GALEOTTI, *op. cit.*, p. 48 e ss. Anche a volersi porre dal punto di vista delle opinioni che accettano la autonomia propriamente giuridica della figura dell'onere (v. comunque retro, nota 47), nessuno può negare (e non la nega neppure l'Autore in discorso), che, quando si parla dell'onere di tenere un determinato comportamento, ci si riferisce ad un impulso o ad uno stimolo verso quel comportamento che trova la sua origine in una valutazione di opportunità interiore al soggetto; mentre la norma, lungi dal formulare un giudizio di necessità rispetto al fatto che il soggetto tenga quel comportamento, si limita a predisporre delle conseguenze per l'ipotesi che quel comportamento venga tenuto o per l'ipotesi che lo stesso comportamento non venga tenuto. Ma per poter dedurre da questa ultima predisposizione di conseguenze un'implicita valutazione di necessità rispetto al comportamento stesso, occorrerebbe poter dimostrare il carattere sanzionatorio di quelle conseguenze, ossia dimostrare che esse siano considerate dalla legge in un rapporto di secondarietà sostitutiva rispetto al comportamento mancato, come reazione dell'ordinamento a quella mancanza. (Su ciò in generale, oltre quanto già detto alla nota 47, v. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 82 e ss.).

Ma è certo che queste caratteristiche, che del resto varrebbero ad introdurre figure di vero e proprio obbligo, facendo così scomparire quella dell'onere, non si presentano affatto riguardo alle conseguenze della mancanza dei cosiddetti oneri processuali. Ed infatti nessuno potrebbe sostenere che l'estinzione del processo (ossia una delle più frequenti conseguenze della mancanza dei comportamenti che si suole qualificare come oneri processuali) sia una reazione secondaria rispetto alla volontà primaria che il processo prosegua. L'ammettere una simile implicita volontà della legge (che il processo prosegua) significherebbe, oltre tutto, negare alle fondamenta il principio dispositivo.

tata con l'esercizio stesso dei poteri che la compongono, si viene per così dire svolgendo nel tempo, ossia viene gradualmente modificandosi contemporaneamente all'esercizio delle situazioni semplici che la compongono.

6) In definitiva, l'azione appare come la situazione giuridica soggettiva composita sulla quale, almeno normalmente, gli atti processuali producono i loro effetti; e pertanto, ove si tratti di effetti destinati a riguardare la medesima parte dalla quale provengono, è la titolarità dell'azione che determina la legittimazione a ricevere codesti effetti ⁽¹⁴⁹⁾; è l'azione che funge da punto di ricezione degli effetti degli atti processuali.

7) La medesima conclusione vale anche con riguardo agli effetti che gli atti del processo producono nei confronti della cosiddetta « altra parte ». Ed infatti, *restando, per ora, all'ipotesi che anche quest'ultima eserciti una sua propria azione* (se è convenuta: domanda riconvenzionale, o di mero accertamento negativo; nelle quali ipotesi, la *legitimatio ad causam* si presenterà come legittimazione a contraddire: su ciò v. la nota 91), sarà questa azione che subirà gli effetti degli atti anche dell'altra parte. Ed ancora, la titolarità di questa azione costituirà la legittimazione a ricevere tali effetti.

8) Indipendentemente dalla determinazione di effetti in capo all'« altra parte », quest'ultima può venire in rilievo anche come semplice elemento soggettivo di perfezione dell'atto, ossia

⁽¹⁴⁹⁾ Come ho già avuto occasione di osservare alla nota 137, il concetto di « legittimazione a ricevere » o « legittimazione recettiva », al quale mi riferisco in questo lavoro, come già nelle mie *Premesse generali* (*loc. cit.* retro alla nota 137) non corrisponde pienamente a quello già posto in luce dal FALZEA, *Il soggetto*, cit., p. 188 e ss., nel senso che, rispetto a quest'ultimo, è più ampio in quanto si riferisce anche al fenomeno della ricezione degli effetti in capo allo stesso soggetto che compie l'atto e non soltanto a quello della normale produzione di effetti in capo ad altri (intersoggettività dei poteri su cui v. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 29). Anzi, lo svolgimento compiuto nelle *Premesse generali* a questo riguardo è particolarmente inteso a porre in luce la normale coincidenza tra la legittimazione a ricevere e la titolarità della situazione statica e composita che, sempre in via normale, include i poteri (*Premesse generali*, spec. p. 130 e ss.).

come *destinatario dell'atto* (o della sua comunicazione), prima ancora che come destinatario di certi effetti dell'atto: ciò accade con riguardo al carattere *recettizio* degli atti processuali, i quali sono destinati ad essere compiuti nei confronti degli altri soggetti del processo, compresa l'«altra parte» qualificata dal diritto positivo secondo determinati criteri (specialmente in base all'art. 102 c.p.c.). Sotto questo profilo, la circostanza che l'atto sia stato compiuto nei confronti del soggetto voluto dalla legge, condizionando la perfezione dell'atto, condiziona l'idoneità sua a produrre ogni genere di effetti in capo a tutti i soggetti del processo.

11. Segue B) *La ricezione degli effetti processuali*: a) *con riguardo alla ipotesi della NORMALE attribuzione della liti-mazione processuale. Lo «stare in giudizio col nome» come legittimazione a ricevere gli effetti degli atti processuali.*

Nel descrivere il fenomeno della ricezione degli effetti degli atti processuali, al quale ho sommariamente accennato ai punti 6° e 7° del paragrafo precedente, mi sono riferito, per comodità di prima individuazione del fenomeno stesso, all'ipotesi in cui l'una e l'altra parte siano titolari di un'azione. Debbo ora prendere in considerazione l'ipotesi in cui l'azione non sussista o non sia esercitata. Con riguardo all'attore, ciò può accadere quando ad es. un soggetto fa valere un diritto che non afferma come spettante a lui (difetto di legittimazione ad agire) o che non afferma come leso o comunque obbiettivamente tutelabile (difetto di interesse ad agire). Con riguardo al convenuto, sebbene una parte della dottrina osservi che, per il solo fatto di essere stato convenuto, un soggetto è legittimato a contraddire e perciò titolare di un'azione⁽¹⁵¹⁾, la realtà è invece che

(151) CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 50; ma vedi anche BETTI, *Dir. proc. civ.*,

codesta legittimazione riguarda una situazione ancora potenziale; più precisamente, non diverrà un'azione se non se ed in quanto venga esercitata (con una domanda riconvenzionale, con la proposizione di eccezioni o con una domanda di mero accertamento negativo ⁽¹⁵²⁾); ciò che potrebbe non accadere (ad es. il convenuto resta inerte, oppure aderisce alla domanda dell'attore, nel quale ultimo caso, si potrà parlare di una sua domanda, ma non di una sua azione) senza alcun ostacolo per il regolare funzionamento del processo e per la pronuncia di un provvedimento anche di merito ⁽¹⁵³⁾.

In questi casi, qual'è la situazione dalla quale dipende la legittimazione a ricevere gli effetti degli atti propri ed altrui, e sulla quale si producono codesti effetti, attesa la carenza di azione?

Con riguardo ai casi in cui, pur mancando l'azione, non manca un comportamento attivo che, almeno dal punto di vista formale, corrisponde a quello dell'esercizio di un'azione — ciò che si verifica in tutti i casi ora in esame, eccezion fatta soltanto per quello del convenuto che resta inerte, di cui mi occuperò tra poco a parte — si può incominciare col formulare l'ipotesi che la situazione che si cerca possa consistere proprio in codesta

cit., p. 158-159; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, pag. 180; e gli altri autori citati dal GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., p. 149; v. poi COSTA, *Manuale di dir. proc. civ.*, cit., p. 150.

⁽¹⁵²⁾ Non occorre, qui, prendere posizione sui complessi problemi che concernono l'autonomia dell'eccezione e, più in generale del comportamento processuale del convenuto rispetto all'azione dell'attore (sui quali v. comunque ESCOBEDO, *L'eccezione in senso sostanziale*, Milano, 1927, p. 49 e ss., e più di recente, MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, cit., p. 361 e ss.). Ciò che qui è decisivo è infatti soltanto il rilievo che anche il convenuto può essere e può non essere titolare di un'azione e che, in ogni caso, questa presuppone un comportamento attivo del convenuto stesso. Su questo requisito del comportamento attivo per l'azione del convenuto v. da ultimo PODETTI, *La concepcion compleja de la accion*, cit., p. 269 e ss. (salve, s'intende, le riserve espresse succintamente nella nota 60 rispetto alla tesi di questo autore).

⁽¹⁵³⁾ V. già HELLWIG, *Klagrecht und Klagmöglichkeit*, cit., p. 49 e nella nostra dottrina più recente, per tutti, ALLORIO, *Diritto processuale tributario*², cit., p. 220. Sulla « domanda » del convenuto che aderisce a quella dell'attore v. CARNELUTTI, da ultimo in *Diritto e processo*, cit., p. 176.

aderenza meramente formale del comportamento processuale allo schema proprio dell'esercizio di un'azione. Occorre allora vedere se la legge offre qualche elemento dal quale si possa desumere un autonomo rilievo per la posizione soggettiva di colui che semplicemente si comporta come se fosse il titolare dell'azione, sul piano puramente formale, e cioè indipendentemente dall'affermarsi titolare del diritto che fa valere o dall'affermare codesto diritto come obbiettivamente tutelabile.

Di colui che formalmente si comporta come titolare di una eventuale azione, la legge — si è veduto — dice che può « stare in giudizio ». Ciò dice con la proposizione normativa (art. 75 1° comma c.p.c.) con la quale gli attribuisce la legittimazione processuale: sicchè non c'è dubbio che, come del resto si è già veduto, lo « stare in giudizio » significa esercitare in qualità di titolare, i poteri processuali. Questo tuttavia non esclude che, atteso il carattere sintetico di codesta formula, idonea ad esprimere globalmente ed unitariamente il comportamento del soggetto nel processo, il legislatore possa essersene servito anche per valutare sotto un altro profilo, ad es. quello della liceità, il comportamento del soggetto formalmente corrispondente all'esercizio dell'azione ⁽¹⁵⁴⁾.

Questa ipotesi, è, a mio parere, confermata da due ordini di considerazioni.

In primo luogo, poichè gli artt. da 91 a 96 c.p.c. si riferiscono genericamente all'attività processuale della parte e non solo specificamente a quella del titolare dell'azione, non sembra dubbio che ciò che da quelle norme si è desunto (*retro*, n. 5) rispetto alla valutazione di non illiceità, e cioè di liceità, del comportamento processuale del titolare dell'azione, anche infondata, vale anche con riguardo al comportamento di colui che

⁽¹⁵⁴⁾ In questa direzione trovo uno spunto che mi sembra assai importante, nel rilievo del CARNACINI, (*Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., p. 698 nota 8 che la parte *con il semplice fatto d'essere in giudizio*, « è parte del tutto, sia dal punto di vista dinamico che da quello statico ».

semplicemente opera formalmente come se fosse o potesse essere titolare dell'azione.

In questo modo, la legge mostra di considerare il comportamento processuale del soggetto, oltre che sul piano dinamico (come attività), anche su quello statico, come comportamento formalmente corrispondente all'esercizio di un'eventuale azione ⁽¹⁵⁵⁾. Che ciò non consenta di parlare, a questo proposito, di diritto soggettivo, e neppure di un'altra meno definita situazione soggettiva composita, discende, a mio parere, dal rilievo che, come ho notato al termine del n. 5, anche rispetto all'azione la valutazione di liceità non sarebbe sufficiente se non avesse riguardo ad un comportamento qualificato sul piano sostanziale, ossia riferito all'interesse ad agire, come suo elemento materiale. Tuttavia, il fatto che la legge esprima il comportamento di cui ora si tratta con una formula che lo descrive in modo unitario, consente di precisare che la valutazione della sua liceità lo prende ormai in considerazione sotto un profilo diverso dal fatto che esso costituisce esercizio dei poteri processuali, e cioè sotto il profilo della mera *eventualità* che esso costituisca esercizio di un diritto soggettivo di azione. Non altrimenti, del resto, si potrebbe spiegare il fatto (che presenta la massima importanza per gli svolgimenti che seguiranno) ⁽¹⁵⁶⁾ che la legge configura una responsabilità per le spese a carico o a favore del soggetto che sta in giudizio, indipendentemente dal fatto che abbia effettivamente esercitato un'azione. Ed infatti, codesta responsabilità, essendo coordinata al dato obbiettivo della soccombenza, — indipendentemente dall'elemento della col-

⁽¹⁵⁵⁾ Cfr. CARNACINI, *op. loc. ult. cit.* Come si vede, riservo il termine più generico « comportamento » per ciò che costituisce oggetto della valutazione statica, mentre riferisco quello più specifico di « attività » al comportamento valutato sul piano dinamico. Ed infatti la migliore dottrina usa il termine « attività » senza distinguere da « atto » (v. per tutti e anche per la critica alle opinioni diverse, CONSO, *I fatti giuridici*, cit., p. 50). In questo ordine di idee, mi sembra appropriato dire *attività* per intendere « serie di atti ».

⁽¹⁵⁶⁾ V. oltre cap. II; n. 16, al richiamo della nota 44.

pa ⁽¹⁵⁷⁾ — non troverebbe fondamento nei comuni principi in tema di responsabilità.

In questo modo, risulta già palese che quando la legge dice che un soggetto « sta in giudizio » in nome proprio, ciò dice non solo per esprimere che egli esercita i poteri processuali, ossia ha la legittimazione processuale, ma *anche* per esprimere che egli assume la posizione giuridica, valutata sul piano della liceità, corrispondente a quella della titolarità dell'eventuale azione, con tutte le conseguenze che ne derivano, compresa quella di fungere da punto di ricezione degli effetti degli atti, o legittimazione a ricevere gli atti stessi.

Questa conclusione trova una precisa conferma di ordine testuale attraverso l'esegesi, già compiuta (al n. 9), del 2° comma dell'art. 75 c.p.c., e dalla quale è emerso che la formulazione di quella norma costituisce la sintesi di due proposizioni, la seconda delle quali suona nel senso che il soggetto che non ha il libero esercizio del diritto che si fa valere può *stare in giudizio in qualità di rappresentato*, ossia in quella qualità che implica la legittimazione a ricevere ⁽¹⁵⁸⁾ e che, proprio per questo motivo, ho chiamato: « *stare in giudizio col nome* » in contrapposizione con lo « *stare in giudizio con l'attività* ». Come si vede, la norma in esame, oltre che offrire una riprova testuale della duplicità di significato — poc'anzi posta in risalto (v. la nota 154) — della formula dello « stare in giudizio », offre anche la conferma che il secondo dei due significati — quello che ora viene in rilievo, vale a dire lo *stare in giudizio col nome* — si risolve essenzialmente nell'assolvere alla funzione tecnica di cui ora si tratta: quella di fungere da punto di ricezione degli effetti degli atti processuali, ossia di qualificare il soggetto come legittimato a ricevere codesti effetti ⁽¹⁵⁹⁾. E, naturalmente, è

⁽¹⁵⁷⁾ V. retro, nota 74.

⁽¹⁵⁸⁾ V. mie *Premesse generali*, cap. II, sez. III, p. 171 e ss. spec. nella definizione a pag. 198. Ma vedi anche, qui retro, note 137 e 149.

⁽¹⁵⁹⁾ V. la nota 123 in questo capitolo.

appena il caso di aggiungere che questa conclusione vale anche per l'ipotesi normale del 1° comma dell'art. 75, ove colui che sta in giudizio col nome è lo stesso soggetto che vi sta con l'attività.

Il solo caso di carenza di azione, che non si può fare rientrare nello schema di un comportamento formalmente conforme all'esercizio di un'azione è quello, sopra accennato, del convenuto che rimane inerte. Ma, a questo riguardo, mi sembra dimostrabile — e, d'altra parte, sufficiente per quanto mi propongo — che *anche del convenuto inerte si può dire che sta in giudizio col nome*. Ciò discende innanzi tutto dal rilievo che la legge (art. 101 c.p.c.) fa dipendere la possibilità di statuire sulla domanda (con efficacia nei confronti del convenuto) da ciò che il convenuto stesso, dopo essere stato affermato come destinatario della (comunicazione della) domanda, sia stato poi, in quanto tale, regolarmente citato, o sia comparso. Codesta regolare citazione (e lasciando da parte il caso della comparizione, che eliminerebbe il problema in discorso) costituisce, d'altra parte, il presupposto non solo per la dichiarazione di contumacia alla quale si riconducono determinate modalità per la validità di certi atti della parte costituita (ad es. notificazione al contumace delle comparse contenenti domande nuove) (art. 292 c.p.c.), ma, ciò che più conta, per la costituzione o per la modificazione di determinati poteri processuali che la legge non manca di conferire espressamente al convenuto inerte (ad es. quello di costituirsi, ai termini dell'art. 293 c.p.c.), con ciò dimostrando palesemente di considerare la presenza nominale del convenuto nel processo, nonostante la sua inerzia, come fondamento di una serie di situazioni processuali semplici (poteri, facoltà). E poichè queste situazioni possono modificarsi o estinguersi a seguito del compimento degli atti del processo ⁽¹⁶⁰⁾

⁽¹⁶⁰⁾ Si pensi al potere di costituirsi che viene a cessare per effetto della rimessione della causa al collegio (art. 293 c.p.c.). E si pensi anche agli effetti interruttivi che determinati eventi che colpiscono la parte contumace possono pro-

non è dubbia la conclusione che anche nel caso del convenuto inerte la legge fa dipendere dalla sua presenza nominale nel processo, ossia dal suo stare in giudizio col nome, la legittimazione a ricevere taluni effetti degli atti precessuali ⁽¹⁶¹⁾.

12. 12. b) *Con riguardo alla ANORMALE attribuzione della legittimazione processuale ad un soggetto diverso da colui che sta in giudizio col nome. Funzionamento dello strumento rappresentativo nel processo sotto il profilo attivo e quello recettivo.*

È ora finalmente possibile esaminare da vicino il meccanismo col quale lo strumento rappresentativo funziona nel processo.

Poichè, a questo punto, è ovviamente necessario avere presente lo schema del funzionamento dello strumento rappresentativo in generale, e poichè, d'altra parte, ebbi già a dimostrare, a conclusione delle *Premesse generali* ⁽¹⁶²⁾, che il modo giuridico con cui quello strumento funziona nel processo non è, nei suoi elementi essenziali, diverso da quello col quale funziona fuori del processo, posso qui limitarmi ad alcuni succinti richiami circa i diversi schemi del funzionamento della rappresentanza in generale.

1) Determinate norme (legali o negoziali) che, con riguardo alla loro specifica natura o funzione, avevo definito strumentali-organizzatorie, conferiscono al rappresentante alcuni

durre in quanto siano notificati o certificati dall'ufficiale giudiziario (art. 300 4° comma c.p.c.). Su ciò v. GARBAGNATI, *In tema di interruzione del processo per fallimento dell'intervento coatto contumace*, in *Giur. it.*, 1949, I, 171.

⁽¹⁶¹⁾ È appena il caso di mettere in rilievo che con questo riferimento alla presenza nominale nel processo anche del convenuto inerte non intendo minimamente riferirmi ad una ipotetica funzione attiva dell'inattività stessa (su ciò v. GIANNOZZI, *Note per un'indagine sull'inattività delle parti nel processo*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, 53), ma semplicemente alla presenza (statica) nel processo in funzione recettiva.

⁽¹⁶²⁾ Pag. 250 e ss.

poteri, che sono propri di quest'ultimo, ma che si modellano interamente (ricalcando tutte le note delle rispettive fattispecie di comportamento) su poteri che spettano effettivamente (nel caso della rappresentanza volontaria), o che spetterebbero astrattamente (nel caso della rappresentanza legale) al rappresentato: sono cioè poteri *secondari* rispetto a quelli primari del rappresentato; questi offrono il modello a quelli e li condizionano ⁽¹⁶³⁾. Tali poteri secondari, in quanto siano esercitati con la *contemplatio* del nome del rappresentato, producono effetti, oltre che, ed eventualmente, in capo a terzi, in primo luogo sulla situazione giuridica del rappresentato stesso, la quale è *normalmente* quella statica e composita del diritto soggettivo (ma potrebbe anche essere diversa o addirittura mancare e così costituirsi *ex novo* con l'esercizio del potere) e che (sempre *in via normale*, e salve le eccezioni) è quella stessa che includeva il potere primario del quale quello secondario ricalca le note. Tra queste modificazioni è quella della costituzione di nuovi poteri (del rappresentato). Ad esempio, se Tizio, rappresentante di Caio, ha acquistato in nome di quest'ultimo, il fondo Corneliano, col farne acquistare la proprietà a Caio, determinerà in quest'ultimo il potere, ad esempio, di locarlo. Chè se, poi, per la legge o per la portata originaria della procura, o per effetto di una nuova procura, il potere rappresentativo di Tizio fosse tale da estendersi ad atti successivi, accadrebbe che nel momento stesso in cui, per effetto del primo atto rappresentativo, in Caio sorgesse il potere (primario) di locare il fondo Corneliano, sorgerebbe anche in Tizio il potere (secondario) riguardante codesta locazione.

2) Assai simile a questo schema è quello che riguarda gli effetti destinati ad investire un terzo, anche quando non opera la rappresentanza. In questo caso la caratteristica secondarietà del potere del rappresentante si manifesta soltanto nel fatto che esso equivale al potere primario del rappresentato nell'idoneità sua a produrre effetti in capo a quel determinato terzo.

⁽¹⁶³⁾ V. mie *Premesse generali*, n. 29 pag. 174 e ss.

3) Nei precedenti due schemi, lo strumento rappresentativo concerne l'aspetto propriamente attivo dell'atto; poichè il suo funzionamento è imperniato sulla *legittimazione attiva* del soggetto che compie l'atto, nel senso che il potere rappresentativo condiziona codesta legittimazione attiva.

Senonchè, il potere rappresentativo può talora condizionare la *legittimazione recettiva* o legittimazione a ricevere gli effetti dell'atto, così dando luogo ad uno schema di funzionamento dello strumento rappresentativo che concerne l'aspetto recettivo (degli effetti) dell'atto. Ciò accade quando, trattandosi di effetti destinati a prodursi in capo ad un terzo, in quanto il relativo atto (recettizio) sia compiuto nei confronti di codesto terzo, la legge equipara al compimento dell'atto nei confronti del terzo, il compimento del medesimo nei confronti del suo rappresentante, in modo che in questo caso la rappresentanza opera come lo strumento per mezzo del quale il terzo (rappresentato) riceve gli effetti dell'atto. In questi casi si suole parlare di *rappresentanza passiva* ⁽¹⁶⁴⁾ o, meglio, *recettiva*.

4) Il funzionamento dello strumento rappresentativo nel suo aspetto recettivo, esaminato nello schema precedente, presuppone naturalmente la validità dell'atto e quindi l'attuazione di tutte le note della relativa fattispecie di comportamento. Ora, se si tiene presente che gli atti destinati a produrre effetti in capo ad un terzo sono per lo più costruiti come recettizi nei confronti di codesto terzo e che, d'altra parte, gli atti recettizi sono caratterizzati da ciò che la relativa fattispecie di comportamento non è realizzata (e quindi essi non sono validi) se non sono compiuti nei confronti del destinatario, ne deriva che quando la

⁽¹⁶⁴⁾ ROSENBERG, *Stellvertretung*, cit., p. 5 e ss.; HELLWIG, *System*, cit., I, pag. 210. Negli accenni compiuti nelle mie *Premesse generali*, cit., p. 213, mi riferivo anche alla possibilità di un fenomeno *diverso*, quello cioè della ricezione come esercizio di un autonomo potere; ossia come atto libero sul « se ». In questo caso anche la ricezione diviene un atto. Nel processo, un esempio di questo tipo si può forse ravvisare nella ricezione della copia dell'atto notificato.

legge equipara il rappresentante del destinatario (di un atto recettizio) al destinatario stesso, la qualità di rappresentante condiziona la validità dell'atto recettizio, ossia la sua idoneità a produrre qualsiasi effetto, prima ancora di condizionare la ricezione degli effetti destinati a prodursi in capo al terzo. In questo modo, anche la qualità di rappresentante del destinatario dell'atto entra nella fattispecie di comportamento propria dell'atto recettizio.

Si tratta ora di vedere, al lume dello svolgimento compiuto nei paragrafi precedenti, come questi diversi schemi di funzionamento dello strumento rappresentativo si adeguano alla tecnica del processo.

1) *Incomincio col primo schema che si potrebbe dire normale o in funzione attiva.* Col conferimento della procura, nei limiti dell'art. 77 c.p.c., oppure semplicemente in base a quelle situazioni — richiamate dall'art. 75 c.p.c. — per le quali, già nel campo sostanziale, la legge conferisce la rappresentanza legale e, ancora, la legge o gli statuti conferiscono la cosiddetta rappresentanza organica, il rappresentante acquisisce il potere di « stare in giudizio » in nome del rappresentato. E poichè questa ultima formula ha, come si è veduto (*retro*, n. 9), in primo luogo la funzione di esprimere sinteticamente la titolarità della serie dei poteri processuali, tanto che corrisponde alla formula della legittimazione processuale, si può dire che, col conferimento del cosiddetto potere di stare in giudizio, il rappresentante processuale acquisisce *in via secondaria* la titolarità della serie (ossia del primo e quindi, via via, di quelli che eventualmente sorgeranno in seguito) dei poteri processuali che spettano (o spetterebbero astrattamente, in caso di rappresentanza legale) in via primaria al rappresentato. Il rappresentante processuale acquisisce così il cosiddetto potere (*rectius*: la serie dei poteri) di stare in giudizio « con l'attività », ossia la legittimazione processuale, mentre il rappresentato — lo si è veduto al

n. 9 e al n. 11 — si limita a stare in giudizio « col nome », eventualmente col ruolo di titolare dell'azione.

Quanto alla ricezione degli effetti dell'esercizio dei singoli poteri rappresentativi processuali (tenendo presente che in questo primo schema si ha riguardo solo agli effetti che normalmente investono la parte che compie gli atti), il funzionamento dello strumento rappresentativo fa sì che codesti effetti investano la posizione giuridica processuale del rappresentato e cioè la sua azione o semplicemente il suo « stare in giudizio col nome » ⁽¹⁶⁵⁾. La investono nel senso che la modificano, nel momento stesso in cui modificano (o costituiscono o estinguono) le situazioni giuridiche processuali semplici — e in primo luogo i poteri — delle quali essa è composta (v. *retro*, n. 5 e n. 11). I nuovi poteri che sorgono come effetto del compimento degli atti da parte del rappresentante appartengono dunque allo « stare in giudizio » del rappresentato. Ma poichè quest'ultimo sta in giudizio soltanto col nome, e non anche con l'attività, le nuove possibilità di comportamento non sorgono, per lui, come poteri (primari) attuali, ossia esercitabili da lui ⁽¹⁶⁶⁾, ma semplice-

⁽¹⁶⁵⁾ Questa formula dello « stare in giudizio col nome » ha una funzione essenziale nel mettere in rilievo il funzionamento dello strumento rappresentativo nel processo. Ed infatti, poichè nella formula dello « stare in giudizio » convergono i due momenti soggettivi della dinamica processuale: quello attivo (*retro*, n. 7) e quello recettivo (*retro*, n. 11) e poichè il distacco tra lo « stare in giudizio con l'attività » e lo « stare in giudizio col nome » esprime proprio il distacco tra quei due momenti ossia la loro riconduzione a soggetti diversi; e poichè, infine, « stare in giudizio col nome » significa tenere o poter tenere nel processo il comportamento del titolare dell'azione, indipendentemente dalla sua esistenza; ne deriva che, secondo il sistema della legge, quando si dice che il rappresentato sta in giudizio col nome si esprime tutto il funzionamento del meccanismo rappresentativo nel processo civile.

Per questo significato tecnico del « nome ». V. gli autori citati alla nota 123, ove anche il rilievo della necessità che l'uso del nome non sia abusivo, che cioè non si tratti di « *Prozessieren unter falschen Namen* ».

⁽¹⁶⁶⁾ Mentre nel caso della rappresentanza legale si tratterebbe sempre ed in ogni caso di poteri configurati come riconducibili al rappresentato solo in via astratta, anche rispetto al caso della rappresentanza convenzionale occorre tener conto del fatto che l'attualità dei poteri processuali di parte presuppone che la « presenza » nel processo sia stata assunta direttamente con l'atto della costituzione in giudizio,

mente come modelli per altrettanti e corrispondenti poteri (secondari) del rappresentante. In questo modo, la legittimazione processuale di quest'ultimo che, come si è ricordato anche poc'anzi, consiste, all'inizio del processo, nella titolarità *attuale* del primo potere della serie dello stare in giudizio con la attività, nonchè nella titolarità *virtuale* dei poteri successivi della serie stessa, si viene svolgendo col graduale passaggio dalla virtualità all'attualità dei singoli poteri, via via che si svolge il processo.

Contemporaneamente si viene svolgendo lo « stare in giudizio col nome » del rappresentato o addirittura l'esercizio della sua eventuale azione. Si viene svolgendo attraverso un continuo gioco di rimbalzi: l'atto del rappresentante modifica la situazione processuale (statica) del rappresentato, per riflettersi subito sulla corrispondente situazione processuale secondaria (dinamica) del rappresentante: l'esercizio di quest'ultima opera poi come la precedente e così per tutto il corso del processo, al termine del quale sarà sempre il rappresentato ad avere acquisito in via primaria gli effetti dei singoli atti e ad acquisirne gli effetti definitivi, compresi quelli che si ripercuotono nel campo sostanziale ⁽¹⁶⁷⁾.

Rispetto al secondo degli schemi di funzionamento dello strumento rappresentativo, poc'anzi ricordato, quello cioè che ha riguardo agli effetti che, anche indipendentemente dalla rappresentanza, si producono in capo ad un terzo, la tecnica dello strumento non è sostanzialmente diversa da quella finora esaminata. Ed infatti, premesso che nel processo i terzi destinatari

⁽¹⁶⁷⁾ Queste conclusioni non sono affatto contrastate dall'art. 94 c.p.c. che prevede la possibilità, *quando sussistano gravi motivi* di una condanna nelle spese a carico del rappresentante. In questa norma il DE MARINI (*La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, p. 151) vuol vedere addirittura l'applicazione di un principio e la riprova che il rappresentante sta in giudizio, *in proprio*, anche se non in proprio nome. Ma che significa agire in proprio? Se non è la stessa cosa dell'« agire in proprio nome », non può significare altro che « agire nell'esercizio di poteri propri ». Quanto poi all'art. 94, esso si spiega con l'eccezionalità sua, posta in risalto dal riferimento ai « gravi motivi ».

degli effetti degli atti sono tutti gli altri soggetti del processo e cioè, oltre al giudice, l'altra parte (o le altre parti); e tenuto anche presente che, almeno nella maggior parte dei casi, gli effetti degli atti del processo si producono contemporaneamente in parte in capo al soggetto che li ha compiuti e in parte in capo agli altri soggetti del processo, la produzione di effetti in capo a questi altri soggetti non è che uno degli aspetti del medesimo fenomeno per il quale gli atti sono compiuti dal rappresentante, anzichè dal rappresentato. Di particolare, c'è solo il fatto che qui si ha riguardo agli effetti che si producono in capo all'*altra parte non rappresentata* in giudizio (salva s'intende, l'ipotesi che anche l'altra parte si serva dello strumento rappresentativo; nel qual caso si avrà il funzionare dello schema ora in esame, contemporaneamente con quello di cui passo ad occuparmi): perciò la ricezione degli effetti non avrà qui nulla di particolare rispetto al normale meccanismo veduto ai nn. 9 e 11.

Il terzo degli schemi sopra richiamati concerne l'aspetto *recettivo* della rappresentanza. Nel processo, la caratteristica di questo schema di funzionamento riguarda, oltre al fatto che ci si riferisce ad effetti destinati a verificarsi in capo all'altra parte (come nello schema precedente), il fatto che *lo strumento rappresentativo è utilizzato dall'altra parte*, ossia quella *legittimata a ricevere* gli effetti, *la quale se ne serve proprio per ricevere codesti effetti*: e cioè utilizzando il meccanismo per il quale l'atto compiuto nei confronti del rappresentante vale come se fosse compiuto nei confronti del rappresentato ⁽¹⁶⁸⁾.

In questo modo, la situazione si presenta in termini rovesciati rispetto a quelli del secondo schema. Chi compie l'atto è la parte che non si serve dello strumento rappresentativo (salva sempre l'ipotesi dell'operare contemporaneo dei due diversi tipi di rappresentanza, in quanto se ne servano l'una e

⁽¹⁶⁸⁾ Cfr. specialmente ROSENBERG, *Stellvertretung*, cit., p. 5 e ss. Questo Autore, con riguardo al carattere recettizio degli atti del processo, sostiene che la rappresentanza passiva dovrebbe avere addirittura un ruolo di primo piano nella figura della rappresentanza processuale (*op. cit.*, p. 3).

l'altra parte insieme); mentre gli effetti sono ricevuti dall'altra parte, ossia quella rappresentata.

Precisato ciò, il fenomeno che si verifica non è diverso da quello esaminato nel primo schema con riguardo alla ricezione degli effetti degli atti. Ed infatti, la particolarità qui sta nel fatto che lo strumento rappresentativo non opera con riguardo al compimento dell'atto, ma solo con riguardo alla ricezione dei suoi effetti, o meglio di una parte dei suoi effetti: quelli, cioè che concernono l'altra parte ⁽¹⁶⁹⁾. Anche qui, dunque, gli effetti in discorso — che sono sempre modificazioni (o costituzioni o estinzioni) di situazioni processuali semplici — investono la parte che si serve dello strumento rappresentativo, nel senso che operano senz'altro sull'azione, o sullo stare in giudizio col nome, *del rappresentato*. E anche qui, le modificazioni subite da questo « stare in giudizio col nome » si traducono subito, sul piano dinamico, in modelli di poteri (primari) per altrettanti e corrispondenti poteri (secondari) del rappresentante.

Quanto ai rilievi poc'anzi compiuti sotto il n. 4, si deve osservare che da essi non emerge affatto lo schema di un funzionamento dello strumento rappresentativo diverso da quello recettivo.

Quei rilievi sono tuttavia assai importanti e meritano già ora una segnalazione autonoma. Ed infatti, atteso che, nel processo, tutti gli atti di parte presentano la caratteristica di essere recettizi o quanto meno di dover essere comunicati o di dover essere compiuti in modo da potere essere conosciuti dalla controparte, ne deriva che quando lo strumento rappresentativo opera, nel processo, secondo lo schema recettivo or ora esaminato, la qualità di rappresentante nel destinatario dell'atto condiziona, prima ancora del meccanismo della ricezione degli effetti, la stessa validità dell'atto. Da ciò la conseguenza che,

⁽¹⁶⁹⁾ Si pensi, ad es. ad una impugnazione compiuta dalla parte rappresentata nei confronti dell'altra: i relativi effetti riguardano la parte rappresentata ed insieme l'altra.

nel processo, anche l'aspetto recettivo della rappresentanza assume rilievo sotto il profilo attivo.

A conclusione di questi svolgimenti si può dunque rilevare da un lato l'insufficienza della comune affermazione secondo cui la rappresentanza nel processo consente la produzione degli effetti in capo al rappresentato⁽¹⁷⁰⁾; mentre, dall'altro lato, si può spiegare tecnicamente questo fenomeno. Si può, cioè, affermare che il funzionamento dello strumento rappresentativo nel processo civile va spiegato non come un fenomeno di straordinaria legittimazione ad agire⁽¹⁷¹⁾, ma come un feno-

(170) V. per tutti l'amplissima trattazione del ROSENBERG, (*Stellvertretung*, cit., spec. p. 919 e ss.), imperniata sul rilievo che l'attività del rappresentante processuale produce i suoi effetti in capo al rappresentato-parte. Rilievo, questo, che, come si è veduto, è certamente vero (a parte le precisazioni che verranno compiute riguardo alla qualità di parte che a mio parere spetta anche al rappresentante), ma che non penetra nel profondo della tecnica giuridica processuale in base alla quale si verifica il fenomeno in discorso.

Le stesse osservazioni valgono per gli autori citati alla nota 172.

(171) È questa la tesi sostenuta specialmente dal GARBAGNATI, (*La sostituzione*, cit., p. 174 e ss.) e dal BARBERO (*La legittimazione ad agire*, cit., p. 50). Per la sua critica tralascio di riportare qui le osservazioni già svolte con riguardo alla inaccettabilità della nozione dell'azione come potere, alla quale questa opinione si riconduce in quanto toglie ogni ragione di distinguere tra legittimazione ad agire e legittimazione processuale (retro, n. 6 e note 87, 94).

Qui mi limito ad aggiungere che questa teoria non offre la spiegazione di un funzionamento veramente processuale della rappresentanza. Ed infatti, quando si parte dal presupposto che il rappresentante sia titolare, sia pure in via straordinaria, di una propria azione, non si lascia margine per la partecipazione al processo del rappresentato al quale si toglie l'unico ruolo di titolare della eventuale azione. In questo modo non si spiega come possa avvenire in capo al rappresentato la ricezione degli effetti dell'esercizio dell'azione, se non fuori del processo, ossia già nel campo degli effetti sostanziali dell'azione. Ma così si delinea una rappresentanza *per mezzo del processo* e non *nel processo*, ossia una rappresentanza di tipo quasi romano-classico, e ci si pone comunque in contrasto col diritto positivo che attribuisce anche al rappresentato un ruolo processuale (art. 75, 2° comma).

Queste osservazioni valgono anche per la teoria del CARNELUTTI (*Istituzioni*, cit., I, n. 103, p. 99) sia pure limitatamente alla rappresentanza volontaria alla quale questo Maestro limita l'istituto della rappresentanza processuale, che per l'appunto spiega come un fenomeno di straordinaria attribuzione dell'azione ad una persona diversa dalla parte in senso materiale. Quanto, poi, al modo diverso col quale il CARNELUTTI spiega la rappresentanza processuale legale risolvendola nella figura della cosiddetta parte complessa, si veda quanto già osservato nelle note 111 e 124.

meno di straordinario distacco della legittimazione processuale dalla posizione di colui che, o come legittimato ad agire o a contraddire, o come presente nominalmente nel processo con la veste formale di chi esercita un'eventuale azione sua, o con quella del soggetto passivo di una eventuale azione altrui, è legittimato a ricevere i corrispondenti effetti degli atti processuali ⁽¹⁷²⁾.

Naturalmente il rigetto delle concezioni ora ricordate implica, a maggior ragione, il rigetto delle teorie, del resto ormai superatissime, con le quali talora si sostenne — specialmente allo scopo di fornire spiegazione dell'intervento adesivo — doversi ravvisare la figura della rappresentanza processuale ogni qual volta un soggetto agisce con riguardo ad un rapporto altrui. V. gli autori citati dal SEGNI, *L'intervento adesivo*, cit., p. 159, e le critiche di questo AUTORE ai *loc. cit.*, e a p. 165, 166.

⁽¹⁷²⁾ La dottrina dominante, con la quale io concordo nel riconoscere la legittimazione processuale al rappresentante, e così nel distinguere il rappresentante dal sostituto, per il rilievo fondamentale che questo, e non il primo, è titolare dell'azione (v. ad es. ALLORIO, *Assicurazione e sostituzione processuale volontaria*, ora in *L'ordinamento*, cit., p. 267, v. anche i cenni del MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 114), non si preoccupa invece di ricondurre alla titolarità dell'azione la legittimazione a ricevere gli effetti degli atti.

Ciò si spiega in quanto la dottrina dominante opera essenzialmente con lo strumento del rapporto processuale e col concetto di parte inteso proprio come titolarità del rapporto processuale. Quest'ultimo, facendo capo al rappresentato, gli attribuirebbe la qualità di parte e sarebbe il punto di ricezione degli effetti dell'attività processuale del rappresentante. (Così CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, p. 245, 247; BETTI, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 98, 128; ZANZUCCHI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, p. 319; CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., II, p. 239; MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 114; LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, p. 136 e ss., 161; MONACCANI, *Legittimazione e azione*, cit., p. 381 e ss.; DI BLASI, *Rappresentanza in giudizio*, cit., p. 1104. Più attenuate, in relazione alle particolarità proprie del modo di intendere i concetti di parte e di azione, le posizioni del REDENTI, *Dir. proc. civ.*, cit., I, n. 39, p. 161; e del SATTA, *Dir. proc. civ.*, cit., p. 71 e ss.).

La dottrina straniera è nettamente orientata nel senso della dottrina dominante italiana (Cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., p. 207 e ss.; HELLWIG, *System*, cit., I, p. 184, 209 e ss.; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 123 e ss.; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 96 e ss.; LENT, *Zivilprozessrecht*, München und Berlin, 1949, p. 60; GUASP, *Derecho procesal civil*, cit., p. 190).

Anche la dottrina francese che, come è noto, è assai più libera dalle premesse dogmatiche sopra ricordate, riconduce la ricezione degli effetti processuali alla qualità di parte del rappresentato. (V. per tutti MOREL, *Traité élémentaire*, cit., p. 268 e ss.).