



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Corso di dottorato in Scienze giuridiche
curriculum di Diritto processuale civile
XXVI ciclo

Tesi di dottorato di ricerca

PER UNA CRITICA DEL PRINCIPIO
IURA NOVIT CURIA
Premesse sistematiche

(IUS/15)

Dottorando:
Marco Rendina

Tutor:
Chiar.mo prof. Augusto Chizzini
Chiar.mo prof. Luigi Paolo Comoglio

Coordinatrici del *curriculum*:
Chiar.ma prof.ssa Maria Francesca Ghirga
Chiar.ma prof.ssa Elena Merlin

Anno Accademico 2013/2014

alla mamma e al babbo

INDICE

PARTE I OGGETTO DEL PROCESSO E QUESTIONE DI DIRITTO

1. Introduzione. Fatto e diritto nel processo tra parti e giudice. Posizione del problema. Non è immaginabile nel mondo giuridico un'affermazione di fatto finalizzata al riconoscimento di un certo effetto in assenza dell'evocazione di un parametro di valutazione che, solo, sia in grado di instaurare un collegamento tra i due. *Iura novit curia* quale principio che, in contrappunto con quello della domanda, dovrebbe delimitare le sfere dei poteri, rispetto alla deduzione del fatto e del diritto, tra le parti ed il giudice. La verifica dell'esistenza di un tale principio, concettualmente autonomo a quello della domanda, in forza delle relazioni che con quest'ultimo instaura inevitabilmente, presuppone un'indagine delle posizioni assunte dall'elaborazione dottrinale rispetto al tema dell'oggetto del processo, così da saggiarne la concreta consistenza nel momento nevralgico della delimitazione della *res in iudicium deducta*, la quale non può che svolgersi in aderenza al principio (di diritto positivo) della domanda.....13
2. Identificazione dell'azione, individuazione dell'oggetto della domanda, oggetto del processo. Soggetti, *petitum* e *causa petendi*, nel rapporto tra fatto e diritto. Piano della presente Parte.....21
- 3.1. Nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di genere. Teorie che definiamo della «individuazione» (o della «fattispecie astratta»), *i.e.*: in cui non si nega l'esistenza di una interazione stretta, in seno allo stesso elemento causale della domanda, tra il fatto inteso in senso materiale (o semplice, o storico) ed il diritto oggettivo, quale parametro, in qualche modo, fondante, di quanto richiesto come diritto soggettivo. Giuseppe Chiovena.....30
- 3.1.1. (*segue*) Emilio Betti.....44

| | |
|--|----|
| 3.1.2. (<i>segue</i>) Ernesto Heinitz..... | 51 |
| 3.2.1. (<i>segue</i>) Nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di genere. Teorie che definiamo della «sostanziazione» (o «materialiste»), <i>i.e.</i> : in cui l'elemento causale viene individuato esclusivamente nel fatto inteso in senso materiale (o semplice, o storico), senza che al diritto oggettivo sia riservato un ruolo nell'identificazione della domanda, la quale, quindi, si determina attraverso il rapporto che s'instaura tra fatto (materiale) e quanto richiesto quale <i>effetto</i> . Cenno sulle teorie che definiamo «riduttiviste». Giancarlo Giannozzi..... | 59 |
| 3.2.1.2. (<i>segue</i>) Eduardo Grasso..... | 68 |
| 3.2.2. (<i>segue</i>) Nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di genere. Teorie che definiamo «riduttiviste», <i>i.e.</i> : in cui l'elemento causale, rappresentato dal fatto inteso in senso materiale (o semplice, o storico) è posto in secondo piano rispetto all'effetto invocato da chi domanda, e la sua funzione è degradata ad esplicarsi sul solo piano <i>strumentale</i> della individualizzazione della situazione giuridica dedotta in giudizio, piuttosto che su quello della sua costituzione. Augusto Cerino Canova. | 81 |
| 3.2.2.1. (<i>segue</i>) Sergio Menchini. Nella ricerca del criterio capace di svolgere la funzione di parametro rispetto al quale risolvere il quesito dell'unità o della pluralità delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio, s'impone il maggior ostacolo, per far fronte al quale le teorie della «sostanziazione» e – seppur in modo differente – quelle definite «riduttiviste», scontano le maggiori incertezze..... | 90 |
| 4. Nei diritti reali di godimento, negli altri diritti assoluti, negli <i>status familiae</i> , nei rapporti giuridici fondamentali, nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di specie. Per tutte quelle situazioni giuridiche in cui la richiesta rivolta al giudice assume un ruolo preponderante, in quanto maggiormente complesso è il suo contenuto, l'allegazione del diritto oggettivo assume un ruolo ineliminabile proprio ai fini dell'individualizzazione del diritto soggettivo rispetto cui s'invoca la tutela..... | 99 |
| 5. Nella tutela costitutiva. Sia che si consideri come suo oggetto il potere | |

esercitato, sia la situazione giuridica incisa, sia, ancora, l'effetto prodotto o l'azione in senso concreto, pur nelle differenti modulazioni rese necessarie dalla dottrina seguita, la questione della vincolatività (o non) dell'allegazione del diritto oggettivo, non rappresenta specifico terreno di discussione; al contrario, ogni teoria, riserva un ruolo particolarmente incisivo alla questione di diritto nella ricostruzione dell'oggetto del processo costitutivo.....114

6. Conclusioni. Ampia parte della dottrina più risalente, al di là delle adesioni formali, ben si rende conto del ruolo svolto dalle allegazioni in diritto nella individuazione della domanda. Anche le tesi che assumono come irrilevante qualsivoglia qualificazione giuridica, valorizzando nella *causa petendi* i soli fatti materiali o, addirittura, escludendo qualsivoglia efficienza individualizzante al profilo causale della richiesta, non giungono al punto da escludere il ruolo dell'allegazione giuridica nelle domande aventi ad oggetto diritti reali di godimento, altri diritti assoluti, *status familiae*, rapporti giuridici fondamentali, diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di specie, nonché, pur con limiti variabili che si atteggiano al contenuto delle varie tesi, nella tutela costitutiva. In via di prima conclusione, si deve ammettere che, nella nostra cultura giuridica, al di fuori delle dichiarazioni di mero principio, non sembra emergere senza contrasti la formulazione di un p. tecnico di portata generale, il quale dispone, dal punto di vista del p. della domanda, che la questione del *diritto* è esclusiva cosa del giudice, e che le allegazioni in diritto non sono in alcun caso per lui vincolanti. Bisogna verificare se un p. di tal fatta trovi invece fondamento in qualche specifica disposizione dell'ordinamento. Transizione.....138

PARTE II FONDAMENTO DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

1.1. Il principio *iura novit curia*, inteso quale conoscenza da parte dell'organo giudicante del diritto oggettivo, viene tradizionalmente ricondotto a due ipotesi concettualmente differenti tra loro: quella della (non esigenza della) prova dell'esistenza e del contenuto del diritto (oggettivo) (da intendersi come conoscenza sia della fonte del diritto, sia

della norma rilevata ed individuata) e quella della (non) vincolatività dell'allegazione giuridica effettuata dalla parte che domanda. Interesse, ai fini del presente studio, del solo secondo profilo.....145

1.2. (*segue*) Autonomia di un profilo rispetto all'altro. Esistenza, in realtà, di due differenti principî, fusi in un unico brocardo tradizionale che non ne facilita la distinzione e la precisa delimitazione. Si pone il problema della verifica della vigenza di ciascuno dei due principî all'interno del nostro ordinamento positivo. La sussistenza del primo potere-dovere in capo al giudice, non predica nulla rispetto alla vigenza del secondo principio.....152

2.1. Non appaiono idonee a fornire una soluzione al quesito della vigenza: la riconduzione del principio *iura novit curia* al contenuto dell'art. 113 c.p.c.160

2.2. (*segue*) ovvero dell'art. 101, co. 2 Cost.169

2.3. (*segue*) e neppure la sua deduzione dall'art. 12 delle preleggi, dagli artt. 2 e 3, l. sulla responsabilità civile dei magistrati, dall'art. 65, ordinamento giudiziario, ovvero dall'art. 384, co. 2 e 4, c.p.c.....178

2.4. (*segue*) né la rispondenza del principio *iura novit curia* all'esigenza generale di realizzazione dell'ordinamento, o, ancora, all'esigenza di uniformità del giudizio su casi identici – che sarebbero soddisfatte tramite la sua vigenza –. La funzione giurisdizionale può esplicarsi solo nei limiti tracciati dalle leggi sostanziali e processuali.182

3. La mancanza di un'esplicita attribuzione del potere secondo i parametri pubblicistici e l'esigenza d'*imparzialità* del giudice, in cui alcuni autori hanno ritenuto di rinvenire il fondamento del p. dispositivo, e dunque il fondamento della necessaria allegazione di parte dei fatti, sembrano fondare valide ragioni di esclusione dei poteri di riqualificazione giuridica in capo al giudice. L'*imparzialità* del giudicante sarebbe infatti non meno turbata nello svolgimento della sua funzione, ove questi potesse attivamente ricercare una norma (su cui nemmeno la parte che invoca la tutela ritiene opportuno svolgere le proprie argomentazioni) capace di fondare la produzione di un effetto *formalmente* coincidente con quello postulato dal domandante nella

propria richiesta.193

4. Conclusioni. I poteri decisori riconosciuti dall'ordinamento al giudice, nella loro massima estensione, sono da rintracciarsi nel principio della domanda (di diritto positivo). Non è corretto, però, dedurre che la domanda di parte sia l'*unico* limite imposto dall'ordinamento all'esplicarsi dei poteri decisori del giudice. Pertanto, non è conseguenza necessaria, l'estensione dei poteri dell'ufficio proprio a partire da dove si arrestano i poteri delle parti rispetto alla fissazione dell'oggetto processuale. In ogni caso, l'*eventuale* accoglimento di una teoria dell'oggetto della domanda giudiziale (e quindi del processo) che ritenesse non rilevante a detti fini l'allegazione giuridica, nonché l'*ipotetica* assenza nel sistema di diversi limiti all'esplicarsi del potere decisorio del giudice che trovassero in altre norme o principi la loro fonte, dimostrerebbe l'esistenza del potere del giudice di applicare norme diverse da quelle allegate – nei ristretti limiti tracciati dalla domanda giudiziale –, ma non dimostrerebbe la vigenza del principio *iura novit curia*. La detta conseguenza pratica confermerebbe, di contro, la vigenza nell'ordinamento del solo principio della domanda. Esistono, tuttavia, i limiti sopra analizzati. Indipendentemente dalla soluzione proposta rispetto all'oggetto del processo, il giudice, allo stato attuale del nostro ordinamento, non ha il potere di accogliere la domanda propositagli per ragioni giuridiche che non siano state invocate dal domandante.....207

BIBLIOGRAFIA.....211

PER UNA CRITICA DEL PRINCIPIO
IURA NOVIT CURIA
Premesse sistematiche

PARTE I

OGGETTO DEL PROCESSO E QUESTIONE DI DIRITTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. Fatto e diritto nel processo tra parti e giudice. Posizione del problema. Non è immaginabile nel mondo giuridico un'affermazione di fatto finalizzata al riconoscimento di un certo effetto in assenza dell'evocazione di un parametro di valutazione che, solo, sia in grado di instaurare un collegamento tra i due. *Iura novit curia* quale principio che, in contrappunto con quello della domanda, dovrebbe delimitare le sfere dei poteri, rispetto alla deduzione del fatto e del diritto, tra le parti ed il giudice. La verifica dell'esistenza di un tale principio, concettualmente autonomo a quello della domanda, in forza delle relazioni che con quest'ultimo instaura inevitabilmente, presuppone un'indagine delle posizioni assunte dall'elaborazione dottrinale rispetto al tema dell'oggetto del processo, così da saggiarne la concreta consistenza nel momento nevralgico della delimitazione della *res in iudicium deducta*, la quale non può che svolgersi in aderenza al principio (di diritto positivo) della domanda. - 2. Identificazione dell'azione, individuazione dell'oggetto della domanda, oggetto del processo. Soggetti, *petitum* e *causa petendi*, nel rapporto tra fatto e diritto. Piano della presente Parte. - 3.1. Nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di genere. Teorie che definiamo della «individuazione» (o della «fattispecie astratta»), *i.e.*: in cui non si nega l'esistenza di una interazione stretta, in seno allo stesso elemento causale della domanda, tra il fatto inteso in senso materiale (o semplice, o storico) ed il diritto oggettivo, quale parametro, in qualche modo, fondante, di quanto richiesto come diritto soggettivo. Giuseppe Chiovenda. - 3.1.1. (*segue*) Emilio Betti. - 3.1.2. (*segue*) Ernesto Heinitz. - 3.2.1 (*segue*) Nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di genere. Teorie che definiamo della «sostanziazione» (o «materialiste»), *i.e.*: in cui l'elemento causale viene individuato esclusivamente nel fatto inteso in senso materiale (o semplice, o storico), senza che al diritto oggettivo sia riservato un ruolo nell'identificazione della domanda, la quale, quindi, si determina

attraverso il rapporto che s'instaura tra fatto (materiale) e quanto richiesto quale *effetto*. Cenno sulle teorie che definiamo «riduttiviste» (rinvio). Giancarlo Giannozzi. - 3.2.1.2 (*segue*) Eduardo Grasso. - 3.2.2. (*segue*) Nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di genere. Teorie che definiamo «riduttiviste», *i.e.*: in cui l'elemento causale, rappresentato dal fatto inteso in senso materiale (o semplice, o storico) è posto in secondo piano rispetto all'effetto invocato da chi domanda, e la sua funzione è degradata ad esplicarsi sul solo piano *strumentale* della individualizzazione della situazione giuridica dedotta in giudizio, piuttosto che su quello della sua costituzione. Augusto Cerino Canova. - 3.2.2.1. (*segue*) Sergio Menchini. Nella ricerca del criterio capace di svolgere la funzione di parametro rispetto al quale risolvere il quesito dell'unità o della pluralità delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio, s'impone il maggior ostacolo, per far fronte al quale le teorie della «sostanziazione» e – seppur in modo differente – quelle definite «riduttiviste», scontano le maggiori incertezze. - 4. Nei diritti reali di godimento, negli altri diritti assoluti, negli *status familiae*, nei rapporti giuridici fondamentali, nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di specie. Per tutte quelle situazioni giuridiche in cui la richiesta rivolta al giudice assume un ruolo preponderante, in quanto maggiormente complesso è il suo contenuto, l'allegazione del diritto oggettivo assume un ruolo ineliminabile proprio ai fini dell'individualizzazione del diritto soggettivo rispetto cui s'invoca la tutela. - 5. Nella tutela costitutiva. Sia che si consideri come suo oggetto il potere esercitato, sia la situazione giuridica incisa, sia, ancora, l'effetto prodotto o l'azione in senso concreto, pur nelle differenti modulazioni rese necessarie dalla dottrina seguita, la questione della vincolatività (o non) dell'allegazione del diritto oggettivo, non rappresenta specifico terreno di discussione; al contrario, ogni teoria, riserva un ruolo particolarmente incisivo alla questione di diritto nella ricostruzione dell'oggetto del processo costitutivo. - 6. Conclusioni. Ampia parte della dottrina più risalente, al di là delle adesioni formali, ben si rende conto del ruolo svolto dalle allegazioni in diritto nella individuazione della domanda. Anche le tesi che assumono come irrilevante qualsivoglia qualificazione giuridica, valorizzando nella *causa petendi* i soli fatti materiali o, addirittura, escludendo qualsivoglia efficienza individualizzante al profilo causale della richiesta, non giungono al punto da escludere il ruolo dell'allegazione giuridica nelle domande aventi ad oggetto diritti reali di godimento, altri diritti assoluti, *status familiae*, rapporti giuridici fondamentali, diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di specie, nonché, pur con limiti variabili che si

atteggiano al contenuto delle varie tesi, nella tutela costitutiva. In via di prima conclusione, si deve ammettere che, nella nostra cultura giuridica, al di fuori delle dichiarazioni di mero principio, non sembra emergere senza contrasti la formulazione di un p. tecnico di portata generale, il quale dispone, dal punto di vista del p. della domanda, che la questione del del *diritto* è esclusiva cosa del giudice, e che le allegazioni in diritto non sono in alcun caso per lui vincolanti. Bisogna verificare se un p. di tal fatta trovi invece fondamento in qualche specifica disposizione dell'ordinamento. Transizione.

* * *

1. Introduzione. Fatto e diritto nel processo tra parti e giudice. Posizione del problema. Non è immaginabile nel mondo giuridico un'affermazione di fatto finalizzata al riconoscimento di un certo effetto in assenza dell'evocazione di un parametro di valutazione che, solo, sia in grado di instaurare un collegamento tra i due. Iura novit curia quale principio che, in contrappunto con quello della domanda, dovrebbe delimitare le sfere dei poteri, rispetto alla deduzione del fatto e del diritto, tra le parti ed il giudice. La verifica dell'esistenza di un tale principio, concettualmente autonomo a quello della domanda, in forza delle relazioni che con quest'ultimo instaura inevitabilmente, presuppone un'indagine delle posizioni assunte dall'elaborazione dottrinale rispetto al tema dell'oggetto del processo, così da saggiarne la concreta consistenza nel momento nevralgico della delimitazione della res in iudicium deducta, la quale non può che svolgersi in aderenza al principio (di diritto positivo) della domanda.

Chi voglia far valere in giudizio un proprio diritto, ha l'onere di proporre domanda ¹. Con la proposizione della domanda, in

¹ «Solo attraverso [le affermazioni della parte] i fatti della causa e la concreta situazione di diritto vengono profilati nel processo e sottoposti alla cognizione del giudice. Esse affermazioni costituiscono il *tramite necessario* attraverso il quale l'ipotetico rapporto o stato giuridico controverso oltrepassa la soglia del processo, viene in questo *introdotto (dedotto)* e diviene

capo al giudice sorge il potere-dovere di decidere su questa.

È proprio nel cuore di questa essenziale correlazione per il processo che fiorisce il problema dell'effettivo equilibrio, potremmo dire, rapporto di forza, tra la posizione della parte che richiede la tutela, ed i poteri che l'ordinamento riconosce all'ufficio giudicante nel plasmare le forme ed i modi in cui questa viene impartita. In tale area ad alta tensione ideologica, si forma il bilanciamento tra ciò che compete alle parti e ciò che compete al giudice.

L'insegnamento tradizionale, di antica e risalente origine, è quello che detta, almeno in apparenza, una chiarissima linea di demarcazione tra la sfera dell'uno e quella delle altre, quasi attribuendo, un po' salomonicamente, al dominio esclusivo delle parti la “questione di fatto” e a quello esclusivo del giudice la “questione di diritto”².

litigioso», così, BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, 213.

² Senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano le posizioni di LIEBMAN, *Sui poteri del giudice nella questione di diritto ed in quella di fatto*, in *La Corte di Cass.*, 1925, 172; ID., *Sul riconoscimento della domanda*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 201, 202; CALAMANDREI, *Diritto consuetudinario in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, II, 120, 121; quella critica di HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 161. Si pensi, poi, al brocardo caro alla tradizione: *da mihi factum, dabo tibi ius*. E' recisamente in contrasto con un'impostazione di questo genere, invece, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, 1, Torino, 1980, 141 nt. 136, il quale, condivisibilmente, afferma che «l'idea che l'attore debba esporre soltanto i fatti ed il giudice possa operarne la sussunzione più adeguata e possa fondarvi la tutela più confacente, tale idea – dunque – relega la posizione dell'attore a quella di chi invoca l'intervento di un'autorità; contraddice così nettamente con l'esistenza di un diritto all'esercizio dell'attività giurisdizionale in ordine ad una determinata situazione soggettiva». Su un piano totalmente diverso, risultano stimolanti, sebbene non condivisibili, le considerazioni di NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva*, Milano, 1964, 156, 158, per il quale «la giuridicità del discorso della parte non è data dalle parole impiegate, ma dal fatto che il soggetto le impiega secondo quello che è il loro significato istituzionale, cioè il significato valido intersoggettivamente. Si può dire che tutta la domanda è insieme

L'appagamento per la sistemazione, però, è destinato ad avere breve durata, sol che si cerchi di coordinarla con gli insegnamenti che si traggono dalle più avvedute analisi aventi ad oggetto la domanda giudiziale, riflesso essa stessa e, a sua volta, fulcro, di quei generali principî del processo che vanno sotto il nome di principio della domanda e principio dispositivo.

Sin dalle prime battute di tali acutissime analisi si evidenzia come la domanda giudiziale rappresenti il veicolo, lo strumento, il mezzo di attivazione della macchina approntata dallo Stato per la tutela dei *diritti*. E allora, la conseguenza inevitabile è proprio quella di affermare, più o meno genericamente, che ciò che per il tramite della domanda giudiziale risulta veicolato (e dunque portato all'attenzione del giudice) è un *diritto soggettivo* di cui la parte agente si afferma titolare nei confronti dell'evocata controparte: essa si afferma titolare di una certa situazione di vantaggio e chiede, al minimo, che tale situazione di vantaggio venga accertata. Di questa constatazione si fa primo assertore il diritto positivo, il quale, in una miriade di disposizioni dedicate al momento nevralgico della deduzione del diritto soggettivo nel processo, proprio a tale situazione soggettiva fa riferimento ³. In un tale contesto, non è ragionevole né possibile pensare che la

giudizio di fatto e giudizio di diritto».

³ Si vedano, invero, i vari e concordanti elementi testuali che emergono dalla lettura delle disposizioni degli artt. 24 Cost., 75, 81, 99, 105, 111 c.p.c., 2907, c.c., sulla cui interpretazione nel senso indicato nel testo v. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 55; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 127; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, VII, Torino, 1991, 66; MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Le recenti riforme del processo civile: valutazioni e prospettive*, Atti del XIX Convegno nazionale, Milano, 1994, 182, 183; *contra*, almeno parzialmente, VERDE, *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 576; DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino, 2008, 1, 31-34. *Adde* riferimenti di cui *infra* nt. 109.

parte possa tendere all'accertamento del verificarsi di una certa successione di fatti materiali ⁴, secondo le modalità da questa esposte; o meglio, considerando il fenomeno dal punto di vista della tutela approntata dallo Stato, che lo strumento processuale sia stato conferito per un tale scopo.

Senza nemmeno addentrarsi nell'analisi del problema, salta agli occhi come la mera questione di fatto altro non sia che uno *strumento*, portato all'attenzione del giudice in quanto si assume che da essa possano scaturire determinati effetti sul piano del giuridico, i quali effetti sono indirizzati a garantire quella situazione di vantaggio per la cui attribuzione si batte chi domanda. La parte, quindi, non narra semplicemente al giudice un fatto, né in definitiva è interessata a che il giudice conosca quel fatto e faccia chiarezza sul medesimo; ciò che la parte afferma e chiede è uno specifico effetto che discende dal fatto.

Quell'effetto, però, è collegato alla situazione di fatto narrata da un elemento predeterminato che opera come presupposto logico alla conclusione, svolta in termini di asserzione, e che crea l'imprescindibile *liaison* tra il fatto e l'effetto. Non è nemmeno immaginabile l'invocazione di un certo effetto, in seguito

⁴ Senza considerare, beninteso, che la parte – in linea del tutto teorica – potrebbe avere interesse nel veder fissato incontrovertibilmente per l'avvenire un certo evento storicamente verificatosi. Resta altrettanto sicuro, però, che, sul piano del giuridico (dunque escludendo l'immaginabile rilievo che potrebbe esservi sul piano del morale o del sociale), l'interesse verso un tale accertamento potrebbe passare solo attraverso una *prognosi* relativa alla rilevanza di quel certo accadimento rispetto alla produzione di effetti giuridici, dunque rispetto alla (possibile) valutazione che una o più norme potranno fare di quel comportamento umano. Dal che si deduce – forse – la ragione per cui l'ordinamento ha optato per una deduzione *esplicita* davanti al giudice del conflitto insorto tra le parti nei suoi termini reali, rispetto quindi alla rappresentata esigenza di un'affermazione attorno al modo di essere della situazione di vantaggio che chi domanda afferma come esistente. Cfr., sul punto, le considerazioni di PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, 51-53; DALFINO, *Questioni di diritto*, cit., 35, 36, 226; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 370-374.

all'asserzione di una stringa di fatti, senza che si ponga in evidenza il momento di collegamento logico-valutativo tra le due affermazioni, e cioè proprio quello della qualificazione giuridica.

Pretendere di far scaturire, *tout court*, da una determinata serie di fatti uno specifico effetto sul piano giuridico, risulta privo di qualsiasi sostenibilità logica. Da questa evidente constatazione, già s'individua una prima incrinatura a quella distinzione in apparenza così rigorosa, per la quale il fatto sta alle parti come il diritto sta al giudice.

Alla luce di queste notazioni preliminari, bisogna *quantomeno* correggere la ricordata – semplicistica – soluzione, per precisare che – al minimo – un poco di diritto sta anche alle parti; perché se sulle parti non gravasse nemmeno un po' dell'onere relativo alla qualificazione giuridica dei fatti allegati, bisognerebbe pacificamente ammettere che le loro asserzioni possano essere del tutto svincolate da qualsivoglia criterio logico, e, così facendo, si eliminerebbe quel requisito, previsto invece dalla legge, che richiede che ad essere oggetto del processo siano proprio *individui* diritti soggettivi. Infatti, nel mondo del giuridico, è da considerarsi strutturale la circostanza che la possibile connessione tra il fatto e l'effetto non possa che passare attraverso l'attribuzione di significato, la *valutazione*, operata dalla norma, sola in grado di conferire coerenza giuridica (e significato) alla congerie fattuale presentata al giudice.

La questione principale, quindi, si trasla su un piano differente rispetto a quello inizialmente immaginato, essendo inevitabile abbandonare i sicuri lidi della determinazione, per avventurarsi nell'incerto mare della relatività – tanto caro al diritto –, e dev'essere così espressa: quanta parte della qualificazione giuridica dei fatti deve essere opera delle parti, e quanta, invece, può essere opera del giudice, nel pieno rispetto dei principî fondamentali che tracciano le strutture portanti (e dunque ineludibili) del nostro processo civile?

Su questo nodo teorico, tanto classico nella dottrina del processo quanto tendenzialmente soggetto a varî allentamenti o

rafforzamenti a seconda delle fasi storiche in cui la soluzione si avvanza – sebbene, in apparenza, nel rispetto immutabile dei medesimi principî – si staglia il principio tralatizio *iura novit curia*.

Esso, quasi come una diga invalicabile, viene invocato quale limite estremo dell'attività delle parti nella questione di diritto, le quali ultime, avanti alla maestà del Giudice, debbono perciò interrompere il loro argomentare petulante⁵ e limitarsi alla presentazione del fatto: al resto penserà l'organo giurisdizionale perché esso “*conosce il diritto*”.

Che il giudice conosca (o, *rectius*, debba conoscere) il diritto, non è questione tendenzialmente messa in dubbio da nessuno; da ciò desumere che il giudice, in quanto conoscitore del diritto,

⁵ Sembra che il brocardo sia inizialmente apparso – pur nella sua forma embrionale – nelle corti superiori del Regno di Francia in periodo tardo medioevale. In tali sedi, gli avvocati «*iura allegantibus*», spesso venivano interrotti e così apostrofati dai giudici: «Venite ad factum, curia satis illa intellegit». A partire da tale tradizione, il motto verrà riportato (ed in parte modificato) da giuristi dei secoli successivi, e giungerà fino ai giorni nostri carico di complessi significati. Cfr. anche le ulteriori brevi notazioni storiche svolte *infra*, Parte II, § 1.1, alle ntt. 5, 6, 7. V., in particolare, AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, 42; SENTÍS MELENDO, *El juez y el derecho*, Buenos Aires, 1957, 13, 14, il quale, però ammonisce (*op. cit.*, 18, 30) circa il fatto che quella del giudice che interrompe l'avvocato, potrebbe essere niente più di una fantasia, in quanto i brocardi non nascono in un momento, ma sono l'espressione di una lenta elaborazione; SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia» e il problema della prova delle leggi straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 45; CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010, 18, 20, il quale evidenzia tale profilo di pratica contingenza, ma, al contempo, segnala il significato di cui essa è stata caricata nell'elaborazione successiva alla sua emersione, in particolare venendo accostata ad un ben più antico insegnamento, risalente al tardo periodo imperiale, ed inserito da Giustiniano nel *Codex*, in base al quale «non dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et iuri publico convenire» (*Codex*, lib. II, tit. X: *Ut quae desunt*); su cui cfr. anche AUGENTI, *op. cit.*, 39, 40; SAPIENZA, *op. cit.*, 42, 43.

abbia il potere-dovere di applicarlo liberamente, è un passaggio logico ulteriore e del tutto diverso.

È financo troppo evidente, invero, come nella questione di diritto – sulla cui effettiva possibilità di distinzione dalla questione di fatto non intendiamo trattenerci – sia necessario separare almeno tre generali momenti tra loro del tutto differenziati secondo una prospettiva concettuale e, cioè, mutuando in parte una terminologia ampiamente diffusa nel campo del fatto: *a*) quello dell'*allegazione* (o *invocazione*, ove riguardato dal punto di vista del giudice); *b*) quello della *prova* (o *conoscenza*); ed, infine, *c*) quello dell'*applicazione* vera e propria ⁶. Non sembra che possa reclamarsi in dubbio che, sebbene sempre intorno alla questione del diritto si stia discorrendo, siano attività completamente distinte: quella di *affermare* la vigenza di una certa disciplina giuridica – quale parametro normativo dell'atto in cui si inserisce (al pari delle affermazioni di fatto) – e che essa sia idonea ad esprimere una valutazione rispetto agli specifici fatti narrati; quella di *fondare il convincimento* del giudice rispetto alla veridicità dell'affermazione (giuridica) effettuata; e quella di *verifica* in concreto della idoneità della regola descritta ad esprimere una valutazione rispetto alla congerie dei fatti narrati dalla parte al solo scopo di produrre quell'effetto invocato ⁷.

Dall'antico brocardo proveniente dalla sapienza giuridica del

⁶ Su cui, cfr., quanto si dirà più diffusamente, *infra*, Parte II, § 1.1.

⁷ Persino la più autorevole e classica dottrina, non ha saputo resistere alla tentazione di ravvisare una certa relazione di esclusione reciproca tra l'allegazione del diritto compiuta dalla parte, e l'effettività del dovere del giudice di applicare la legge nel caso concreto. Lo stesso CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1931, rist. anastatica, vol. I, Milano, 1993, 170, afferma che «né certo può dirsi che il privato possa costringere il giudice ad applicare ad un fatto una norma di legge che non gli si confà»; LIEBMAN, *Sui poteri del giudice nella questione di diritto*, cit., 173, «se il giudice dovesse decidere fra le opposte affermazioni delle parti senza iniziativa propria, la sua attività consisterebbe nel risolvere le controversie da imparziale arbitratore sulla base delle norme che le parti sarebbero riuscite a

diritto comune – che, a ben guardare, ci riferisce qualcosa di consustanziale al ruolo minimo del giudice professionale così come inteso nella coscienza sociale attuale, ancora prima di come sia scolpito dalla disciplina positiva (e cioè quello per cui al potere giudiziario è riconosciuta la legittimazione a dirimere le controversie tra i privati *sulla base* del diritto, proprio *in quanto* i suoi membri sono perfettamente a conoscenza del suo contenuto) – si deduce la regola per cui, in ciascuno dei tre momenti, colui che è investito dell'autorità di decidere abbia la più assoluta libertà.

Nello svolgimento della funzione giurisdizionale, si ritiene che il giudice sia tenuto ad *applicare* la regola *più appropriata* ai fatti narrati (e provati) dalle parti, della cui vigenza non deve richiedere alcuna *prova*, atteso che è per lui doverosa l'applicazione del diritto che egli conosce (o è comunque tenuto a conoscere, e che dunque, all'occorrenza, avrà l'obbligo di apprendere), senza subire alcun limite nelle, eventualmente anche opposte, *allegazioni* effettuate dalle parti, purché tali attività si esplicino nel rispetto dei *limiti fissati dalla domanda*.

Senza al momento trarre alcuna conclusione, certamente si può evidenziare come l'analisi dei rapporti tra il giudice e la legge debba tenere nel debito conto la totale differenza che intercorre tra i tre profili generali in cui può scomporsi l'operazione di attuazione di questa nel processo e come, pertanto, non si possa ravvisare alcun automatismo logico nell'estendere il principio ricordato – il quale altro non postula che la *curia*, intesa quale autorità di emanazione del potere giudiziario ⁸, è a conoscenza del

provare come esistenti»; cfr. anche BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936, 311; nonché le osservazioni di PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965, 18, per il quale «è infatti intuitivo che, se il giudice dovesse limitarsi a giudicare secondo il criterio predeterminato dalle parti attraverso l'allegazione, potrebbe anche essere condotto a giudicare disapplicando le norme di diritto, ogni qualvolta il criterio offerto dalle parti non coincidesse con queste norme».

⁸ Cfr., *si vis*, le considerazioni etimologico-giuridiche svolte da SENTÍS MELENDO, *El juez y el derecho*, cit., 20-23, secondo il quale con «*curia*» non

diritto – dall'ambito della *prova* del diritto a quello dell'*allegazione*.

2. *Identificazione dell'azione, individuazione dell'oggetto della domanda, oggetto del processo. Soggetti, petitum e causa petendi, nel rapporto tra fatto e diritto. Piano della presente Parte.*

In questa Parte, l'attenzione della nostra ricerca sarà dunque incentrata sulla verifica della correttezza dell'estensione del p. *iura novit curia* al campo dei rapporti tra la qualificazione giuridica dei fatti compiuta dalle parti, e la correlativa estensione degli obblighi decisorî che si costituiscono in capo al giudice, in conseguenza della proposizione della domanda.

Tale verifica, quindi, impostata nei termini anzidetti, solo in apparenza è volta a delimitare con precisione l'ambito di operatività del p. in parola – dandone così per ammessa la vigenza in termini precettivi –; essa, in realtà, si propone il ben più modesto obiettivo di comprendere se, al di là delle declamazioni generali, nel nostro ordinamento sia davvero presente una norma che attribuisce al giudice il potere di *accogliere* la domanda sulla base di *allegazioni* in diritto non effettuate da chi agisce, restando impregiudicato il differente problema dell'estensione di volta in volta attribuita all'operare del – certamente vigente – p. della domanda.

Da questa osservazione, però, appare in controluce come strettissimo sia il rapporto tra il problema di nostro interesse e quello differente, ma contiguo, che ha ad oggetto la ricerca ed individuazione della *res in iudicium deducta*, proprio a causa di quell'inevitabile interazione che, nella fissazione di quest'ultima, si determina tra fatto e diritto.

Cosicché, in considerazione dei cenni generalmente fugaci che

possa che intendersi «el conjunto de la comitiva del rey, o de los organos y tribunales en general para el gobierno de una nación».

la riflessione dottrinale ⁹ ha dedicato al profilo problematico enucleato – che raramente si sono spinti oltre all'affermazione della vigenza del p. *iura novit curia*, e alla ritenuta implicazione in termini di libertà del giudice rispetto alla questione di diritto –, è parso particolarmente proficuo svolgere un'attenta indagine delle opinioni che gli autori cimentatisi nello studio dell'oggetto del processo – di converso arato in modo attento e profondo dalla dottrina – hanno dovuto esprimere rispetto al ruolo che la “questione di diritto” svolge nella fissazione dell'oggetto del

⁹ CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 167; ID., *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 1923, 288, 629, 726; BETTI, *Diritto processuale*, cit., 109, 311; HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 145, 160, 161; ID., *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 757, 765; BRUNELLI, voce «*Iura novit curia*», in *Nuovo dig. it.*, VII, Torino, 1938, 474; ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 169; SENTIS MELENDO, *El juez y el derecho*, cit., 72, 80, 95; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 97, 141; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958, 47-51; MICHELI, «*Jura novit curia*», in *Riv. dir. proc.*, 1961, *passim*, in particolare, 577, 579; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 54; pur enunciandone la vigenza solo «in linea di principio», SATTA, voce «*Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*», in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, 825; PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 79, 80; in modo più diffuso del consueto, GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, 105 ss., in particolare, 115-121; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 324, 325; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 188; MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 473; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 244; VERDE, voce «*Domanda (principio della)*. I, *Diritto processuale civile*», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 5; MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 22, 23, 29; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, 3° ed., Padova, 1999, 99, 100; per la Spagna, EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, 2000, 24, 25, 87; CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 125, 126; per il Belgio e la Francia, VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, Bruxelles-Paris, 2004, 339-351; DALFINO, *Questioni di diritto*, cit., 19, 109, 224; CARRATTA-(TARUFFO), sub art. 112 c.p.c., in *Dei poteri del giudice*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011, 77, 93, 165; BARLETTA, *Extra e ultra*

processo.

Va subito chiarito, però, che non esiste una perfetta sovrapposibilità (o meglio, specularità) tra il p. della domanda ed il p. *iura novit curia*, da intendersi cioè nel senso per cui, all'estendersi dell'uno, si ritrae l'altro, a questo contrapposto. Come già detto, esistono interazioni, che operano tuttavia primariamente sul piano delle implicazioni concettuali e, spesso, dei malintesi nati dalla classica trattazione congiunta dei due istituti. È doveroso mettere in luce che le sfere soggettive prese in considerazione nell'analisi sono quelle (contrapposte, ma sotto questo profilo coincidenti) delle parti, da un canto, e del giudice, dall'altro, relativamente al singolo problema dei poteri che a ciascuna competono in relazione all'allegazione del diritto.

Discorso che solo in parte è da ritenersi coincidente con questo (restando, di principio, su altro piano), è invece quello vertente sulla verifica dell'esistenza di poteri attribuiti alla parte rispetto alla questione di diritto i quali, eventualmente, risultano a questa riservati proprio dall'operatività del p. della domanda. In altre parole: l'estensione dei poteri della parte rispetto alla questione di diritto può essere influenzata dalla ricostruzione che si accoglie dell'oggetto della domanda (e, così, del processo); non è vero, però, che il disconoscimento di essi (in tutto o in parte), importi automaticamente l'attribuzione del corrispondente potere al giudice. Tale attribuzione, dunque, deve trovare fonte in qualche norma dell'ordinamento.

Così, ritenere il diritto di proprietà appartenente alla categoria dei diritti autodeterminati ¹⁰, fa escludere che il fatto costitutivo cooperi alla delimitazione dell'oggetto del processo (*i.e.*: alla parte non è attribuito – in forza del p. della domanda – il potere di fissare vincolativamente i fatti su cui il giudice avrà il dovere di pronunciarsi); cionondimeno, detta esclusione *non implica* che al giudice sia attribuito il potere speculare di allegare tali fatti

petizione. Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile, Milano, 2012, 33, 34.

(sebbene essi non determinino l'oggetto della domanda); di converso, se l'operatività del p. della domanda attribuisce alla parte il potere di vincolare il giudice rispetto ad un certo suo elemento (considerato come identificativo del diritto dedotto), in quel caso è certamente da escludersi un contrapposto potere dell'ufficio.

Conto tenuto delle precisazioni testé svolte, restiamo pur convinti che proprio lo svolgimento dell'attenta analisi delle teorie sviluppatesi intorno al tema della identificazione delle azioni, denominazione con cui, nella dottrina italiana, ci si è classicamente riferiti al complesso coacervo di questioni legate all'individuazione dell'oggetto del processo ¹¹, sia da considerare come il punto di partenza per indagare da vicino, oltre le formule stereotipate, gli equilibri fissati, di volta in volta, tra ciò che compete alle parti, quanto alla delimitazione della questione giuridica, e quanto, invece, è lasciato alla libera determinazione del giudicante.

In sostanza – in un certo senso *a contrario* – indagando quelli che sono considerati come gli elementi in grado di condurre alla determinazione dell'oggetto della domanda giudiziale, con

¹⁰ Cfr., con i primi riferimenti al problema, per tutti, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 177 ss., che ha introdotto tale terminologia nel nostro Paese. Nella manualistica più recente, esemplificativamente, v. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2014, 134-138; MANDRIOLI-CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 11° ed., Torino, 2013, 106, 107; LUISSO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, 5° ed., Milano, 2009, 57- 60.

¹¹ Sulla fungibilità dei termini, senza alcun detrimento per la chiarezza concettuale, si è espresso anche CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 32: «parlare di identificazione dell'azione o di oggetto processuale è una variazione meramente nominalistica, che non intacca l'identità dei problemi». Si riferisce alla peculiare evoluzione nella dottrina italiana di tale terminologia, influenzata dai sentieri scientifici da questa storicamente seguiti, DE STEFANO, *Per una teoria dell'oggetto del processo*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1958, 228.

specifica attenzione ai profili in cui sono emerse con maggior forza possibili interazioni tra la sfera del fatto e quella del diritto, ci pare che sia possibile saggiare la sostenibilità dell'idea per cui la qualificazione giuridica dei fatti allegati *non* espliciti vincolatività nei confronti del giudice. L'eventuale emersione, nel corso dell'analisi delle principali correnti dottrinarie, di aree che definiremmo di *frizione*, tra il fatto ed il diritto, ci obbligherà ad ulteriori riflessioni, volte, quindi, ad indagare l'origine del principio ricordato e, soprattutto, il fondamento della sua vigenza all'interno del nostro ordinamento.

Allo specifico fine che ci si prefigge, appare di una certa utilità suddividere l'analisi del pensiero dei varî autori in tre sezioni: la prima, più estesa, che ha riguardo dei processi aventi ad oggetto quei diritti che certamente rinvengono tra i proprî elementi di identificazione quello causale (c.d.: *causa petendi*) – raggruppati nella categoria dei diritti c.d. eterodeterminati – con particolare attenzione a quelle dottrine che, con mero «termin[e] espressiv[o] di determinati problemi»¹², potremmo definire della «sostanziazione»¹³; la seconda, dedicata agli specifici problemi

¹² CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 50.

¹³ Con tale denominazione, cui facciamo ricorso in senso meramente descrittivo, intendiamo riferirci a quelle teorie che, più o meno rigorosamente, ritengono che la *c. petendi* – nella sua accezione classica di elemento di identificazione dell'oggetto del processo – sia costituita dai soli *fatti* intesi quale accadimento materiale, senza alcun ruolo da riservare alla qualificazione giuridica (su tale questione, cfr. brevemente la nt. seguente). Come ammonito da autorevole dottrina ricordata alla nt. precedente, la distinzione tra «individuazione» e «sostanziazione» non ha la capacità di descrivere due contrapposte teorie dell'oggetto del processo, bensì, al limite, di costituire solo una comoda variante lessicale per individuare la soluzione a tipici problemi che la dottrina dell'identificazione delle azioni è stata costretta ad affrontare, nonché una contrapposizione, per macro categorie non chiaramente delimitate, tra due atteggiamenti estremi riguardanti la fissazione del contenuto della *c. petendi*: il primo, che ravvisa la causa nel “rapporto giuridico affermato”, il secondo, per cui essa è rappresentata dalla “allegazione dei fatti” (in questi termini generalissimi, v. HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 146. Cfr. altresì CHIOVENDA, *Principii*, cit., 629, 630;

posti dalla identificazione delle domande giudiziali aventi ad oggetto rapporti giuridici per i quali l'invocazione del diritto è, di principio, elemento della richiesta rivolta al giudice (ci si riferisce, tendenzialmente, ai diritti assoluti e all'accertamento di rapporti giuridici fondamentali); mentre la terza, da ultimo, si occupa dei medesimi profili problematici già ricordati, ma nell'ambito dei processi c.d. costitutivi.

Non appare invece utile ripercorrere l'origine dei tre elementi che tradizionalmente sono stati utilizzati dalla dottrina italiana per

GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 18, 35, 39). L'utilizzo dei due termini, per tanta parte della dottrina, non sembra avere grande utilità oltre i pochi cenni di cui sopra, tanto che delle sedicenti teorie che dietro essi si celerebbero è stata, in varie occasioni, messa in evidenza la conciliabilità (FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 118; GIANNOZZI, *op. cit.*, 41; FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 86; ID., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, 87, nt. 25; MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum»*, cit., 473). Essa ultima "conciliabilità", tuttavia, ci pare sia risultata possibile proprio a causa della continua modulazione e modifica dei concetti sottostanti ai due termini operata dalla riflessione dottrinale, che ha progressivamente sfumato e confuso le opposte formulazioni iniziali. Dato conto di ciò, a nostro modesto avviso, difficilmente si riesce a condividere l'idea che considerare la *c. petendi* come costituita dai «fatti costitutivi», ovvero dal «rapporto giuridico», sia davvero la rappresentazione di «due facce della stessa realtà» purché ci si ponga «rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie (sostanziale) e da quella degli effetti che ne promanano» (FAZZALARI, *loc. cit.*), in quanto, a tacer d'altro, non sembra per nulla automatica l'identificazione tra la postulazione del rapporto giuridico e l'invocazione degli effetti scaturenti dal medesimo; così come, di principio, non sembra senza rilevanza attribuire un certo valore all'allegazione del diritto, nel modo in cui sempre avviene tra i sostenitori italiani della teoria individuazionistica, rispetto alla sua esclusione – come ipotesi stessa della teoria – da parte dei sostenitori della teoria sostanziazionistica in senso stretto (in HEINITZ, *op. ult. cit.*, 153, uno spunto in tale ultima direzione; cfr. anche, NASI, *Disposizione del diritto*, cit., 93 ss.). V. pure HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti*, cit., 759, 765; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande*, cit., 59, nt. 100, nonché ID., *Dell'esercizio dell'azione*, sub art. 99, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1061, 1062; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 46 ss.; RICCI G.F., «Individuazione» o «sostanziazione» nella riforma del processo civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*,

affrontare l'analisi degli innumerevoli istituti del diritto processuale civile¹⁴ che richiedono la soluzione del problema della determinazione dell'oggetto del processo per essere proficuamente trattati¹⁵. Basti solo ricordare che, sulla scorta di una lunga tradizione che affonda le proprie radici nel diritto dell'età intermedia, poi recepita testualmente nella codificazione post unitaria¹⁶, attraverso la quale è giunta sino ai tempi recenti, si sogliono distinguere e considerare autonomamente i celebri *tria: personae, petitum e causa petendi*.

1995, 1227 ss.; GAMBÀ, *Domande senza risposta*, 13-15.

¹⁴ Si pensi, in modo particolare: alla litispendenza, alla modificazione della domanda, al principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, ai limiti oggettivi del giudicato. Cfr., esemplificativamente, CHIOVENDA, *Principii*, cit., 279; HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti*, cit., 758, 764; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 113-117; ID., *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, 450, 456, ove si afferma, correttamente e con estrema linearità e chiarezza, che «è la domanda che imprime l'identità obiettiva del processo e, in virtù della regola di corrispondenza, segna il contenuto essenziale della sentenza: ed è sulla sentenza resa, sulla statuizione ivi pronunciata, che si radica l'autorità del giudicato». Non condivide tale impostazione MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile*, cit., 178, 179, il quale ritiene perfettamente validi atti introduttivi (mediante i quali si propone la domanda) che non individuano il diritto dedotto, e che, quindi, tale individuazione non debba annoverarsi tra i loro requisiti essenziali. Si rimarca sommessamente, tuttavia, come non si riesca a comprendere la conciliabilità di tale affermazione, con la condivisione da parte di M. dell'idea che oggetto del processo (e poi del giudicato) debba essere un diritto soggettivo (*op. ult. cit.*, 183), atteso che, se fosse vera la premessa sulla validità dell'atto introduttivo, ben si potrebbe immaginare un processo in cui è stata proposta una domanda «valida» (sebbene non sia individuato alcun diritto), sulla quale il giudice avrà comunque l'obbligo di pronunciarsi nel merito (foss'anche per rigettarla). Su quale diritto – in mancanza dell'immaginata (e frequente, ma non necessitata) successiva integrazione e precisazione del materiale di causa – si pronuncerà il giudice, sull' (in)esistenza di quale diritto cadrà il vincolo del giudicato? Si potrebbe rispondere – forse – che il giudice si pronuncerà su *tutti* i diritti che sarebbero compatibili con l' «esposizione dei fatti» e con «l'oggetto materiale e/o giuridico della richiesta rivolta al giudice» (*op. ult. cit.*, 179) emergenti dall'atto introduttivo, ma, così facendo, si ammetterebbe che tale atto ha individuato non uno, ma vari diritti; in ogni caso, che li ha – di

Tali elementi, dal sapore evidentemente pratico, e, nella loro semplicità, si potrebbe quasi dire «di buon senso», hanno progressivamente abbandonato l'accezione empirica con la quale sono nati, per assumere un significato dogmatico tanto complesso, quanto cruciale è il ruolo loro riservato nella sistematica del diritto processuale civile. L'importanza dell'argomento, però, non è purtroppo stata accompagnata dall'unità delle vedute ed, in alcuni casi, dall'assoluta chiarezza concettuale delle idee anche, probabilmente, a causa della scarsità ed imprecisione degli elementi normativi sui quali elaborare le teorie, nonché – a nostro modesto avviso, e pur in misura variabile – dell'ipoteca esercitata sull'argomento dal dogma della vigenza, nel nostro ordinamento, del p. *iura novit curia*, nella sua accezione della non vincolatività delle allegazioni in diritto formulate delle parti.

Pur mantenendo fede all'impegno di non voler approfondire il tema, non si può evitare di riferire come i contrasti si siano con maggior forza manifestati nella delimitazione del contenuto del *petitum*¹⁷, e si siano poi acuiti nel tentativo di attribuire un

necessità – individuati. Se così non si rispondesse, allora, la teoria diventerebbe sostenibile solo sul presupposto che nei termini rinvenuti da M. (*op. ult. cit.*, 183, 184), chi domanda compia a favore dell'altra parte l'indispensabile attività di individuazione del diritto, lasciando però insoluto il problema (e con ciò forse dimostrando la sua erroneità) nel caso in cui la individualizzazione non avvenga mai.

¹⁵ Si rinvia a GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 389-392, per una succinta ma interessantissima analisi dei termini essenziali della questione, anche da un punto di vista diacronico.

¹⁶ V. art. 1351 c.c. del 1865 il quale disponeva: «L'autorità della cosa giudicata non ha luogo, se non relativamente a ciò che ha formato il soggetto della sentenza. È necessario che la cosa domandata sia la stessa; che la domanda sia fondata sulla medesima causa; che la domanda sia tra le medesime parti, e proposta da esse e contro di esse nelle medesime qualità».

¹⁷ Nell'economia del presente lavoro, sono sufficienti brevissimi cenni rispetto alla nozione di *petitum* generalmente intesa. Peraltro risulta altresì superfluo (per non dire impossibile) fornire una completa bibliografia sul tema, atteso che ogni manuale e scritto concernente le problematiche che coinvolgono la

significato e un ruolo alla *causa petendi*¹⁸, quest'ultima, da sempre, la nozione più controversa e travagliata.

Dal momento che, nelle più varie modalità e formulazioni, la questione del rapporto tra domanda giudiziale e diritto è stata generalmente affrontata in sede di studio della *c. petendi* – in conseguenza della circostanza che il diritto può, all'evidenza, avere un ruolo individuatore di “ciò che è richiesto dall'attore nel processo” *in via primaria*¹⁹ sotto il profilo della “ragione” (in

nozione di oggetto del processo, inevitabilmente ne dà conto. In ogni caso, può tornare di qualche utilità la rievocazione della distinzione, che già fu di Chiovena, tra *petitum* immediato e *petitum* mediato, ove il primo è rappresentato da ciò che si richiede al giudice sotto forma di provvedimento, finalizzato all'attuazione della legge, mentre il secondo è costituito dall'oggetto materiale al cui conseguimento è coordinata l'attuazione della legge domandata al giudice; così CHIOVENA, *Principii*, cit., 63, 281; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, 2° ed., Napoli, 1935, rist. anastatica, Napoli, 1960, 27, 308, in cui, però, s'introduce una descrizione parzialmente evolutiva dell'oggetto mediato, il quale viene presentato in modo più problematico rispetto a quanto fatto nei *Principii*, come il bene material-giuridico che emerge dalla reciproca interrelazione tra l'oggetto e la causa. Si v., *ex pluribus*, GIANNOZZI, *La modificazione*, cit., 87 ss.; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Milano, 1959, 32 ss.; FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, 88 ss.; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 32 ss., 127 ss.; FERRI, *Struttura del processo*, cit., 87 ss.; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1060; ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 322 ss.; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, 4° ed., Milano, 1980, 174 ss.; ATTARDI, *Diritto processuale*, cit., 129 ss.; GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008, 2-26; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, cit., 130 ss.

¹⁸ Non è possibile, come appena detto, fornire una definizione di *c. petendi* che non sia, da un lato, estremamente parziale, ovvero, dall'altro, pecchi di eccessiva genericità, così da risultare inutile. Nello sviluppo del presente studio, tuttavia, sarà proprio sul profilo causale della domanda giudiziale che si porrà particolare attenzione. Pertanto, si è ritenuto opportuno evitare una elencazione sommaria dei luoghi, e si è preferito, piuttosto, rinviare alle indicazioni ben più dettagliate che si forniranno nel prosieguo.

¹⁹ Si richiama il rilievo effettuato da GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 89, nella cui ricostruzione si evidenzia come in alcuni casi la

senso del tutto atecnico), del fondamento, appunto della “*causa*”, della detta richiesta – sarà proprio dallo studio di tale elemento (ove ad esso si faccia ricorso) che si prenderanno le mosse nell'analisi che segue.

3.1. *Nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di genere. Teorie che definiamo della «individuazione» (o della «fattispecie astratta»), i.e.: in cui non si nega l'esistenza di una interazione stretta, in seno allo stesso elemento causale della domanda, tra il fatto inteso in senso materiale (o semplice, o storico) ed il diritto oggettivo, quale parametro, in qualche modo, fondante, di quanto richiesto come diritto soggettivo. Giuseppe Chiovenda.*

Già Giuseppe Chiovenda, nel suo celebre scritto avente ad oggetto il tema dell'identificazione delle azioni, dedica varie pagine della sua trattazione alla delimitazione e descrizione della nozione di *c. petendi*; l'insuperato Maestro ben si rende conto di come si condensino attorno a tale concetto i maggiori problemi, in primo luogo per la posizione di confine che essa assume tra il territorio del fatto e quello del diritto. E questo è tanto chiaro, che tosto nello scritto viene introdotta la nozione di «fatto giuridico», in contrapposizione a quella di «fatto semplice» o di «motivo». La *c. petendi* è un fatto giuridico²⁰, cioè un fatto naturale o, meglio,

questione della qualificazione giuridica divenga rilevante anche per l'individuazione del *petitum*: «La dimostrazione vale a chiarire, soprattutto per quanto riguarda le azioni costitutive e quelle di mero accertamento, come il *fatto giuridico* (affermato *materialmente* nella *causa petendi*) si riproponga *interamente nel petitum* (dove si chiede che *venga dichiarato giuridicamente esistente*); [...]. In ogni caso un mutamento della *causa petendi* sarebbe anche un mutamento del *petitum*».

²⁰ V. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 162 e quanto ribadito in ID., *Principii*, cit., 266. Ancora, con una definizione molto vicina a quella ricordata nel testo, v. ID., *Istituzioni*, cit., 5, ove si legge che «diconsi *fatti giuridici* questi fatti da cui deriva l'esistenza, la modificazione o la cessazione di una volontà concreta di legge: e come tali distinguendosi dai *fatti semplici* o *motivi*, i quali hanno importanza per il diritto solo in quanto possono servire

una serie di fatti, dai quali discendono effetti giuridici ²¹.

A prima lettura la questione sembra ben poco spinosa, in particolare ove la si interpretasse nel senso di dire che è “giuridico”, qualsiasi fatto materiale da cui possono sorgere specifici effetti, in quanto esso è capace di «porre in moto» una norma di legge. Ma tale ricostruzione, in apparenza cristallina, richiede qualche supplemento di approfondimento, quando ci si riferisce ad alcuni esempi, ed in particolare al caso

a provare l'esistenza di un fatto giuridico». Sulla distinzione tra fatto semplice e fatto giuridico, v. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale*, cit., 173; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 17, 26. Una generale critica all'indeterminatezza della nozione di “fatto giuridico”, si può trovare in HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 148, 149. E' forse opportuno rimarcare che autorevole dottrina (CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 17) ha rilevato come dalle varie formulazioni della teoria chiovendiana dell'identificazione delle azioni, non emerga in modo del tutto chiaro quale sia l'accezione nella quale la *c. petendi* è intesa dal Maestro: *i.e.* se come «accadimento storico affermato» dall'attore, ovvero come «fattispecie legale di una norma positiva» (la quale ultima viene poi assimilata al «riferimento ad un rapporto di diritto e corrisponde ad un preciso paradigma normativo». Cfr., ancora sulla questione terminologica, anche, *op. ult. cit.*, 35, ove si parla di «situazione giuridica affermata» in opposizione a «fatto giuridico dedotto»). Noi non siamo del tutto d'accordo con l'idea che “accadimento storico” sia sinonimo di “fatto giuridico” e che “fattispecie legale” possa essere interscambiato con “situazione giuridica affermata”. Ci sembra, piuttosto, che “accadimento storico” sia sinonimo, nel linguaggio di Chiovenda, di “fatto semplice”, che “situazione giuridica affermata” possa essere maggiormente avvicicabile al chiovendiano “rapporto giuridico” evocato solo nelle *Istituzioni* (su cui v. nt. seguente), infine, che “fatto giuridico” sia qualcosa di ancora differente rispetto ad entrambe le precedenti nozioni e che risulti più avvicicabile al concetto di “elemento di fattispecie legale” (su questo punto, v. nel testo). Sulla distinzione tra le due storicamente diverse concezioni della *c. petendi*, v., succintamente, anche GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 31, 32.

²¹ Bisogna però dare atto del fatto che, nel passaggio dai *Principii* alle *Istituzioni*, Chiovenda ha effettuato qualche modificazione terminologica e, forse, anche un lieve slittamento concettuale. In particolare, in linea generale, non si ripropone più la formula per cui «la *causa petendi* è il fatto costitutivo dell'azione» (*Principii*, 283), ma si afferma più genericamente che «il concetto di *causa petendi* è complesso. Esso indica il *fondamento*, la *ragione* d'una

giurisprudenziale che diede occasione alla storica nota ²².

È “fatto giuridico” – in primo luogo ed in modo consistente con la definizione appena fornita – una certa dichiarazione negoziale quando da questa discendono determinati effetti; sicché risultano “fatti giuridici” diversi tra loro quelli rappresentati da due dichiarazioni di volontà aventi un contenuto diverso: una, quella di cedere l' «eredità materna», l'altra, quella di cedere «tutti

pretesa» (*Istituzioni*, 310), inoltre in tale Opera viene insegnato per la prima volta che la *c. petendi* risulta, tra l'altro, dal «l'affermazione dell'esistenza di un rapporto giuridico (proprietà, compravendita, mutuo, locazione, mandato e simili)», senza che C. richiami, almeno esplicitamente, il Suo insegnamento classico, che riconduceva la causa ai fatti “giuridici” costitutivi. Non si può tacere, tuttavia, che analizzando gli elementi identificatori delle azioni di condanna che trovano fondamento in un diritto d'obbligazione, C. specifici che «nelle azioni nascenti da diritti d'obbligazione non basta indicare il rapporto giuridico perché l'azione possa dirsi identificata. [...] Di qui la necessità di indicare anche il fatto costitutivo da cui è nato il rapporto giuridico. [...] Perciò il fatto costitutivo [n.d.r.: da intendersi quale “fatto giuridico”] accompagna costantemente il rapporto personale come mezzo necessario alla sua identificazione: mutato il fatto muta l'azione» (*Istituzioni*, 313). Probabilmente, si può inferire che la modifica della terminologia utilizzata – la quale, quanto ai risultati pratici attinti sotto il profilo della nostra attuale indagine, non sembra aver spostato di molto i termini della questione – sia stata dettata dall'intento di conferire maggiore coerenza alla teoria esposta, così applicabile a tutte le azioni di condanna (sia a quelle scaturenti da diritti reali, che da diritti di obbligazione). Definendo, come negli scritti anteriori, la *c. petendi* quale l'insieme dei fatti costitutivi, risultava patente la contraddizione con la successiva precisazione che, nelle azioni reali, la *c. petendi* è rappresentata dallo stesso diritto di proprietà. Anche HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 150 nt. 1, 185, 186 mette in evidenza tale aporia, che egli pare però in parte superare (*op. ult. cit.*, 159 nt. 5), quando afferma che «per il CHIOVENDA, la *causa petendi* è il fatto costitutivo dell'azione, ma «fatto» è usato in un senso completamente diverso da quello della teoria della sostanziazione, giacché il «fatto costitutivo» è «l'esistenza di una volontà concreta di legge da attuare»: cioè nella contrapposizione tra «fatto» e «diritto» la *causa petendi* è un diritto». Sulle relazioni esistenti tra *fatto* e *diritto* quali elementi della *c. petendi*, con interessanti spunti sulla loro reciproca delimitazione, v. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1062, 1063.

i beni indivisi»²³. Dal che, si deve dedurre che l'atto di cessione in sé non è da considerarsi fatto giuridico, ma che, ove un certo atto negoziale sia posto a fondamento di una certa domanda, al fine di identificare la *c. petenti*, si debba di volta in volta verificare la singola volontà che è stata oggetto di incontro tra le parti, in quanto è essa – e non la cessione in sé, mera astrazione verbale, utilizzata per indicare una più complessa congerie di elementi materiali rilevanti per il giuridico – uno dei fatti, qualificati proprio attraverso l'atto di evocazione a fondamento di una richiesta formulata al giudice, che deve essere preso come referente, allo scopo di verificare se vi è stata identità o variazione.

Prima di addentrarci ulteriormente nei dettagli della questione,

²² Di seguito i termini della questione, che non possono essere meglio illustrati che tramite le parole del CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 162, «A, B, C hanno in comune l'eredità dei genitori: e la quota di C è ipotecata a favore dei coeredi A e B in garanzia delle lor quote di un credito contro C, acquistato dal danaro ritratto dai tre coeredi alienando l'eredità degli avi materni. Indi A cede a B le sue ragioni sull'eredità dei genitori; e B e C sugli immobili rimasti così sol tra essi comuni, consentono nuova ipoteca a favore di D, postergando B il proprio grado. Espropriati gl'immobili, D vien collocato in primo grado contro B e C ma A alla sua volta chiede di essere collocato in primo grado contro C, per la sua quota di credito contro costui. D, a difesa della sua collocazione, allega che A, cedendo a B le sue ragioni sull'eredità della madre gli ha pur ceduta la sua quota del credito contro C (quindi il diritto d'ipoteca, postergato poi da B a favore di esso D), poiché questo credito contro C deve ritenersi proveniente dall'eredità degli avi materni e questa eredità ritenersi compresa nella cessione dell'eredità della madre, essendo A, B, C succeduti agli avi materni in rappresentazione della madre premorta. Accolse il tribunale questa tesi. La rigettò la Corte d'appello; ma confermò la collocazione, affermando per suo conto che la cessione avvenuta tra A e B non *si limitava* alle eredità del padre e della madre (solo dimostrativamente enumerate): ma *comprendeva tutti i beni comuni fra A e B*, quindi anche il credito contro C».

²³ CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 163, «quando la legge connette l'effetto giuridico della nascita o del passaggio di un diritto a una dichiarazione di volontà, questa è un fatto giuridico»; nonché, *op. ult. cit.*, 170, «causa del [diritto di D] era la cessione, non come semplice fatto *naturale*, come suono di parole, ma, come si è sopra accennato, quale fatto *giuridico*, come dichiarazione di volontà».

due piccole chiose potrebbero già svolgersi ora, così da cercare di evitare salti nei passaggi logici.

La prima, proveniente proprio dall'Autore, e cioè che non possono essere automaticamente degradate a puri fatti “semplici” (in quanto tali inadeguati a determinare un mutamento della domanda), tutte quelle circostanze che, solamente, hanno in comune l'idoneità a fondare una medesima soluzione giuridica²⁴. La seconda, molto più modesta ed a completamento, quasi speculare, della prima, volta a mettere in risalto come una serie di fatti “semplici”, per ipotesi sempre uguale in se stessa (e cioè quella costituita da tutte le circostanze concrete in cui, nell'esempio fatto, quello specifico atto di cessione è venuto alla luce), ben può costituire il fondamento di differenti “fatti giuridici”.

Dal ragionamento seguito, quindi, si può dedurre che sussiste una particolarissima forma di dipendenza tra fatto/i “semplice/i” e fatto “giuridico”, la quale, di regola, non prevede alcun automatismo: infatti, è ben possibile che a “fatti semplici” uguali, corrispondano “fatti giuridici” diversi e che a fatti semplici diversi, corrispondano i medesimi “fatti giuridici”. A ben guardare, però, da tale considerazione si potrebbe anche inferire che non è poi così corretto definire il “fatto giuridico” come quel “fatto semplice” (o quella serie di fatti) dal quale – in quanto coincidente con le categorie di fatti previste dalla legge – sorgono effetti giuridici. Si deve per forza ammettere, date le premesse ricordate sopra, che il “fatto giuridico” è qualcosa di concettualmente diverso dal “fatto semplice” e che, da questo, possa anche in buona parte prescindere. D'altronde, non si sarebbe nemmeno posto il problema affrontato da Chiovenda nella ricordata nota a sentenza,

²⁴ CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 163, «la distinzione è sempre tra fatti giuridici e non giuridici e che non vanno posti tra i motivi i fatti “*diversi e talora affatto contrarii* fra loro” per ciò solo che essi permettono “una stessa conclusione giuridica”: tanto varrebbe cancellare dalla legge il requisito dell'identità di causa».

se non perché, individuati in un certo qual modo i fatti (“semplici”, naturalmente) narrati dalle parti, essi potevano risultare, in astratto, esattamente in grado di sostanziare così l'uno come l'altro “fatto giuridico”²⁵.

Tutto questo, invero, non è poca cosa, infatti, s'inizia a intravedere una certa tensione tra la nozione di fatto (da intendersi, per forza, come “fatto semplice”), il cui ingresso nel processo, di principio, deve essere *cosa* delle parti, e la nozione di *c. petendi*, la quale, pur formalmente ancorata alla nozione di fatto (“giuridico”, per l'appunto, ma, almeno a parole, pur sempre “fatto”) da essa si distingue, in modo ancora, al momento, non definito, ma certamente netto.

Rispetto alla bontà di quanto detto, depone lo stesso saggio sull'identificazione delle azioni, in cui Chiovenda, dopo essersi schermito chiarendo, senza individuazione di eccezioni, la regola per cui è «dovere del giudice esaminare la domanda sotto ogni possibile aspetto giuridico», dal momento che «l'azione s'individua per il fatto e non per la norma di legge», continua sottolineando come «in ogni modo conviene che il fatto costitutivo resti lo stesso»²⁶ al fine di escludere il vizio di ultra petizione. Vengono così avanzati varî esempi nei quali, ancora una volta, a spiccare è la circostanza che, sulla basa dei medesimi fatti “semplici”, si giunge a differenti conclusioni giuridiche rispetto a quelle avanzate con la domanda; tali conclusioni, però, risultano in violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato²⁷.

In sostanza, si sostiene, da una parte ed in via di espressione di

²⁵ In questo senso, peraltro, cfr. lo stesso CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 170, in fine; nonché, ID., *Principii*, cit., 283 e ID., *Istituzioni*, cit., 310, nei quali si evidenzia come solo la modifica dei fatti giuridici rileva rispetto alla modifica dell'azione, cosa che non sempre si determina, però, col semplice mutamento dei fatti “semplici” o “motivi”.

²⁶ Così, CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 167, e, analogamente, in ID., *Principii*, cit., 283, 629.

²⁷ In riferimento ad alcuni casi giurisprudenziali, CHIOVENDA, *Identificazione*

un principio generale, che la mera diversa qualificazione data ai fatti “semplici” non implica mutamento della domanda; dall'altra, pur in modo ellittico, che vi è, all'opposto, variazione della *c. petendi* nei casi concreti specificamente elencati ove, pur in presenza di fatti “semplici” costanti (si deve inferire), la conclusione del giudice, per essere assunta, è dovuta passare attraverso la modifica dei fatti “giuridici” (dunque della *c. petendi*) posti a base della decisione.

Ancora una volta, quindi, vengono elencati casi in cui la differenza nelle varie *causae petendi* non è rappresentata dalla modificazione di fatti “materiali”, bensì dalla *manipolazione* dei fatti “giuridici”.

Le considerazioni appena svolte, però, devono essere ancora arricchite dall'ultimo tassello del ragionamento seguito, e cioè proprio quello in cui si cerca di dimostrare come l'azione contrattuale e quella extracontrattuale siano, in realtà, un'azione unica, dal momento che, per entrambe, la causa risulta essere «il fatto dannoso²⁸»²⁹. Il caso paradigmatico assunto come esempio è

delle azioni, cit., 167, esclude l'identità della domanda tra: 1. quella formulata per il pagamento di una somma a titolo di compenso per una mediazione ed il riconoscimento della medesima in forza di mandato a vendere; 2. quella per il pagamento di un compenso per l'attività di campanaro e la concessione della somma per l'avvenuta prestazione d'opera di custodia della chiesa; 3. quella avente ad oggetto le *conseguenze* di un contratto di locazione e le *conseguenze* di un rapporto di sublocazione.

²⁸ Così, CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 168.

²⁹ Va precisato che, in realtà, la questione viene affrontata dal CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 168, almeno in principio (e, poi, si direbbe, in apparenza), sotto l'angolo visuale del rapporto tra concorso di azioni e concorso di norme, pensando al quale viene dettata la formula – non particolarmente illuminante né effettivamente chiara – secondo la quale «se gli elementi affermati e provati dall'attore, non esauriscono tutti gli estremi dell'azione intentata, ma bastano *ad altra azione* di contenuto non maggiore [*sic*], non può essere però negato al giudice, come non sarebbe negato alla parte, di passare dall'una all'altra» (corsivi aggiunti). Precisa, però, poche righe dopo, che «noi non siamo ancora completamente liberi da reminiscenze romane in questo caso fuor di luogo [...]: e spesso ancora parliamo di *azioni*

quello di una nutrice che ha contratto la sifilide in seguito all'allattamento di un bambino infetto. Il passaggio dall'azione extracontrattuale a quella contrattuale (prestazione d'opera) viene negato dalla Cassazione ed aspramente criticato dall'Autore, il quale sostiene che il fatto dannoso “qualificato” dalla relazione contrattuale (*i.e.*: consegna di bambino malato da allattare³⁰), fosse già allegato al processo e, come tale, da esso il giudice potesse trarre le conseguenze giuridiche comunque richieste con la domanda.

Viene subito, però, da domandarsi se quanto sostenuto dal Chiovenda sia compatibile con quanto, invece, affermato, fino a quel momento, rispetto alla distinzione tra fatto “semplice” e fatto “giuridico”.

Infatti, non si può negare che il fatto messo in evidenza in quanto “individuatore” dell'azione (e correttamente allegato dall'attore), altro non sia che un fatto “semplice”, la cui idoneità a sostanziare differenti fatti “giuridici” non è, di principio, per nulla esclusa. Anzi, è lo stesso Chiovenda che ricorda come chi vuol trar

diverse, dove non si tratta che di *diverse norme* rispetto ad un unico fatto» (corsivi aggiunti) (*op. ult. cit.*, 169). Analogamente, v., ID., *Principii*, cit., 287. Sul punto, cfr. altresì HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 186, 187, il quale riconduce l'affermazione chiovendiana al caso in cui si sia in presenza di un concorso di diritti e che esso possa dedursi dall'interpretazione della volontà dell'attore che si è limitato ad allegare certi fatti ed a domandare l'effetto (o parte di esso) che da essi (o da parte di essi) intende far derivare. Sul concorso di azioni (o di diritti) ed il semplice concorso di norme, oltre a H., v. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 54 ss.; TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 271-273; LANCELLOTTI, *Sul concorso delle azioni (Vicende dottrinali ed autonomia di nozione)*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, II, 1, Milano, 1984, 375 ss.; diffusamente, MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 248 ss., 340 ss.; cenni in PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 402-405; con accenti critici, v. invece ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 327, il quale giunge ad affermare che «la estrema linearità delle definizioni mascher[a] la petizione di principio».

³⁰ CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 170. Lo stesso esempio è riproposto in ID., *Principii*, cit., 289 nt. 3; nonché in ID., *Istituzioni*, cit., 318.

vantaggio dalla qualificazione in termini di *contrattuale* della responsabilità debba affermarla e provarla.

Tenendoci al di fuori di una presa di posizione sulla ben complessa problematica del concorso tra le due principali forme di responsabilità civile – che, al momento, appare davvero prematura – basti evidenziare che il fatto “giuridico” “individuatore”³¹ da porsi in astratto a fondamento della domanda per risarcimento del danno contrattuale e di quella per danno da responsabilità aquiliana, è certamente diverso nelle due ipotesi, proprio seguendo l'insegnamento dello stesso Chiovenda. Se il fatto materiale, come detto, è la consegna del neonato malato alla nutrice, i fatti (giuridici) costitutivi dell'azione extracontrattuale sono (nel minimo) l'atto illecito, perché lesivo del diritto all'integrità psicofisica della donna (diremmo al giorno d'oggi), e la sua riconducibilità almeno alla colpa del danneggiante, mentre quelli dell'azione contrattuale sono la volontà reciproca delle parti rispetto alla conclusione di un contratto d'opera avente ad oggetto la nutrizione di un bambino sano e la violazione, da parte del creditore della prestazione principale, dell'obbligo strumentale all'adempimento, avente ad oggetto propria la detta consegna.

In questo caso, più che mai, i fatti giuridici – in astratto integrabili dal *medesimo* fatto materiale – sono certamente differenti; e su detta differenza dovrebbe essere d'accordo anche lo stesso Chiovenda, il quale considera fatto giuridico rilevante nel caso in cui una manifestazione di volontà assuma rilievo per il decidere, proprio il contenuto di tale manifestazione, e lo fa in modo esplicito riferendosi al caso pratico da cui ha preso spunto la

³¹ Immaginando di accettare – sul che si avanzano dei dubbi – l'insegnamento di Chiovenda formulato in tema di concorso di azioni e mero concorso di norme, secondo cui vi sarebbero dei fatti (diremmo “giuridici”) che sono in grado di conferire «individualità» all'unica “azione”, pur se a fondamento delle differenti azioni sottoposte al vaglio di unità o molteplicità vi siano *altri* elementi in parte non coincidenti; cfr. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 168; ID., *Principii*, cit., 287.

sua nota ³² ed, in via implicita, negli esempi di apparente riqualificazione che, in realtà, nascondono una modifica, nel pensiero del Maestro, della *c. petendi* ³³. Tali considerazioni, infatti, sembrano potersi perfettamente estendere anche al caso della domanda svolta a titolo di mediazione, poi accolta come compenso per un mandato a vendere (la differenza dei fatti giuridici posti a fondamento delle due azioni verte proprio sul contenuto della reciproca manifestazione di volontà scambiata tra le parti al momento del conferimento dell'incarico); nonché alla causa del campanaro cui sono state riconosciute le somme domandate a titolo di custodia della chiesa e non per aver suonato le campane (stesso fatto materiale, certamente arricchito da vari ulteriori elementi di dettaglio nella narrazione delle parti, per il quale, nella riqualificazione, l'Autore intravede – così sembra – una differenza di fatto giuridico, il quale, a nostro avviso, non può che essere il contenuto delle obbligazioni assunte e, quindi, in ultima analisi, della dichiarazione di concorde volontà manifestata dalle parti al momento della conclusione del contratto); così come alla causa relativa ad alcuni effetti nascenti da una locazione, conclusasi con l'accertamento degli effetti scaturenti da una sublocazione (in tale esempio, con evidenza cristallina, quale differenza nella *c. petendi* se non, ancora una volta, le dichiarazioni delle parti contraenti, aventi ad oggetto il titolo in base al quale il locatore deteneva il bene?).

Sono agevolmente comprensibili le esigenze pratiche³⁴ cui si vuole andare incontro con l'interpretazione prospettata sul tema del concorso delle due forme di responsabilità, esigenze che, certamente, non potevano sfuggire alla spiccata sensibilità giuridica del Chiovenda; proprio per l'origine delle dette conclusioni, però, non sembra che esse debbano indurre a una

³² Cfr. *supra* nt. 23.

³³ Cfr. *supra* nt. 27, testo e nota.

³⁴ Si riferisce al «pragmatismo» del Maestro ossolano, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 14, 17 nt. 45, 20.

generale riconsiderazione della teoria chiovendiana sulla *c. petendi*, ed, in generale, di tutta la teoria del Maestro riguardante l'identificazione delle azioni relative a diritti da obbligazione aventi ad oggetto prestazioni di genere.

Le ricordate prese di posizione, piuttosto, quasi fossero un fuor d'opera, confermano la presenza di varie aporie al suo interno, le quali aporie, a ben guardare, non si annidano tanto nella soluzione data al tema del concorso, quanto, piuttosto, nella distinzione effettuata tra fatto “semplice” e fatto “giuridico”, in uno con l'accoglimento del principio che potremmo riassumere coll'adagio: *da mihi factum, dabo tibi ius*, ovvero – nella medesima accezione –, *iura novit curia*.

Se premessa alla dottrina chiovendiana è la distinzione, diremmo ontologica, tra fatto “semplice” e fatto “giuridico”, e corollarî di questa definizione sono la possibilità che ad un medesimo fatto semplice corrispondano diversi fatti giuridici, così come che, al variare dei fatti semplici, non sempre si verifichi una variazione dei fatti giuridici, il problema necessariamente si volge verso la ricerca dell'elemento che consente di condurre, quale criterio generale, alla distinzione tra i due elementi.

Cercando di andare oltre alle definizioni, giocoforza generiche, ed addentrandoci nelle esemplificazioni, si deve cercare di trarre, con metodo induttivo, il criterio che sembra essere stato di guida nella risoluzione dei casi concreti.

Come sopra si è cercato di mettere in evidenza, il fatto costitutivo, inteso come fatto giuridico, deve essere tratto dalla fattispecie astratta rispetto alla quale la parte agente ritiene che l'effetto giuridico sperato si sia verificato. Tale fatto costitutivo, quando si tratta di diritti nascenti da rapporti negoziali, non può che essere ricercato nella concreta manifestazione di reciproca volontà manifestata tra le parti. Il contenuto di tale dichiarazione, quindi, non può in alcun modo prescindere dalla volontà delle parti, la quale, ai fini della fissazione del fatto giuridico, è espressa in una forma stereotipata che non trova tanto fonte nella *reale* dinamica dei fatti materiali, quanto, piuttosto, nell'astrazione che

di categorie di fatti si può ricavare solo dalla lettura del testo di legge ³⁵. Oltretutto, nel caso della cessione, oggetto di trasferimento sono diritti, e, pertanto, secondo Chiovenda ciò che rappresenta la ragione di fondo della richiesta attorea è proprio il trasferimento di alcuni determinati diritti. Cosa distingue, invero, le nozioni di «eredità materna» e di «tutti i beni tra le parti indivisi», se non le inevitabili qualificazioni giuridiche?

D'altronde, i fatti, quali quelli appena ricordati, non hanno una consistenza fenomenologica propria, ma solo una vigenza *logica*, i cui parametri non risiedono se non nelle disposizioni giuridiche che conferiscono loro un'essenza teorica e tecnica. Con parole diverse, i fatti “giuridici” così determinati (verrebbe da dire: non a caso “giuridici”), altro non sono che astrazioni del pensiero, le quali esistono ed hanno un significato con esclusivo riferimento alle norme giuridiche invocate (in modo esplicito o implicito) da chi li enuncia ³⁶. Nessun particolare collegamento hanno con il mondo dei fatti reali, il quale è composto da una miriade di fatti “semplici” che – di certo non per Chiovenda – non possono

³⁵ Cfr., in argomento, le interessanti e chiare considerazioni – pur dirette ad altri fini – di GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 48, 49.

³⁶ Cfr. quanto accennato in GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 31, 45, 46, che sembra in accordo con la definizione qui tratteggiata; nonché le parole di TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, 675, nt. 56, «non solo questa operazione, denominata «sussunzione» del fatto empirico nella fattispecie legale tipica, non si svolge secondo lo schema sillogistico, ma essa è di regola preceduta da un'altra operazione, con la quale il giudice *riporta il fatto ad uno dei concetti generali elaborati col metodo dell'astrazione generalizzante*» (corsivi aggiunti); parole inserite nel più ampio discorso concernente la ricostruzione del contenuto del giudizio giuridico svolto dal giudice in sede di decisione. V. pure sulle relazioni tra fattispecie astratta e fattispecie concreta (tra fatto giuridico e fatto semplice) le notazioni di CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 939, 940; nonché quelle di PALEARI, *Il principio della doppia sentenza conforme nel processo canonico di stato*, Milano, 1964, 77, nt. 5.

rappresentare un elemento identificatore delle azioni (domande) ³⁷.

Che il motivo della relazione solo “eventuale” (priva di regole generalmente applicabili) tra i fatti semplici e quelli giuridici sia da ricercare nello strettissimo collegamento (ci si potrebbe azzardare a definire “biunivoco”) che questi ultimi instaurano con la fattispecie giuridica allegata dall'istante quale premessa logica della sua richiesta, trova ulteriore e più forte conferma negli altri esempi di ultra petizione che Chiovenda presenta e sui quali ci siamo già soffermati, non a caso, tutti riguardanti liti che trovano *causa* in un contratto. In tale settore, più che altrove, infatti, è proprio la qualificazione secondo parametri di astratta regolarità giuridica che, a fronte di comportamenti materiali eterogenei e multiformi (fatti, appunto, “semplici”), riesce a fissare immutabili categorie predefinite e, proprio perché tali, tra loro proficuamente confrontabili, rispetto all'obiettivo rappresentato da un utile giudizio di identità o di difformità ³⁸.

³⁷ Non è però di questo avviso, rispetto allo specifico profilo dell'interpretazione della teoria chiovendiana, GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 101, 102, per il quale «è anche certo che il fatto giuridico, in questa prospettiva generale [quella che si delinea nella teoria del Chiovenda], altro non è che il singolo «fatto naturale» che è «atto a porre in moto una norma di legge», in quanto questa lo contempla».

³⁸ CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., 329-331, ritiene che il fatto sempre costituisca un elemento essenziale per la individuazione della *res in iudicium deducta*, tanto che nella sua allegazione rintraccia una dichiarazione imperativa, un atto di volontà, (*op. ult. cit.*, 50, 51) tale da far sorgere in capo al giudice il dovere di pronunciarsi su di esso (*op. ult. cit.*, 55). Il fatto cui C. attribuisce questa funzione, è un «fatto giuridico» (*op. ult. cit.*, 54), dunque un fatto principale, costitutivo. Ferma l'evocazione – diremmo di rito – della vigenza del p. *iura* etc. e della conseguente imprescindibile distinzione tra *individuazione* del diritto e *qualificazione* giuridica della fattispecie (dalla ben difficile comprensione, come si evidenzia nel testo – *op. ult. cit.*, 54, 330, nt. 21), C. continua precisando, però, che la regola della necessarietà dell'allegazione viene meno per quei fatti c.d. secondari (*op. ult. cit.*, 339, 340), certamente accostabili, almeno parzialmente, ai fatti semplici del Chiovenda. Dal che, evidentemente, discende che anche nella teoria del C. si riscontra lo stesso problema cui ci stiamo accostando e che nemmeno nelle sue pagine si rinviene alcun tentativo di fornire un chiarimento o, quantomeno, una

Non è dubbio che siano proprio le dichiarazioni di volontà che le parti si scambiano, ove coincidenti secondo la legge, a determinare la fonte (e l'essenza) del vincolo che sussiste tra queste. Da tali dichiarazioni (come mette in evidenza in modo chiaro lo stesso Chiovenda, rispetto al contenuto della ormai celebre cessione) non si può prescindere al fine di valutare la costanza o, viceversa, la modifica, dei singoli fatti giuridici.

Pur facendo salvo, in via generale, il principio tradizionale, *iura novit curia*, inteso nella sua versione più comprensiva, però, l'Autore, nelle singole soluzioni concrete, sebbene senza ammetterlo in modo esplicito, sembra ritagliare un vistoso spazio all'allegazione giuridica che, in concreto, è fatta dalle parti, attraverso il ricorso alla nozione di fatto "giuridico".

Se solo si considera la locuzione tradizionalmente utilizzata, poi, molto vi sarebbe da dire, su quanto essa in realtà, magari anche in modo involontario, tradisca il retro pensiero che vorrebbe celare: a prima lettura, scevri da pregiudizî ed all'oscuro dei distinguo e delle precisazioni che costantemente sono compiute, un fatto giuridico (oltre che uno dei più fortunati ossimori della storia del diritto) non può che essere, di necessità, un fatto filtrato dalla categorizzazione giuridica, cioè non un vero e proprio *fatto* (secondo i parametri del diritto processuale), bensì la specializzazione astratta di una norma giuridica, per sé, invece, generale. Sembra corretto immaginare che esso *fatto* sia l'anello di congiunzione tra la norma generale e astratta ed il fatto(i) materiale(i) (quindi "semplice"), speciale e concreto ³⁹.

precisazione. Analizza criticamente l'opera di C. sotto il profilo del ruolo da questi riservato all'allegazione dei fatti, e solo di sfuggita lueggia la questione qui evidenziata, BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 44.

³⁹ Interessanti sono le notazioni, già rinvenibili in BELLAVITIS, *L'identificazione delle azioni*, 2° ed., Padova, 1924, 98, per il quale «la realtà dei fatti giuridici, che prima di essere fatti giuridici sono fatti sociali, non presenta soluzione di continuità: la soluzione cioè l'isolamento di un rapporto qualunque di fatto è possibile solamente per un procedimento logico rispetto ad un determinato

Di tali risultati, del tutto provvisori, non è nostra intenzione tenere in conto prima di aver messo in evidenza come la teoria della scissione del fatto dal diritto, con l'attribuzione del primo alle parti e del secondo al giudice, passando attraverso l'invocazione del principio *iura novit curia*, non appaia davvero appagante – almeno in gran parte – nemmeno per chi formalmente la sostiene.

3.1.1. (segue) *Emilio Betti*

Dal pensiero di Emilio Betti – la cui teoria dell'oggetto del processo è tutta imperniata sui rapporti sussistenti tra diritto⁴⁰ di azione (in senso astratto), domanda giudiziale per il tramite della quale lo si esercita, mercé il richiamo necessariamente effettuato alla ragione fatta valere dalla parte quale apprezzamento unilaterale del *quid iuris*⁴¹ – si può percepire la tensione che esiste tra i concetti menzionati, figlia della loro strettissima correlazione funzionale e dogmatica. Non è certo azzardato affermare che il fulcro attorno al quale si sviluppa il problema di cui ci occupiamo, nella dottrina del Maestro camerte sia da rinvenirsi nel significato da questi attribuito alla nozione di «ragione fatta valere».

E' tale ragione che Betti – sebbene in modo velato – sovrappone al concetto classico di *c. petendi*⁴² e, però, plasma e

criterio. In questo senso, poiché la norma giuridica presiede alla discriminazione del fatto, è essa elemento individuatore del rapporto»; in senso simile, cfr. anche PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 15.

⁴⁰ Il quale, senza dubbio, consiste in un *potere*, BETTI, *Diritto processuale*, cit., 71, 78, rivolto nei confronti dell'avversario.

⁴¹ Si v. compendiatamente il nocciolo della nota dottrina in BETTI, *Ragione e azione*, cit., 218, 219; nonché in ID., *Diritto processuale*, cit., 72.

⁴² BETTI, *Diritto processuale*, cit., 62, 174, 304. Tale accostamento, però, dev'esser accolto *cum grano salis*, infatti, la classica partizione in *causa petendi* e *petitum*, richiede alcune precisazioni nel pensiero di B., per il quale la domanda può, in quanto negozio processuale, essere sì scomposta nei suoi

delimita con un'enfasi tutta particolare rispetto al fondamento giuridico, meramente affermato, beninteso, di quella richiesta che viene indirizzata al giudice, per ottenere il riconoscimento dell'effetto nei confronti della parte. Chi domanda, infatti, non può limitarsi a narrare i fatti della causa senza esprimere apprezzamenti riguardo a quello che, nella sua visione, gli spetta secondo diritto, così che l'attore è chiamato ad affermare proprio ciò che il precetto della legge esige nel caso concreto ⁴³.

Data la centralità del concetto della «ragione fatta valere» nella dottrina bettiana, tanto che ad esso viene riconosciuto un ambito di fatto sovrapponibile a quello dell'oggetto del processo ⁴⁴, non stupisce l'estensione e la precisione delle pagine a questo dedicate. Per tal via la sua definizione appare piuttosto inequivoca, e di essa si ritrae il concentrato nella conclusione in base alla quale la ragione fatta valere «altro non è se non l'affermazione o – se piace

elementi costitutivi di *causa petendi* (ragione fatta valere) e *petitum* (provvedimento richiesto al giudice); ma che essi, invero, non hanno rilevanza alcuna quanto alla fissazione dell'oggetto del processo, il quale ultimo dipende, invece, esclusivamente dalla formulazione della ragione (*op. ult. cit.*, 68, 70). In sostanza, ai nostri fini, la ragione di cui Betti parla è maggiormente avvicinata alla nozione di diritto soggettivo (o di *rapporto giuridico*) che viene portato a conoscenza del giudice al momento dell'instaurazione del processo, sotto forma di pura e semplice affermazione. Infatti, chiarisce B. (*op. ult. cit.*, 84) che «la ragione, [...], non è un diritto, essa stessa, ma semplicemente il profilo del rapporto o stato di diritto sostanziale, in quanto affermato o messo in questione e così dedotto in giudizio». Cfr. su detta questione (anche) terminologica, ID., *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, 544 (ove: «la ragione si presenta normalmente come il fondamento della domanda (*causa petendi*)»), 546 (ove: la stessa struttura del processo civile impone alla parte di «individuare la «volontà di legge» ch'ella afferma divenuta concreta nel caso»), nonché 554. Rilievi analoghi sul pensiero del B. in GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 32 nt. 26.

⁴³ In questi termini cfr. BETTI, *Diritto processuale*, cit., 63.

⁴⁴ Cfr. quanto chiarito *supra* alla nt. 42, rispetto alla terminologia di cui si avvale B., nonché *infra* nel testo.

miglio – il profilo, sotto la cui specie viene presentata una concreta situazione di diritto dalla parte che inizia il processo, siccome idonea astrattamente, in ipotesi – salva la prova dei fatti – a giustificare il provvedimento giurisdizionale richiesto: quell'affermazione o quel profilo, sotto la cui specie il rapporto o lo stato giuridico controverso viene dalla parte introdotto nel processo [...]: viene cioè sottoposto alla cognizione dell'organo giurisdizionale e forma oggetto della discussione processuale (“oggetto del processo”, come anche si dice), del provvedimento di merito [...] e pertanto della cosa giudicata»⁴⁵.

Nel determinare l'oggetto della cognizione del giudice, si pone l'accento sulla determinazione del sostrato giuridico, il quale solo, ferma la verifica delle affermazioni in punto di fatto, può rappresentare il centro di addensamento e selezione del multiforme scorrere delle circostanze concrete della realtà. Ancora una volta, l'attenzione è appuntata proprio sulla insuperabile esigenza per cui, da sé sole, l'esposizione di una vicenda – per quanto dettagliata – e la richiesta di una situazione di vantaggio da attribuirsi ad opera del giudice, risultano per gran tratto prive di significato, se tutta questa serie di informazioni non è passata al setaccio dello schema legale che viene a rappresentare il parametro determinativo della situazione giuridica portata dalla parte a conoscenza del giudice.

La coerenza e stabilità di questo impianto, però, subisce una forte scossa quando – quasi inaspettatamente – si afferma che il vincolo impresso dalle parti rispetto ai poteri-doveri di decisione del giudice in conseguenza dell'esercizio dell'azione quanto all'indagine del fatto, non esiste, parallelamente, rispetto alla «applicazione del diritto, per la quale vale invece la massima “*iura novit curia*” »⁴⁶.

Per comporre la frattura che si è così determinata s'introduce

⁴⁵ BETTI, *Diritto processuale*, cit., 70, 71.

⁴⁶ BETTI, *Diritto processuale*, cit., 109.

una distinzione in sé idonea a chiarire i concreti termini di armonizzazione tra la questione di fatto, quella di diritto e la definizione di «ragione fatta valere»: mentre è sempre individuativa della ragione la *qualificazione* data al rapporto, non lo è mai il *nomen iuris* che viene attribuito dalla parte ai fatti o negozi che sono fonte del detto rapporto ⁴⁷. E gli esempi portati riguardano proprio differenti qualificazioni giuridiche di rapporti (responsabilità da «contratto» in opposizione a quella da «delitto»; «mutuo» o «compravendita») ⁴⁸.

Ma ancora una volta, quasi in un moto ondulatorio in cui ogni tematica che appare acquisita, viene poco dopo messa in discussione, si precisa ulteriormente – nel descrivere le attività che presiedono alla genesi logica della decisione – che esse possono essere distinte in tre macro-categorie ⁴⁹: quella di ricostruzione

⁴⁷ BETTI, *Diritto processuale*, cit., 178, 179, in cui già sembra trasparire tale idea (come d'altronde già sembrava trasparire nelle varie definizioni fornite della “ragione fatta valere”) ed ove si afferma: nei «rapporti di diritto reale e anche [ne]i rapporti di diritto familiare; inoltre [ne]gli stati della persona: [...] l'indicazione della cosa che è oggetto del diritto e della persona che ne è titolare, *in una con la qualifica giuridica tipica del rapporto o dello stato* di cui si tratta, è sufficiente ad indicare lo stato o il rapporto stesso»; mentre nei rapporti di obbligazione, come anche nei rapporti di diritto potestativo ed in quelli di successione ereditaria «non basta l'indicazione dell'oggetto e dei soggetti e neppure *la qualifica giuridica*, ma occorre *anche* la designazione del fatto costitutivo» [corsi nostri]. Ma, soprattutto, cfr. *op. ult. cit.*, 305 nt. 4, 313 nt. 15.

⁴⁸ Così, BETTI, *Diritto processuale*, cit., 179; nonché, esplicitamente, 305 ove si afferma che: il giudice non «potrebbe sostituire alla qualificazione giuridica con cui il rapporto litigioso si trova identificato nella domanda, una qualifica tale da farne un rapporto diverso (p. es. locazione o deposito, anziché vendita)».

⁴⁹ BETTI, *Diritto processuale*, cit., 309. Sulla operazione di qualificazione giuridica v. altresì, ID., *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione in materia*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, II, 193, 194; in cui l'A. parla di «giudizio di classificazione o di qualità giuridica». Cfr., sulla teoria bettiana del giudizio giuridico, sul contesto in cui si è sviluppata e sulla sua evoluzione, le interessanti notazioni di NITSCH, *Il*

della situazione di fatto (certamente riferibile alla parte); quella di *qualificazione* giuridica della situazione di fatto presentata; quella d'*interpretazione* e d'*individuazione* della norma giuridica⁵⁰.

Inaspettatamente Betti, riferendosi alle ultime due, chiarisce che esse costituiscono giudizi di diritto e che, proprio per questo, il giudice è libero rispetto alle direttive che gli provengono dalle parti, in quanto tale attività altro non è che attuazione di quella sovrana libertà discendente dalla natura stessa della funzione esercitata. Non è nemmeno risolutiva, rispetto al tema che in particolare ci interessa, l'ulteriore precisazione secondo cui tale attività del giudicante è sì libera, ma pur sempre nel limite fondamentale a questi posto dalla formulazione della domanda, e cioè a «condizione di lasciare immutate le affermazioni che ne identificano la ragione e ne giustificano la conclusione. In altri termini egli [*i.e.*: il giudice], [...], non potrà mutare *nel suo complesso* la ragione che la parte fece valere»⁵¹.

Il senso di straniamento, a questo punto, è piuttosto forte. Infatti, negli esempi con cui si chiarisce il contenuto dell'attività di *qualificazione* giuridica è lo stesso Betti che esemplifica domandandosi retoricamente se il contratto di cui si discute in

giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento, Milano, 2012, 176 ss.

⁵⁰ Provando ad attribuire alle parole dell'illustre A. un significato che trascenda un poco la rigorosa sistematica da questi creata, e cercando di traslare il loro significato verso una terminologia alla quale già si è fatto cenno *supra* all'inizio del presente scritto, si potrebbe dire che le attività di *interpretazione* e di *individuazione* della norma giuridica – perché di *due* diverse attività si tratta, sebbene siano state accomunate dal B., a nostro vedere, proprio per differenziarle dall'attività di *qualificazione* – corrispondono, pur essendo in modo analitico ulteriormente specificate, alla nozione di “*prova* (o *conoscenza*)” del diritto, da noi proposta in principio del capitolo come attività prodromica alla sua *applicazione*, ed ivi tratteggiata allo scopo di distinguerla da quella di “allegazione”. Cfr. per approfondimenti sui giudizi individuativi ed interpretativi, NITSCH, *Il giudice e la legge*, cit., 196 ss, in particolare, 200.

⁵¹ BETTI, *Diritto processuale*, cit., 313, corsivi aggiunti.

giudizio sia una vendita oppure una locazione, una cessione o un mandato, un mutuo o un comodato, e così via ⁵²; evidentemente, con la menzionata espressione riferendosi proprio all'identica attività che, in altro luogo del proprio manuale, aveva inteso come ineludibile per la individuazione della ragione fatta valere. A segnare, una volta di più, il disagio evidenziato, vi è inoltre quella locuzione (... “nel suo complesso” ...), la quale rimarca, se ve ne fosse bisogno, l'imbarazzo dell'Autore, che sembra, in effetti, ben rendersi conto di come l'applicazione rigorosa della sua teoria della «ragione fatta valere» sarebbe incompatibile con la vigenza del principio *iura novit curia*, non messo in discussione.

In effetti, il complemento di modo inserito nel testo, o non ha alcun significato, ed allora bisognerebbe dedurre che, in realtà, l'attività di *qualificazione* sta al di fuori dei poteri del giudice ed è – di necessità – rimessa alle sole parti (e si cadrebbe in contraddizione con quanto affermato poco prima ⁵³); oppure un significato ce l'ha, e quindi inserisce una modulazione (assolutamente indeterminata) nell'attività di qualificazione giuridica dei rapporti che non trova alcuna delimitazione e che quindi resta fluttuante, quanto ad attribuzione del potere del suo svolgimento, tra parti e giudice.

D'altronde, a ben guardare, nemmeno la distinzione presentata dal Betti come chiave di volta per tracciare la linea di delimitazione tra modificazione della *c. petendi* vera e propria e mera modifica del *nomen iuris* – quest'ultima ammessa ⁵⁴ – risulta chiarificatrice,

⁵² BETTI, *Diritto processuale*, cit., 309, nt. 9. Pare riscontrare due domande diverse, dunque due diritti differenti, nel caso di una somma di danaro richiesta a titolo di prezzo di compravendita oppure di canone di locazione rispetto alla medesima vicenda fattuale, TARZIA, *Appunti sulle domande*, cit., 262, 263 in relazione a 267.

⁵³ BETTI, *Diritto processuale*, cit., 311, «l'apprezzamento del giudice è libero dalle direttive che gli propongono le parti, [...] (onde la massima «iura novit curia» e il ditterio «narra mihi factum, dabo tibi ius»). Tale sovrana libertà discende dalla natura stessa della funzione giurisdizionale».

⁵⁴ BETTI, *Diritto processuale*, cit., 305 nt. 4, 313 nt. 15. Ove si afferma che la

né, quindi, soddisfacente. Infatti, al di là della semplice apparenza e, dunque, con funzione puramente descrittiva, non è così agevole distinguere le nozioni di “rapporto”⁵⁵, da una parte, e quelle di “fatto” e di “negozio”⁵⁶, dall'altra, rispetto alle quali sembrano doversi modulare le due diverse attività della “qualificazione giuridica” e dell'attribuzione del *nomen iuris*.

In primo luogo, non esistono rapporti che non trovino fonte in fatti semplici (i quali, a loro volta, possono essere fatti, atti ovvero negozi⁵⁷). Di conseguenza, ad essere suscettibili di una qualificazione giuridica sono, tipicamente, proprio *i fatti materiali*, alla sussistenza dei quali, e rispetto ad una loro certa ricostruzione secondo uno schema di regolarità giuridica, si suole affermare

qualifica del *rapporto* litigioso (nell'esemplificazione: rapporto di locazione o deposito, anziché vendita) costituisce un onere imprescindibile per la parte, a differenza dell'attribuzione del *nomen iuris* al fatto o negozio che sono *relativi* al rapporto, la quale ultima sembra essere considerata attività libera anche per il giudice.

⁵⁵ Si badi ciò che afferma BETTI, *Ragione e azione*, cit., 207 nt. 2, «basterà qui ricordare di sfuggita che per rapporto giuridico intendo un rapporto di natura essenzialmente bilaterale, che il diritto obiettivo, in date ipotesi di fatto, crea fra persona e persona, in quanto conferisce all'una un potere giuridico, mentre impone all'altra un vincolo corrispondente».

⁵⁶ Peraltro, quando si parla di *negozio* – evidentemente immaginandolo come il fatto costitutivo di un *rapporto* contrattuale – già si è operata una prima qualificazione giuridica (cfr. le notazioni svolte da SATTA, voce «*Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*», cit., 825) che trae origine, *in primis*, dai fatti semplici costituiti dal contenuto concorde delle dichiarazioni di volontà pronunziate reciprocamente dalle parti. Inoltre, val conto di sottolineare come la *qualificazione* di un *negozio* quale quello fondativo di un contratto, in cosa si differenzerebbe, da una parte, rispetto all'attribuzione di un significato giuridico alle dichiarazioni scambiate tra le parti (*fatti semplici*), dall'altra, rispetto alla *qualificazione* del *rapporto* che in tale *negozio* trova fonte?

⁵⁷ Svolgendo, si badi, rispetto a tale classica tripartizione (su cui v. – esemplificativamente –, PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, rist., Milano, 1996, 3 ss., 55 ss.) già una prima valutazione *sub specie iuris*, sebbene essa non abbia lo scopo di *qualificare*, in senso tecnico, la situazione fattuale portata a conoscenza del giudice.

esser sorto un certo rapporto, e non *il rapporto* medesimo.

In secondo luogo, la nozione stessa di “rapporto” altro non è che un'astrazione dogmatica, la quale, quindi, non sussiste *in rerum natura* (cioè come pura questione di fatto), ma discende da un'elaborazione che può effettuarsi solo a partire dai fatti semplici posti in relazione con specifiche norme di legge. In definitiva, si comprende come “qualificazione del rapporto” nei rispetti di “attribuzione del *nome iuris* al fatto o al negozio” sia poco più di una costruzione verbale, molto suggestiva sul piano evocativo, ma, a nostro avviso, incapace di reggere ad un'analisi più spregiudicata

58

3.1.2. (segue) *Ernesto Heinitz*.

È con l'opera di Ernesto Heinitz, in particolare nella monografia dedicata ai limiti oggettivi della cosa giudicata, che viene dato particolare risalto alla funzione esercitata dall'allegazione in diritto nella determinazione della *c. petendi*. L'articolato pensiero dell'Autore prende le mosse dal tentativo di ricondurre le teorizzazioni già sviluppate nella precedente dottrina all'interno dei grandi filoni dottrinarî della «individuazione» e

⁵⁸ Una valutazione in parte diversa della distinzione proposta da B. può svolgersi con riguardo all'ipotesi in cui siano oggetto del giudizio diritti che oggi vengono definiti “autodeterminati”, si pensi a quelli reali, e alla proprietà *in primis*. In detto contesto, si potrebbe attribuire un significato rigoroso alla distinzione bettiana (fatto, negozio - rapporto), ricollegandola alla tradizionale teoria per la quale i menzionati diritti si identificano in forza dei soli elementi di struttura e della relativa qualificazione giuridica (BETTI, *op. ult. cit.*, 178, nt. 7), così chiarendo che la qualificazione indispensabile e vincolante riguarda il “rapporto” (es.: proprietà, usufrutto) e non i fatti da cui esso sorge (es: usucapione, compravendita) (sulla questione, più ampiamente, v. *infra* § 4). Questa separazione, però, non è concettualmente netta ove si discorra di diritti certamente “eterodeterminati”, quali quelli “relativi” aventi ad oggetto prestazioni di genere, come gli esempi portati dallo stesso B. dimostrano (su cui v. *supra* nt. 54).

della «sostanziazione»⁵⁹, lasciando, però, al contempo, trapelare la difficoltà di una rigorosa riconduzione delle posizioni individuali all'interno di rigidi e predeterminati schemi concettuali.

Egli sostiene che la distinzione tra «pretesa» processuale e «pretesa» sostanziale non possa giammai condurre ad una estrema divaricazione tra l'oggetto dell'una e quello dell'altra, dal che postula l'esigenza di un loro stretto coordinamento, in quanto, in ogni caso, non si può ignorare che la funzione del processo resti proprio – e sempre – quella di realizzare il diritto sostanziale⁶⁰. Conseguenziale alle premesse la conclusione in tema di contenuto e di ruolo della *c. petendi* in seno alla più ampia teoria dell'oggetto del processo e, dunque, del giudicato: con tale espressione, infatti, «debb[o]no intendersi quegli *elementi di diritto e di fatto* che servono ad individuare il *petitum*, cioè a completarlo e costituire così insieme con esso una determinata pretesa in senso processuale»⁶¹.

⁵⁹ Cfr. l'analisi condotta da HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 143-154, in esito alla quale H. ritiene aderente al dato di diritto positivo la sola teoria della individuazione, in quanto in grado di evitare un'eccessiva divaricazione tra il contenuto della pretesa sul piano sostanziale e quello della pretesa avanzata nel processo; posizione poi confermata in ID., *Considerazioni attuali sui limiti*, cit., 759, 760, 765.

⁶⁰ HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 159, 162; *op. ult. cit.*, 182, chiarisce che «sebbene il diritto soggettivo non formi direttamente l'oggetto del processo, non si può definire la pretesa processuale senza ricorrere al diritto soggettivo, il quale appare nel processo quale diritto giudiziario-sostanziale», d'altronde (*op. ult. cit.*, 131), ciò che costituisce oggetto d'indagine è «la richiesta fatta dall'attore nel processo per la concessione della tutela giuridica. Non si tratta di identificare né il rapporto processuale come tale, né il rapporto sostanziale di per sé, ma un'affermazione dell'attore intorno a tale rapporto o stato giuridico». Analogamente, ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto*, cit., 165, 169.

⁶¹ HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 165 (corsivi aggiunti), v. già 133, 144, nonché 188. L'impossibilità di prescindere nella definizione della *c. petendi* da ogni «elemento di diritto» viene nuovamente ricordata in *op. ult. cit.*, 187, ove ancora si ribadisce, pur con differenti parole che «deve quindi intendersi per

A partire da queste premesse il campo di elezione per testare i risultati cui le premesse conducono, è proprio quello – caro alla dottrina classica dell' "individuazione delle azioni" – del concorso di diritti (o di azioni) e del concorso di norme.

Ad ogni diritto sul piano sostanziale potrà corrispondere una e una sola «pretesa» processuale, pertanto, in opposizione alle conclusioni più oltranziste cui *dovrebbero* giungere i fautori della teoria della sostanziazione, si nega che sia sempre unica la pretesa processuale ogniqualevolta dai fatti costitutivi allegati possa giungersi alla medesima conclusione giuridica: tale unicità, a detta dello Heinitz ⁶², potrà trarsi esclusivamente nelle ipotesi in cui sussiste tra le differenti fattispecie ⁶³ considerate un mero concorso di norme ⁶⁴.

causa petendi quel rapporto o stato giuridico che viene affermato sussistente o (nelle azioni di accertamento negativo) non sussistente dall'attore per giustificare il provvedimento giurisdizionale richiesto». Non può poi essere ignorata l'influenza reciproca che sussiste tra i due elementi identificativi dell'oggetto del processo, così che «il *petitum* è identificato, non soltanto motivato, dalla *causa petendi*, e anche la *causa petendi* è tale soltanto in relazione al *petitum*» (op. ult. cit., 135). Con quest'ultima notazione si confronta la posizione di CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 16, 173 – che a sua volta trae spunto dal pensiero di Chiovenda sviluppato nelle *Istituzioni* – e che, tuttavia, dalla pur comune premessa, trae risultati affatto differenti rispetto a quelli attinti dallo Heinitz.

⁶² HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 180, 182.

⁶³ Peraltro, anche alla luce di quanto sostenuto nella nt. successiva, è da dubitare della bontà della conclusione cui giunge H., nel caso in cui ad essere *esplicitamente* proposta da parte dell'attore sia proprio la domanda fondata sul diritto solo virtualmente concorrente con quello di cui, in concreto dati i rapporti astratti tra le norme, egli risulta titolare. Infatti, anche in questo caso (su cui cfr. ampiamente *infra*), si è costretti a ricorrere ad una finzione difficilmente sostenibile, e cioè quella per cui, il passaggio dal titolo insussistente (per diritto sostanziale) a quello sussistente, altro non sia che correzione della «indicazione tecnicamente imprecisa dell'azione», atteso che «se non si tratta di concorso di più diritti sostanziali, ma di concorso di sole norme, è ancora più giustificata la *supposizione* che l'attore abbia voluto esercitare quel diritto, che *realmente* gli spetta» (HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 190) (corsivi aggiunti).

⁶⁴ Sulla bontà del sillogismo, in base al quale in presenza di un concorso di

Così inquadrato il problema, invero, lo spazio destinato al principio *iura novit curia* (o, guardando al problema sotto altro profilo, tipico della dottrina classica: quello della non vincolatività del *nomen iuris* attribuito da chi domanda) diviene piuttosto ristretto. Cionondimeno, l'Autore, non mette per nulla in dubbio la sua vigenza nell'ordinamento⁶⁵.

Per giungere a tale risultato, però, è necessario un non trascurabile sforzo dialettico: infatti, Heinitz *presume* (di fatto: fissa una regola

norme (e non di un concorso di diritti) l'oggetto della domanda giudiziale comprenda automaticamente tutti i "diritti" (*rectius*: fattispecie) che possono sorgere dai fatti allegati e, dunque, risulti proponibile l'*exceptio litis pendentis* nonché, in seguito, l'*exceptio rei iudicatae*, al di là della "singola fattispecie" invocata, ci permettiamo di esprimere il nostro dissenso (v., di recente ed in modo diffuso, sulla dottrina del concorso di norme in ambito civilistico, MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 248 ss.; CONSOLO, voce «Domanda giudiziale», cit., 75, 76). Pur non essendo il discorso ancora maturo da consentirci di svolgere appieno i nostri argomenti, per ora basti mettere in evidenza come, sebbene non vi siano dubbi circa l'influenza della sfera del diritto sostanziale su quella del diritto processuale, il contenuto della domanda, come atto di esercizio del potere di azione, s'intende proprio sul piano del *solo* diritto processuale. Pertanto, è noto come oggetto di questo piano siano le pure *affermazioni* (per BETTI, *Ragione e azione*, cit., 222, «l'affermare è categoria processuale per eccellenza») delle parti circa un'asserita situazione di vantaggio, non certo i *diritti* la cui attribuzione potrà avvenire esclusivamente a conclusione del processo. Già solo sulla base di queste notazioni, ben si comprende come le affermazioni aventi ad oggetto "diritti", anche tra loro inconciliabili *in concreto*, lo sono perfettamente come *flatus vocis*. D'altronde, la medesima riflessione può ben svolgersi ove si guardasse al mirato fenomeno dal punto di vista dell'effettivo ruolo rivestito dalla dottrina del concorso dei diritti e delle norme, il quale è, certamente, quello di verificare se, sul piano sostanziale, dal rapporto di fattispecie *astratte* sorga un solo diritto ovvero una pluralità. Ove si afferma che sussiste un mero concorso di norme, si vuole alludere al fatto che, ove i fatti materiali concreti siano sussumibili all'interno delle fattispecie astratte confrontate, *sul piano del diritto sostanziale* sorgerebbe *un* solo diritto. Sicché, in tale circostanza concreta (in quanto i medesimi fatti materiali sono in grado di integrare più fattispecie), in capo al titolare sorgerà un solo diritto, dal che si deve inferire che non sorgeranno – lo si ripete, sul piano del diritto sostanziale –, invece, gli altri diritti che, in astratto, pur esistono come tali e godono della loro autonomia. Si pensi, per comprendere, all'esempio dei

di interpretazione) che tutte le volte in cui vi sia un vero e proprio concorso di diritti, l'attore faccia sempre valere *tutti* i diritti che dai fatti narrati possono sorgere, sia che questi abbia svolto specifiche allegazioni (giuridiche) in tale direzione, sia ove queste ultime siano incomplete o, addirittura, manchino del tutto ⁶⁶.

Posta la detta premessa, è agevole sostenere che «*curia novit iura*»: al punto che, tuttavia, l'esito pratico raggiunto è lo stesso cui pervengono le teorie della sostanziazione avversate (*i.e.*:

rapporti tra gli artt. 1681 e 2054 c.c. Solo con l'accertamento dell'esistenza effettiva del contratto di trasporto (per il tramite dell'accertamento dei fatti materiali da cui il detto contratto sorge), si potrà concludere che il risarcimento del danno da accordare all'attore sarà a titolo di responsabilità contrattuale speciale e non per fatto illecito qualificato; prima – sul piano dell'*affermazione* (ribadito come ineludibile, di recente, da CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 145; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 45) – ben potranno coesistere sia il diritto al risarcimento del danno per l'un titolo sia quello per l'altro: invero, la circostanza per cui, in concreto, i due diritti non possano coesistere, non significa che non abbiano, comunque, in astratto, una loro autonoma individualità. Non potranno sussistere contemporaneamente tra le stesse parti in conseguenza di un medesimo “episodio della vita” – siamo d'accordo –, non per questo, però, si può logicamente concludere che essi rappresentano uno *stesso diritto*. Quei fatti concreti fanno sorgere una sola situazione tutelabile. In altre parole, se effettivamente i fatti si sono svolti come narrati da parte attrice, allora non potrà che nascere *quello specifico* diritto; ma i fatti possono, in concreto (ed è ciò che deve verificare il giudice in sede di istruzione della causa), non essersi svolti come affermato dall'attore, cionondimeno essere idonei a far sorgere, necessariamente, un *altro* diritto (che pur non potrà, nel mondo reale, mai concorrere con l'*altro* originariamente affermato). E lo stesso HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 191, sembra in accordo con quanto qui sostenuto, sebbene il ragionamento non venga condotto alle sue estreme conseguenze, ove afferma che «chi sostenesse esperibile invece accanto all'azione derivante dall'art. 1589 [vecchio codice: responsabilità del conduttore verso il locatore per l'incendio provocato], l'azione aquiliana (il che è questione di diritto sostanziale), non potrebbe negare che nel trapasso dall'una all'altra si abbia un mutamento della *causa petendi* [...]. Qualora tale interpretazione non sia possibile, bisogna ricordarsi che i diritti sono di contenuto diverso». Sui problemi cui si è fatto cenno in questa nota, v. gli ulteriori approfondimenti svolti *infra* nel testo, in questa Parte ai §§ 3.2.2, 3.2.2.1. Cfr. anche CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 318, per il quale «concorso di sole norme si ha quando lo stesso fatto può cadere sotto

sussiste il potere del giudice di attribuire il bene giuridico richiesto per uno qualsiasi dei titoli concorrenti), mantenendo al contempo salvo il principio della *pluralità* grazie allo strumento della *presunzione*.

La contraddittorietà del ragionamento, però, non può sfuggire: infatti, il suo presupposto sta proprio nell'immaginata pluralità dei diritti e delle correlative domande, le quali, per definizione diremmo, differiscono solo per il titolo giuridico. Il passaggio – apparente – da un *titolo* a un altro, attraverso l'applicazione del

diverse norme, e si tratta di vedere quale è la norma applicabile, ciò che in ogni caso si deve decidere dal giudice, anche d'ufficio». Sembra poi lecito dubitare che questa definizione risulti compatibile con la nozione – elaborata dal medesimo C. – di “fatto giuridico”; ma questa è altra questione, su cui v. ampiamente *supra* nel testo.

⁶⁵ HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 145, in particolare, più diffusamente, v. 160, 161: «le deduzioni giuridiche servono a motivare, non ad individuare la richiesta; esse cercano di stabilire un nesso fra la fattispecie e la conseguenza giuridica, senza determinarla ed individuarla. La parte può cambiare le deduzioni giuridiche a piacere e può anche del tutto farne a meno: *jura novit curia*. Il giudice può – e deve – applicare un altro punto di vista giuridico, non messo in rilievo dalla parte. Ma egli non può affermare un diritto diverso da quello richiesto dall'attore». Cfr. anche le considerazioni di analogo tenore svolte in ID., *Considerazioni attuali sui limiti*, cit., 765.

⁶⁶ HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 189, già, 160 (in cui si dice che «la denominazione, in ultima analisi, non è altro che un'abbreviazione dell'indicazione dell'oggetto della pretesa»), 161 (ove «se egli [l'attore] si limita a narrare i fatti e chiedere la restituzione della cosa, egli ha *presumibilmente* inteso far valere tutti i diritti che in base alla legge sostanziale gli spettano») (corsivi aggiunti). Cfr. anche la – sotto certi versi consimile – sovrapposizione di prospettive operata da NASTI, *Disposizione del diritto*, cit., 115 ss., in particolare, 116. Per una presa di posizione, quanto a risultati pratici comparabile a quella di H., cfr. ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto*, cit., 169, per il quale, in ipotesi di concorso di diritti, «il richiamo alla [...] situazione di fatto, import[a] (*iura novit curia*) la contemporanea e alternativa deduzione in giudizio di tutti i diritti, che la legge fa scaturire da quell'unico fatto»; adesivamente, TARZIA, *Appunti sulle domande*, cit., 270, 271. Intende retamente la profondissima distinzione di piani esistente tra quello della delimitazione dell'oggetto della domanda e quello dell'interpretazione di quest'ultima, ATTARDI, *Diritto processuale*, cit., 103, sebbene anch'egli vi scorga una certa correlazione con il p. *iura novit curia*.

principio ricordato, in verità non si verifica mai, in quanto il giudice, semplicemente, non fa che accogliere una domanda e, a rigore, rigettare le altre con essa concorrenti.

Ma se così è, significa che nel caso descritto non vi è alcuna applicazione del principio *iura novit curia*, perché, se le domande proposte sono più di una, ed esse si differenziano solo per la rispettiva allegazione giuridica, significa che ciascuna qualificazione (sebbene *non* in modo espresso) è già stata svolta dall'attore vincolativamente (per l'ufficio); sicché il giudice non sarà per nulla libero di “riqualificare” il fatto, ma, al contrario, sarà vincolato a ciascuna delle qualificazioni svolte, ed alla luce di queste – e solo di queste – egli dovrà vagliare ogni singola domanda e su ciascuna pronunciarsi.

Diversamente opinando, si dovrebbe considerare tutto il sistema dello Heinitz come una pura finzione, svelata proprio dall'esplicitazione (quasi un'invenzione) della *presunzione* di cui si è anzi detto; e si dovrebbe, per converso, ammettere che, in realtà, la qualificazione giuridica non ha alcuna funzione individuatrice e che, quindi, non tante, sibbene *una sola* domanda è stata proposta dall'attore. L'accennato ragionamento, però, condurrebbe alla negazione di tutte le argomentazioni – che innanzi abbiamo brevemente ripercorso – chiaramente espresse e abilmente difese dall'Autore nel corso della sua opera monografica.

Che il secondo corno del dilemma, a nostro avviso, non possa essere seguito, sembra confermato dalle precisazioni successivamente svolte dallo stesso Heinitz a proposito del caso in cui sia espressamente l' «attore [che] abbia voluto intentare esclusivamente [una specifica] azione»⁶⁷; abbia cioè *espressamente* individuato sotto ogni profilo (ivi incluso quello giuridico⁶⁸), il

⁶⁷ HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 187, ma v. altresì, 184, 189, 192.

⁶⁸ Si badi che è lo stesso Heinitz a riconoscere che oltre all'ipotesi in cui vi sia una specifica volontà dell'attore a far valere uno solo dei diritti/rapporti “concorrenti” (anche in via alternativa), «l'impossibilità di prescindere nella definizione della *c. petendi* da ogni elemento di diritto si rivela inoltre nelle

contenuto della propria domanda. Usando la terminologia dell'Autore, in dette ipotesi non potrà operare la *presunzione* e, dunque, non sarà sostenibile, sotto alcun profilo, che *tutti* i diritti concorrenti sono stati dedotti dall'attore nel processo.

Appare corretto rilevare, in definitiva, che nella teoria esposta, nonostante l'ossequio (sembrerebbe da dirsi: formale) all'adagio di antico retaggio, non vi sia spazio di operatività per il principio *iura novit curia*, in quanto il richiamo fatto a questo, a ben guardare, solo apparentemente riconosce al giudice la libertà rispetto alla questione di diritto; in realtà, come si è cercato di dimostrare, il potere che viene riconosciuto al giudice è solo quello di *esplicitare* (diremmo: di interpretare ⁶⁹) una volontà normativa che, invero, s'immagina (si presume) già integralmente – pur non espressamente – manifestata dalla parte che agisce nei suoi atti processuali.

Lo slittamento dei concetti è notevole (sebbene, sul piano delle attività pratiche, vi sia una frequente e tendenziale

azioni di accertamento negativo» rispetto alle quali «la teoria che definisce la *c. petendi* quale «fatto costitutivo» non è applicabile» (ID., *I limiti oggettivi*, cit., 187). Sul punto che nelle azioni di accertamento mero (non aventi ad oggetto diritti di credito) anche la qualificazione giuridica sia vincolante, in quanto, si sostiene, la *c. petendi* nella sua integralità entra a far parte del *petitum*, v. GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit. 44, specialmente 119, 120; su cui più ampiamente *infra* § 4).

⁶⁹ Lo stesso H., del resto, non esita ad affermare, HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 186, che «il giudice deve accertare, *interpretando* la volontà delle parti, se siano esercitate tutte e due le azioni o una sola, e quale di esse sia esercitata» [si trattava del rapporto intercorrente tra l'azione di rivendicazione – in cui il diritto di proprietà traeva origine da un contratto di compravendita – e l'azione di consegna del bene nascente dal medesimo contratto], e ancora, «trattandosi di più diritti concorrenti, l'*interpretazione* della volontà delle parti ammetterà spesso la conclusione che tutte le azioni formano oggetto della lite», nonché, *op. ult. cit.*, 189, «spesso da un'*interpretazione* della domanda dell'attore risulterà che egli abbia inteso farle valere tutte e due, la seconda subordinata alla prima» [si trattava del rapporto intercorrente tra l'azione di avaria e quella di convalida dell'abbandono] (corsivi aggiunti). V. anche quanto esposto *supra* alle ntt. 65 e 66.

sovrapposizione): una cosa è svolgere un'attività di fatto volta ad indagare quali domande, effettivamente, siano state esercitate dalla parte (ed abbiano quindi già fatto sorgere in capo al giudice il potere-dovere di provvedervi ⁷⁰), cioè riconoscere il potere di *determinare ciò che già c'è*; altra è svolgere un'attività di diritto finalizzata alla libera (ri)qualificazione dei fatti costitutivi materiali allegati nel rispetto del *petitum*, cioè riconoscere il potere di *aggiungere ciò che ancora non c'è*.

3.2.1. (segue) *Nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di genere. Teorie che definiamo della «sostanziazione» (o «materialiste»), i.e.: in cui l'elemento causale viene individuato esclusivamente nel fatto inteso in senso materiale (o semplice, o storico), senza che al diritto oggettivo sia riservato un ruolo nell'identificazione della domanda, la quale, quindi, si determina attraverso il rapporto che s'instaura tra fatto (materiale) e quanto richiesto quale effetto. Cenno sulle teorie che definiamo «riduttiviste». Giancarlo Giannozzi.*

Nonostante le specificità di ciascuna teoria esposta, e le differenze rispetto alla soluzione di alcuni casi concreti, un elemento – e quello centrale ai fini della presente ricerca – può considerarsi costante: e cioè il riconoscere alla qualificazione giuridica, sotto i differenti profili in cui essa può manifestarsi, una specifica capacità di individualizzare l'azione esercitata o meglio, con terminologia maggiormente aderente alle più avanzate ricostruzioni in materia ⁷¹, il diritto dedotto in giudizio.

⁷⁰ Così BETTI, *Diritto processuale*, cit., 107, 111, ma l'insegnamento, al di là della terminologia utilizzata, è pressoché unanime. V. ancora, *si vis*, ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto*, cit., 158, 160.

⁷¹ Occupandosi del concorso delle azioni LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, cit., 57, evidenzia come, di principio, ad ogni *diritto* corrisponda un'*azione* e che di certo non sia in errore chi ricorre all'espressione di concorso di *diritti* piuttosto che a quella di concorso di *azioni*. Tuttavia all'illustre autore preme di mettere in guardia circa la residua utilità che la dottrina del concorso delle azioni ancora conserva nello spiegare alcuni fenomeni schiettamente

Le teorie così prospettate possono essere riassunte e tra loro accomunate ricorrendo alla locuzione di teorie della «individuazione» – mutuando una classica terminologia, della quale ci avvaliamo, però, a meri fini descrittivi – o della «fattispecie astratta»⁷², proprio per il ruolo determinante che a questa attribuiscono nella selezione dei fatti e nella valutazione di rilevanza rispetto alla pronuncia giudiziale attributiva della situazione soggettiva invocata.

processuali (es. estinzione dell'azione prima ancora dell'estinzione del diritto – secondo L., *op. ult. cit.*, 61 – quando una delle azioni concorrenti venga accolta, o, ancora, molteplicità di azioni per la tutela di un interesse materiale che pur non costituisce un diritto – riferendosi alla teoria carneluttiana delle azioni costitutive). Quel che traspare, dunque, è che non vi sono particolari rischi nel proseguire nell'utilizzazione del termine *azione* in questo settore della materia – ferme le cautele ed i chiarimenti del caso –, se con il richiamo ad esso si vuole intendere il diritto sostanziale riguardato dalla prospettiva della sua tutela e, dunque, vi si faccia ricorso al fine di affrontare pure il problema dell'oggetto del processo. Anche alla luce delle ambiguità semantiche che potrebbero verificarsi, tuttavia, altri autori (e.g.: ATTARDI, *Diritto processuale*, cit., 127) preferiscono distinguere tra concorso di *diritti* e concorso di *azioni*, limitando il secondo a ipotesi dallo squisito rilievo *processuale*, così chiarendo che la terminologia più appropriata per la corretta trattazione della questione dell'oggetto del processo, sia quella del ricorso alla nozione di diritto soggettivo. Per questo, da tale seconda prospettiva, si può parlare di concorso di azioni solo ove la *pluralità* discenda dalle forme di tutela approntate dall'ordinamento rispetto a un *unico* diritto sostanziale, mentre se la pluralità riguarda i rapporti giuridici, allora non potrà che parlarsi di concorso di diritti. In definitiva, quindi, pare che sia da condividere quanto affermato da Cerino Canova e ricordato *supra* alla nt. 11, e cioè che non cambia i termini della questione relativa alla fissazione dell'oggetto del processo il riferirsi alla classica dottrina della identificazione delle azioni, ovvero alle più evolute concezioni (quanto meno sul piano linguistico) che, forse più opportunamente, si riferiscono alla individualizzazione del diritto sostanziale dedotto in giudizio. Questo, naturalmente, a condizione che sia chiaro il significato con il quale le singole espressioni vengono di volta in volta utilizzate. Si v., pure, il classico scritto di CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir., proc.*, 1939, I, 22 ss.; nonché, riassuntivamente, COMOGLIO, *Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 465 ss.

⁷² Intendendo qui con il termine “fattispecie astratta”, l'insieme degli elementi

Il passaggio attraverso tale ultima strettoia, tuttavia, per definizione non consente di concludere nel senso della irrilevanza dell'allegazione giuridica rispetto alla situazione sostanziale fatta valere in giudizio. Si è potuto comprendere dall'analisi delle principali di tali teorizzazioni, nonostante i distinguo e le precisazioni formulate, che il ruolo svolto dalla questione di diritto, una volta che essa viene ricompresa tra gli elementi costitutivi della *c. petendi*, diviene determinante ed altamente "invasivo" rispetto al problema dell'identificazione, senza possibilità di limitare in modo convincente e privo di contraddizioni la sua efficacia causale ad alcune e non ad altre ipotesi.

Con quest'ultima considerazione si comprendono le esigenze di fondo che hanno spinto alcuni autori a formulare teorie che, per ipotesi di lavoro, si pongono al di fuori delle «secche» – se di secche, intese come situazioni di pericoloso stallo, si può invero parlare – in cui, inevitabilmente, non può che incagliarsi chi sostiene teorie, *lato sensu*, dell' «individuazione».

Affinché si possa effettivamente postulare la totale impermeabilità della sfera del fatto rispetto a quella del diritto, è necessario costruire una nozione di *c. petendi* che non abbia alcuna connessione con la disciplina di diritto sostanziale (teorie che definiremo, sempre in via riassuntiva, della «sostanziazione»); oppure, in maniera ancora più radicale, depotenziare l'efficacia identificativa di tale elemento, sino a renderlo meramente *strumentale* rispetto alla fissazione dell'oggetto del processo, e, in ultima analisi, a tal fine solo marginalmente determinante (teorie che definiremo «riduttiviste»).

Risultando l'irrilevanza della questione di diritto una premessa di queste teorie, per definizione si dimostra impossibile il

di fatto considerati non come fenomeni materiali, bensì come categorie descrittive ricavate dalla enunciazione *astrae*nte operata dalla legge, al cui manifestarsi nella realtà consegue l'effetto predicato dalla norma generale e astratta.

verificarsi di una sua interazione rispetto all'esplicarsi del p. della domanda.

Naturalmente, ciò che richiede dimostrazione è proprio l'assunto di partenza, e cioè che la domanda giudiziale, in quanto atto che fissa normativamente il confine del potere giudiziale, in funzione della tutela di situazioni sostanziali, attivata per il tramite necessario dell'iniziativa di parte, possa prescindere nella determinazione del suo oggetto da qualsivoglia riferimento all'allegazione del diritto.

In questa fase della nostra ricerca non è possibile svolgere una verifica critica della correttezza della ricordata premessa; per ora, basti mettere in evidenza quanto sostenuto dai fautori di tali dottrine e svolgere alcune considerazioni su taluni profili del loro pensiero. Sempre ricordando che, anche un'eventuale conferma del *thema demonstrandum*, non avrebbe come necessaria implicazione la dimostrazione della vigenza nel nostro ordinamento del p. *iura novit curia*, con tutte le conseguenze che si ritiene essa comporti.

Non è invero nuova per la scienza processuale la formulazione di teorie che vedono nel fatto materiale (o concreto fatto storico, o, ancora, fatto naturalistico) ⁷³ l'esclusivo elemento costitutivo

⁷³ Ritengono che la *c. petendi* sia rappresentata dai fatti costitutivi del diritto, intesi quali fatti reali, concreti, nel loro effettivo accadimento: BELLAVITIS, *L'identificazione delle azioni*, cit., 104; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 26, 27, 39; SATTI, voce «*Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*», cit., 824, 825, per il quale, «ciò che conta è proprio l'esigenza di un certo avere, in relazione ad un accadimento o fatto materiale puntualizzato nei suoi termini spaziali e temporali»; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 47, 48, 49; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 186, e nt. 56; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 235; ID., *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. III, Milano, 1993, 26; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 388, 391; pure MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati*, cit., 23, il quale, però sottolinea anche come il fatto – pur certamente non qualificato giuridicamente – non debba essere inteso nel suo valore meramente storico, ma sempre in quanto «necessari[o] ad individuare la tutela concessa o negata», cioè, potremmo dire, in relazione

della *c. petendi*⁷⁴; tra queste, per la particolare diffusione dedicata al tema, meritano una diretta attenzione quelle formulate da Giannozzi e da Grasso, in particolare nei lavori rispettivamente dedicati alla modificazione della domanda⁷⁵ e al principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato⁷⁶.

Giancarlo Giannozzi, nel ricordato studio, dovendo prendere posizione sulla questione del contenuto della *c. petendi*, afferma che esso è rappresentato: «a) dal *fatto costitutivo di un diritto* da definire giuridicamente (*c. petendi* attiva); b) da una qualificazione che lo inquadri in uno dei rapporti giuridici disciplinati dalla legge, e quindi lo valuti come *fatto giuridico* suscettibile di generare il diritto controverso (*nomen iuris*); c) un fatto costitutivo dell'interesse ad agire, e cioè il fatto che ha recato l'offesa o la minaccia al diritto (*c. petendi* passiva)⁷⁷». Tale definizione, secondo l'Autore, trova fondamento testuale nell'art. 163, n. 4 c.p.c. nonché nella constatazione che la proposizione della domanda deve rendere possibile al giudice la pronuncia sull'esistenza proprio di quel diritto invocato dall'attore⁷⁸, che

ai singoli diritti dedotti.

⁷⁴ Cfr., *ex pluribus*, le considerazioni di CHIOVENDA, *Principii*, 629-631; BETTI, *Diritto processuale*, cit., 175-177; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 35 ss.; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., 329, nt. 19; HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti*, cit., 759, 765; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 65, 70; più di recente, RICCI G.F., «*Individuazione*» o «*sostanziazione*», cit., 1232 ss.; BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, cit., 105, nt. 22.

⁷⁵ GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit. Ma v. altresì, ID., *Azioni reali, azioni personali, oggetto del processo, oggetto del giudicato*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 317 ss.

⁷⁶ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit. Ma v. anche ID., *La regola della corrispondenza*, cit., 387 ss.; ID., *Dei poteri del giudice*, sub *art. 112*, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973.

⁷⁷ GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 52.

⁷⁸ GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 51. Invero, il G. fa riferimento piuttosto all'accertamento della situazione di fatto dalla quale si

non può entrare nel processo se non attraverso la narrazione di una certa concreta vicenda di vita.

Proseguendo il ragionamento, in un'argomentazione tutta tesa a smentire le teorie che, a detta del Giannozzi, non riconoscono alcun rilievo alla narrazione del fatto concreto, ma esclusivamente alla evocazione del «rapporto giuridico», secondo schemi di astratta descrittività normativa, si mette in evidenza come la sola narrazione di un fatto storico sia già in grado di delimitare una certa situazione processuale tra le parti, mentre il reciproco non potrebbe essere sostenuto, risultando impossibile procedere all'accertamento giurisdizionale, fino al momento in cui l'attore non abbia proceduto alla rituale allegazione dei fatti concreti dal

origina il diritto, e rinviene proprio in tale accertamento la funzione prima dell'attività giurisdizionale (*op. cit.*, 32, 52), con tali affermazioni ponendosi in contrasto con quell'insegnamento della scienza processuale più attenta, la quale ha ben chiarito come l'oggetto dell'accertamento del giudice (e quindi dell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato) non siano i fatti, bensì i diritti (*ex multis*, di recente, CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 70; POLI, *In tema di giudicato e di accertamento dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 584, 601). Di tale problema sembra essere consapevole anche G., che si giustifica, sebbene in modo non perspicuo, tentando di armonizzare la sua teoria con l'insegnamento classico, ricorrendo alla distinzione tra «i «fatti» che sono l'antecedente logico della pronuncia, attraverso l'affermazione o il riconoscimento della «verità legale» dei quali si arriva ad accertare il diritto soggettivo [...] esercitato, *dal fatto giuridico costitutivo del diritto medesimo*» (*op. cit.*, 33), tanto che, conclude, «alla fine il giudice dovrà stabilire se quel contratto di *compravendita esiste o non esiste*. Anche se nella valutazione dei fatti egli abbia errato pervenendo ad una «verità legale» contraria a quella effettiva, il giudicato [...] si formerà fatalmente «sulla esistenza» [...] *di quel fatto giuridico costitutivo di quel diritto*. Se egli ha accertato che il contratto di *compravendita c'era*, nessun altro giudice [...] potrà accertare che non c'era» (*op. cit.*, 34). Risulta evidente come dietro questa poco limpida esposizione, si celino: l'ambiguità della terminologia utilizzata per identificare il problema dell'estensione dei limiti oggettivi del giudicato alla c.d. «pregiudizialità logica»; oltre ad una non chiara delimitazione degli effettivi termini delle due ben differenti questioni; nonché, vieppiù, la convinzione che un «contratto di *compravendita*» sia un *mero* fatto materiale, e non piuttosto l'effetto giuridico che trova fonte nel verificarsi di una certa serie di *veri e propri* fatti materiali.

cui verificarsi intende trarre l'esistenza del proprio diritto. Sulla base di queste considerazioni, si precisa che «acquista definitivo risalto la prevalenza dell'*affermazione di fatto* sulla *affermazione di diritto*. Dovendo scegliere (l'*optimum* sarebbe che naturalmente in ogni caso le due affermazioni coesistessero nella domanda come la norma di legge vuole) tra due alternative, la prima è senz'altro preferibile perché sorretta dal principio *iura novit curia* che, invece, non sarebbe realizzabile se non si fornisse alla *curia* il modo di operare l'accertamento dei fatti, offrendole in cambio soltanto delle *affermazioni di diritto* vuote di quella *realtà* che, prima del processo, originò la discordia tra le parti»⁷⁹.

Una tale argomentazione – sembra evidente – è tautologica, e non si preoccupa di portare una dimostrazione rispetto all'asserzione principale, e cioè a quella per cui il fatto materiale sia da sé solo in grado di individuare il diritto rispetto al quale le parti discutono nel processo, senza che, peraltro, venga presa in considerazione la possibilità di distinguere tra fatto, inteso come elemento che identifica il diritto dedotto, e fatto, inteso come semplice elemento di fondatezza della pretesa⁸⁰.

⁷⁹ GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 48. Analogamente, *op. cit.*, 47, 50, 51. Non si può, peraltro, non evidenziare come lo stesso G. – forse spinto da un retropensiero non espresso che percepisce la difficoltà nel creare una graduazione tra l'allegazione di diritto e quella di fatto – *op. ult. cit.*, 82, così affermi: «nelle azioni personali il corrispondente della «cosa», del «bene» è dato dal *fatto giuridico* costitutivo del *diritto* di credito, cioè dalla relazione tra il *soggetto* ed il *fatto giuridico*. E come la «cosa» delle azioni reali è identificata con *un nome*, che la distingue da tutte le altre [costituendo essa, nel pensiero del G., proprio la *c. petendi* del diritto reale medesimo], così anche il fatto giuridico costitutivo delle azioni personali ha un suo nome (contratto di deposito, di mutuo, di locazione, atto illecito, promessa al pubblico, *negotiorum gestio* e così via); e dunque paia implicare, con la fissazione del detto (opinabile) parallelismo, proprio la vincolatività del *nomen iuris* alla stessa stregua dell'affermata vincolatività del nome dato alla cosa al fine di individuarla rispetto a tutte le altre.

⁸⁰ Già MONTESANO, *Invocazione per la prima volta in appello dell'usucapione a fondamento di un'azione di rivendica. Osservazioni in tema di «jus novorum» e di «causa petendi» in appello*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, I,

Tutto l'argomentare si fonda sulla forza suggestiva esercitata dalla constatazione che “una mera allegazione giuridica nulla dice dei termini della reale controversia”, unita all'assunto che, necessariamente, tra gli elementi potenzialmente costitutivi della *c. petendi*, uno dei due risulti “prevalente” rispetto all'altro, e sia necessario scegliere quale debba essere considerato *indispensabile*⁸¹. La conclusione, posto il quesito in detti termini, appare obbligata; ma l'esito, in sé, corretto, è inficiato dalla opinabilità di una delle due premesse: non vengono dimostrate, infatti, la ragione per cui, in astratto, non possa concepirsi una *c. petendi* che sia costituita da entrambi i profili evidenziati, né, tantomeno, la speculare necessità di sceglierne uno tra i due immaginati (fatto materiale e qualificazione giuridica).

Il richiamo al principio *iura novit curia*, poi, non è ancora una volta di grande aiuto nel risolvere il problema, dal momento che la sussistenza del medesimo nel nostro ordinamento non riceve

117, ammoniva come una domanda relativa a diritti reali in cui risulti mancante l'indicazione dei fatti costitutivi debba essere respinta in quanto *infondata*, mentre quella riguardante diritti di credito, in analoga circostanza, dovrà essere rigettata, perché *indeterminata*. E' esplicito, sul punto, estendendo il p. a tutte le categorie di diritti, sulla base della distinzione tra fatti “individuatori” e fatti che individuatori non sono, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 132; analogamente, PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 393; MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere*, cit., 33; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 70. V., però, FAZZALARI, *Note in tema*, cit., 121 (per il quale «non c'è dubbio che, nel nostro sistema, l'allegazione della *causa petendi* [intesa come allegazione di fatti che rientrano nello schema di una norma] sia indispensabile per lo svolgimento del processo di cognizione»); CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., 52, 329-331; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 84, 85 (l'indicazione dei fatti – dice G. – è sempre richiesta a pena di nullità alla parte, al di là dell'adesione alla teoria della sostanziazione o dell'individuazione); analogamente FERRI, *Profili dell'accertamento*, cit., 84, 86; nonché MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile*, cit., 185, 193.

⁸¹ Inequivoca in tale direzione l'affermazione, quasi fatalistica, per cui è «più facile dunque ipotizzare la mutabilità di una valutazione giuridica, che quella di un fatto» (GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 27).

alcuna conferma ⁸². A ben poco serve evidenziare che è solo il giudice a conoscere il diritto – parafrasando il brocardo ⁸³ – giacché “conoscere”, come già evidenziato, è di per sé cosa molto diversa dall’ “applicare” liberamente, nonostante l’invocazione diversa svolta da chi agisce.

In definitiva, l’A. sembra dire: la *c. petendi* è composta sia dalla narrazione del fatto concreto, sia dalla prospettazione di una sua qualificazione *sub specie iuris*; dovendo però scegliere l’elemento che tra i due ne rappresenta l’essenza irrinunciabile – prima di tutto al fine di riservare uno spazio di modificabilità dell’elemento causale della domanda, tale da non implicarne il radicale mutamento – ritengo che questo debba essere ravvisato nel “fatto”, anche in considerazione della circostanza che, tradizionalmente, si afferma che il *nomen iuris* attribuito dalla parte, non sia vincolante per il giudice.

La gerarchia creata tra i varî elementi della *c. petendi*, è in ultima analisi rilevante di ben altro pensiero, dal contenuto diametralmente opposto rispetto all’espresso: quello per cui, in verità, non si hanno dubbi circa il fatto che l’elemento causale della domanda, strutturalmente, non possa non articolarsi in una parte in *fatto* ed in una in *diritto*, senza la quale ultima il fatto medesimo

⁸² Infatti, «per *ius receptum* il variare della qualificazione giuridica del fatto costitutivo è liberamente ammessa. [...] il *nomen iuris*, è la mera interpretazione giuridica dei fatti allegati» (GIANNOZZI, *op. cit.*, 68). Né può essere di qualche aiuto l’ulteriore *petitio principii* di cui in seguito (*op. cit.*, 121): «il principio *jura novit curia*, proprio sotto tale aspetto [variabilità da parte del giudice della qualificazione giuridica nelle azioni di mero accertamento di crediti] ha una ragione di esistere; se il *petitum* non lasciasse in nessun caso un margine al giudice, il principio ricordato non avrebbe contenuto e non si coordinerebbe all’altro *ne eat iudex ultra petita partium*; mentre vi si coordina in base alla considerazione che nell’*ambito* della «richiesta» il giudice è libero di scegliere la via della identificazione giuridica, la quale non sarebbe peraltro rintracciabile se non ci fosse un fatto costitutivo a creare la distinzione della controversia [*dulcis in fundo*, si ritrova l’altro *Leitmotiv* dell’A.: la prevalenza “*necessaria*” del fatto sul diritto]».

⁸³ GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 51.

rimane muto ⁸⁴, incapace di individualizzare la situazione giuridica dedotta, quand'anche esso venga posto in relazione con uno specifico effetto giuridico.

3.2.1.2. (segue) *Eduardo Grasso*.

Anche Grasso, seppure da una prospettiva diversa, ha svolto un'attenta ed articolata ricostruzione del contenuto della domanda giudiziale; egli è partito dalla convinzione che esso debba atteggiarsi alla stregua di una *proiezione* (verso il passato) del contenuto della pronuncia del giudice, riguardata da un punto di vista statico. Per tal via è giunto a conclusione analoga a quella di Giannozzi quanto alla rilevanza dei soli fatti storici (e non anche della loro qualificazione giuridica) ai fini della individuazione del profilo causale di quanto richiesto in sede giurisdizionale. L'idea centrale del ragionamento è che non si vede rispetto a quale parametro il contenuto dell'atto (la domanda) che tende a

⁸⁴ D'altronde è lo stesso G. che spiega (*op. cit.*, 50) come «il fatto prima di essere giuridico è un qualche cosa di *storico* che va preso per ciò che *fu*, e il trasferirlo nel processo è già motivo idoneo a renderlo fatto giuridico (*recius*: fatto suscettibile di una *valutazione giuridica*, ossia di un *giudizio*)». Perspicuamente, di recente, v. GAMBA, *Domande senza risposta*, cit., 189, «il “fatto” non è dato in sé ed autonomamente prima di assumere rilevanza giuridica: nel processo è fatto ciò che si definisce come tale in funzione del diritto che si ritiene applicabile per decidere la controversia; le norme, sia pur in modo complesso, fungono da “griglie di selezione” dei fatti: è il diritto che definisce e determina ciò che nel processo definisce il fatto»; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 74 ss., in particolare, 83; cfr. altresì, GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 45, 47, 92, 106; nonché, magistralmente, a livello di teoria generale, IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 92, «Non basta affermare o negare l'esistenza del fatto; occorre apprenderlo come fornito di una od altra qualità. Si scopre, così, l'importanza del *giudizio*, che congiunge il fatto con un predicato. [...] Il diritto obiettivo si risolve, così, in un *sistema di criteri di individuazione e di predicati di giudizi futuri*. Mediante gli schemi normativi, il pensiero individua e giudica i fatti».

provocare un certo altro atto (la pronuncia) – e, di regola, a fissarne i confini contenutistici entro cui questo debba estendersi – possa modellarsi, se non in diretta ed esclusiva funzione del risultato che, strutturalmente, l'atto introduttivo è chiamato a conseguire⁸⁵.

Dopo aver chiarito ciò, di importanza equivalente per Grasso è la soluzione al problema, specifico dell'oggetto della ricerca effettuata, della individuazione dei principî dai quali trae fondamento la regola della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, i quali vengono rinvenuti nel p. della domanda⁸⁶ ed

⁸⁵ GRASSO, *La regola della corrispondenza*, cit., 394, in cui si chiarisce come l'idea che il contenuto della domanda sia un dato aprioristicamente determinato è accettabile, alla sola condizione che si riconosca il suo valore derivato rispetto all'atto cui essa tende, e cioè la sentenza finale di merito; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 19, 20, 27. Critica questa impostazione, ritenendola fondata su presupposti indimostrati, BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, cit., 48, il quale, però, non appare del tutto convincente, atteso che il fondamento del ragionamento del G., lungi dall'essere di tipo metapositivo (come sembra ventilare B.), è proprio ancorato al contenuto dell'art. 132, c.p.c. E' del resto lo stesso G. a chiarire che solo apparente è l'origine metapositiva della regola che detta il contenuto della sentenza (G., *op. ult. cit.*, 20), la quale risiede nel fatto che sussiste una normalità del suo impiego negli ordinamenti più progrediti. Se il discorso non ha un valore dal punto di vista della teoria generale, certo ne può ritrarre uno su quello, più modesto, della dogmatica. Questa è la semplice ragione per la quale non è compito del G. dimostrare che, per es. (B., *op. ult. cit.*, 49), mai nel nostro ordinamento è possibile sottoporre al giudizio del giudice soltanto l'effetto giuridico. Così come l'affermata non vincolatività delle allegazioni in diritto della parte (ritenuta dal G.), non dimostra che è errata la premessa (*i.e.*: necessarietà ed equivalenza funzionale di ciascun elemento della domanda, come vorrebbe B., *op. ult. cit.*, 50, 52), ma, semmai, richiede una verifica più approfondita delle ragioni che hanno spinto G. ad ammetterne la deroga (su cui cfr. *infra* nel testo). Sicché – almeno sotto il profilo della critica mossa a G. – B. non può fondatamente affermare che le conclusioni cui egli giunge sono «valide generalmente, indifferenti rispetto all'eventuale differente architettura del processo civile tracciata dal legislatore» (così, B., *op. ult. cit.*, 69, 70).

⁸⁶ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 67 ss., «la domanda ha altresì la funzione insostituibile [oltre a quella di attribuire alla parte l'iniziativa del processo] di fissare il *thema decidendum*, secondo il punto di vista di chi lo propone; senza di che l'iniziativa della parte sarebbe una vuota forma e il principio

in quello del contraddittorio⁸⁷.

In particolare, nella condivisibile prospettazione dell'Autore, il *primo* si pone come pilastro portante di tutta l'architettura del processo civile, e stabilisce la regola dalla quale partire per fissare il limite entro il quale la "corrispondenza" sia richiesta dall'ordinamento. Così, se è vero, da un lato, che il contenuto dell'atto *domanda* deve plasmarsi sul contenuto della *risposta*, in virtù del postulato della piena corrispondenza, da tenersi – in principio – come ipotesi di lavoro; è altresì vero, dall'altro, che la corrispondenza di cui all'art. 112 c.p.c. è concretizzazione dei due principî della domanda e del contraddittorio, e trova i propri limiti di diritto positivo nella estensione a questi attribuita.

Da queste premesse discende che «sul piano dell'*oggettività*, la domanda si risolve *naturaliter* in una pluralità di quesiti ciascuno dei quali costituisce il tema di una delle (ineliminabili) pronunce comprese nella decisione. La parte sollecita una risposta: *a*) sull'esistenza di un fatto; *b*) sulla presenza nell'ordinamento di una norma idonea a riflettere quel fatto; *c*) sugli effetti conseguenti alla simultanea presenza del fatto storico e del fatto normativo; *d*) sulla persona nei confronti della quale possono essere fatti valere gli effetti⁸⁸».

I quesiti formulati sotto le lettere *a*) e *b*)⁸⁹, nonostante il rifiuto

stesso mancherebbe di attuarsi. Per questo profilo, l'art. 112 costituisce l'immediata proiezione della regola primordiale contenuta nelle due norme richiamate [artt. 2907 c.c. e 99 c.p.c.]». Diffusamente sul punto v. altresì, ID., *La regola della corrispondenza*, cit., 395 ss.

⁸⁷ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 77 ss.; ID., *La regola della corrispondenza*, cit., 398 ss. Per uno schema simile, v. BETTI, *Diritto processuale*, cit., 309.

⁸⁸ Così, GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 27, 28. Nonché, analogamente, ID., *La regola della corrispondenza*, cit., 394; ID., *Dei poteri del giudice*, cit., 1256.

⁸⁹ v. lo stesso GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 33, 43, 116, in cui si adombra un lato parallelismo tra il contenuto della domanda in quanto premessa della decisione, e gli elementi strutturali richiesti dalla legge come essenziali rispetto all'atto che contiene la domanda medesima (art. 163, n. 4 c.p.c).

della terminologia tradizionale ⁹⁰, possono agevolmente essere accostati agli elementi che anche Giannozzi ⁹¹ individua come quelli costituenti la *c. petendi*, e ripropongono quella bivalenza – reciproca ed integrata – che rappresenta, in estrema sintesi, il punto di emersione del problema che si sta cercando di affrontare. In quanto contrapposto al diritto, il fatto deve essere inteso, ancora una volta, come elemento naturale, storico ⁹², che quand'anche intriso di valutazioni giuridiche, dal punto di vista concettuale dev'essere da quello tenuto debitamente distinto. Come già detto, però, anche Grasso, pur ammettendo la complessità (fatto/diritto) dell'elemento causale della domanda, conclude nel senso che solo rispetto al fatto materiale dovrà verificarsi il rispetto del principio della corrispondenza.

Proprio l'aver rinvenuto uno dei fondamenti della regola emergente dall'art. 112 c.p.c. nel p. della domanda, declinato secondo l'idea per cui, ciò che fuoriesce dalla proposta di decisione formulata dalla parte, automaticamente diviene un elemento di officiosità della decisione e, di conseguenza, una deroga al principio su cui la regola della corrispondenza poggia; obbliga Grasso a prendere posizione rispetto al problema della estraneità della questione di diritto dall'alveo del ricordato principio fondamentale. Date le premesse, l'A. non può ignorare tale problema, se non a pena di depotenziare la persuasività logica della tesi esposta, tutta poggiata sul rigore e sulla robusta simmetria dei concetti utilizzati.

In sostanza, la dimostrazione che Grasso tenta ha ad oggetto le

⁹⁰ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 34, «la struttura della domanda non si esprime opportunamente nell'articolazione tra *causa petendi* e *petitum*, ma nel coordinamento di tante richieste o *petita* di eguale valore, nella economia dell'atto quante sono le pronunce nella decisione».

⁹¹ In linea con il tradizionale insegnamento riguardante la *c. petendi*, quanto meno ove descritta nei suoi caratteri generalissimi, su cui v., in via meramente esemplificativa, HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 165; ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 325.

⁹² Chiaramente GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 43, 44.

ragioni dell'estraneità della qualificazione giuridica del fatto, rispetto all'essenza del p. della domanda.

Gli argomenti utilizzati sono due.

Il primo, fa leva sull'ammissibilità di limitate deroghe al principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (*rectius*: della domanda, in quanto il primo viene in considerazione nei limiti in cui costituisce la proiezione del principio di cui agli artt. 2907 c.c. e 99 c.p.c.), purché le limitazioni trovino giustificazione nel fondamento del principio stesso.

Giacché il fondamento del principio della domanda, quale astrazione processuale della generale regola della disponibilità dei diritti sul piano sostanziale, è da riscontrarsi nell'ideologia, oggettivata nella legge, secondo la quale la tutela giurisdizionale deve ritenersi utile solo ove sia stimolata dalla domanda della parte e si mantenga nei confini da questa dettata, così da potersi affermare che il principio risponde all'esigenza sociale – quindi riferibile alla collettività ed avente rilievo pubblicistico – di una tutela giurisdizionale *adeguata*⁹³; sono ammesse deroghe che siano volte a *migliorare* il rendimento dello strumento processuale e a garantire la giusta decisione⁹⁴. Pertanto, la vigenza nel nostro ordinamento del p. *iura novit curia*, sebbene costituisca una deroga al p. della domanda, è da considerarsi ammissibile in quanto tende, in concreto, a consolidare e rafforzare il fondamento ultimo del principio medesimo⁹⁵.

⁹³ In termini, cfr. GRASSO, *La regola della corrispondenza*, cit., 420, 421.

⁹⁴ GRASSO, *La regola della corrispondenza*, cit., 397.

⁹⁵ Tale argomentare, in collegamento con il pensiero dell'illustre A. per il quale il principio *iura novit curia* non si fonda su alcuna norma specifica (*op. ult. cit.*, 397 nt. 21; nonché, diffusamente, ID., *La pronuncia d'ufficio*, cit., 116 ss.), è un po' circolare e tende alla sovrapposizione di piani logici che dovrebbero susseguirsi in un ordine differente. Infatti, se il principio *iura* etc. non trova fondamento in alcuna norma positiva, non può, di per sé, rappresentare la principale deroga al principio della domanda, il quale, invece, è certamente vigente ed informatore di tutto il sistema. Sicché, il detto principio non può essere considerato come perfettamente speculare al p. della domanda (il che ne postulerebbe l'identica posizione nella gerarchia delle fonti), in quanto la

L'argomento proposto sembra suggerire una ricostruzione opinabile sia della gerarchia delle fonti (in quanto il principio della domanda ed il contenuto della domanda medesima, almeno nel pensiero dell'A. che si discute, si traggono da quanto scolpito nella legge, cosa che, al contrario, non avviene per il p. *iura novit curia*⁹⁶), sia del contenuto del principio medesimo. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, la soluzione avanzata, se accettabile, sembrerebbe dire: il principio della domanda ha come fondamento l'idea che il processo possa raggiungere il suo fine di giustizia esclusivamente ove, nei casi stabiliti dalla legge, sia introdotto ed il suo contenuto delimitato dall'iniziativa della parte; resta inteso, tuttavia, che ove l'esigenza della domanda di parte risulti di intralcio alla giustizia, piuttosto che a questa favorevole, a tale necessarietà si possa derogare.

Argomentare in questo modo, però, disvelerebbe una particolare caducità del principio di diritto positivo e delle disposizioni normative, i quali starebbero o cadrebbero, non per la loro intrinseca vigenza (o inefficacia), bensì per la valutazione di *opportunità* che di volta in volta gli interpreti (per quanto numerosi e concordi) svolgono. Senza considerare, poi, che foss'anche corretta la dimensione pubblicistica assunta dalla traslazione nel processo della regola generale (di diritto sostanziale) in base alla quale i privati hanno, nel nostro ordinamento, il libero esercizio dei diritti, non si capisce come sia ammissibile ad essa derogare⁹⁷ non appena appaia (in modo del

sua vigenza (*in thesi* non ricavabile da alcuna specifica disposizione), – quand'anche desunta «per generalizzazioni, dall'intero sistema processuale» (*La regola*, 397 nt. 21) – potrà essere indagata esclusivamente in un momento logicamente successivo a quello in cui si è dimostrata l'irrelevanza, rispetto al p. della domanda, del *quesito* di parte relativo alla norma applicabile ai fatti narrati. In questa direzione, non a caso, andrà il secondo argomento proposto in ID., *La pronuncia d'ufficio*, cit., 118, 119, su cui v. *infra* nel testo.

⁹⁶ V. nt. precedente per l'indicazione dei luoghi.

⁹⁷ Idea, peraltro, tradizionalmente presente nella dottrina classica (v. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 176; ID., *Principii*, cit., 728 e,

tutto opinabile, peraltro), che, al postutto, l'assunto su cui tale principio si fonda non è vero: e cioè che il fine della giustizia non risulta al meglio raggiunto attraverso il monopolio assoluto riconosciuto alle parti nell'attivazione della tutela giurisdizionale. In definitiva, si potrebbe dire, seguendo l'argomentare di Grasso, che il principio della domanda è ... parzialmente derogabile, perché quello che si è *affermato* essere il suo presupposto – dalle profonde radici ideologiche – è infondato, almeno in parte.

A nostro modesto avviso, poi, non molto più convincente è il secondo argomento utilizzato. Esso fa leva sul pensiero che alla base del principio della domanda vi sia l'esigenza che alla parte che postula sia «affida[ta] interamente la responsabilità della tutela»⁹⁸ o, in altre parole, il principio è comunque rispettato, anche ove la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato non sia integrale, purché «l'interesse»⁹⁹ riconosciuto al soggetto di determinarsi alla

riassuntivamente, LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, 99), in base alla quale il p. dispositivo va considerato «come il mezzo che la legge ha reputato migliore per conoscere e indagare le circostanze di fatto del caso singolo» ma che esso è nondimeno «aperto alle eccezioni appena questa presunzione sia bandita dalle circostanze del fatto concreto».

⁹⁸ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 118.

⁹⁹ Evidenzia BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, cit., 28, come tale *interesse* possa essere immaginato esclusivamente ove si ammetta la possibilità di modulare la tutela richiesta in relazione ai fatti che si decide di dedurre nel giudizio (oppure no); ove si ammetta – detto con parole diverse – che a poter essere oggetto del processo non sia necessariamente un *diritto*, bensì anche una “questione giuridica fattuale”, una “richiesta su una questione giuridica”. Infatti, come B. evidenzia, se, al contrario, tutti i fatti astrattamente invocabili per la dimostrazione della fondatezza del diritto (in senso sostanziale) posto ad oggetto del processo, ove non concretamente dedotti, risultassero comunque coperti dalla preclusione del dedotto e del deducibile, non solo non vi sarebbe alcun *interesse* alla delimitazione nella indicazione del fatto, bensì sussisterebbe in capo all'attore l'*interesse opposto* alla deduzione di qualsiasi fatto *eventualmente* idoneo a supportare la fondatezza della domanda proposta. Sembra quindi che in tale ottica vada letto il dubbio espresso da G. rispetto alla correttezza dell'estensione dei principi professati nella sua teoria concernente l'interpretazione dell'art. 112 c.p.c., alle ipotesi concettualmente contigue della litispendenza, della modificazione della

tutela e di scegliere quindi il tempo ed il modo della sua realizzazione resti comunque soddisfatto»¹⁰⁰.

Se il ruolo del principio della domanda – pur declinato secondo la regola dettata dall'art. 112 – si restringe alla scelta di determinarsi alla tutela e di stabilirne il tempo e le forme, ebbene, queste semplici esigenze sono già integralmente rispettate, nel pensiero dell'A., con la connessione imposta dalla parte tra i fatti allegati e gli effetti richiesti, senza che, a tal scopo, risulti necessaria altresì la corrispondenza con la norma invocata, quale *liaison* tra fatto ed effetto^{101 102}.

domanda, dei limiti oggettivi del giudicato (su cui v. *infra* nt. 105).

¹⁰⁰ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 68.

¹⁰¹ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 118, il quale, in particolare, così afferma «s'è visto come il principio della domanda, quale strumento della tutela privata del diritto, si realizza nella correlazione tra il chiesto e il pronunciato anche in ordine alla realtà semplice; infatti, il divieto di extrapetizione assicura al soggetto che i fatti costitutivi siano accertati *in iudicio* a sua discrezione, ossia quando egli ritenga non soltanto che si siano realizzati, ma che possano essere utilmente dedotti e sicuramente provati, e che il loro accertamento, anche se valga a tutelare una determinata situazione, non arrechi per contro pregiudizio alla rimanente sfera giuridica. Ciò con *l'iniziativa esclusiva per la pronuncia sull'effetto che egli ricollega a quei fatti, basta ad affidargli interamente la responsabilità della tutela, che sarebbe invece divisa fra lui e il giudice, se questi, vincolato quanto all'effetto, fosse libero di pronunciare sul fatto*. Per la realizzazione del sistema non è invece necessario che al privato sia lasciata altresì la disponibilità della norma. Sarebbe infatti superfluo attribuirgli il monopolio del terzo elemento essenziale, se, disponendo degli altri due, *egli può condizionare l'attuazione dell'ordinamento* nella personale valutazione del suo interesse» (corsivi nostri).

¹⁰² Una volta superata tramite questa motivazione la necessità di una corrispondenza tra il contenuto di *tutti* i quesiti che costituiscono la domanda, ed il contenuto della decisione, G. chiarisce che (*op. ult. cit.*, 119) «solo a questo punto, [...] può conferirsi rilevanza alla esistenza di interessi generali che possono essere invece soddisfatti *soltanto* col conferire al giudice la libera ricerca del diritto [...]». Senza ambiguità, dunque, è il medesimo A. che, di fatto, ammette l'errore metodologico nel quale era incorso nella sua prima trattazione sull'argomento (GRASSO, *La regola della corrispondenza*, cit.), in cui aveva posto direttamente sullo stesso piano il p. della domanda e lo *iura* etc. (su cui v. *supra* nt. 95). Così facendo, però, è egli stesso a smentire

Tale ultimo argomento, però, mostra tutta la sua fragilità nel momento in cui palesa la sua natura puramente assertiva, nulla giustificando col supporto della ragione, ma semplicemente affermando la soluzione adottata. E' del tutto sfornita di dimostrazione l'asserita sufficienza del fatto e dell'effetto nell'integrare il non meglio precisato requisito della *autonoma responsabilità* del postulante.

A ben guardare, infatti, non si vede il motivo per cui la *responsabilità* della tutela sia integralmente (e compiutamente) affidata alla parte, con il rimettere a questa il solo monopolio del fatto e dell'effetto; e ciò è tanto vero che con la stessa semplicità con cui si giunge a tale esito – forse, invero, persino più fondatamente, sempre seguendo l'argomentare del Grasso – si potrebbe affermare che la piena *responsabilità* della parte si espliciti nel solo monopolio del fatto e della norma ¹⁰³.

la bontà dell'argomento addotto nel primo scritto, quand'anche finalizzata a giungere alla medesima conclusione già proposta in quella sede.

¹⁰³ Tale ultima soluzione appare persino più conseguente rispetto alla premessa (integrale affidamento alla parte della tutela del diritto soggettivo), anche in considerazione della bontà di quanto lo stesso G. – correttamente – osserva (*La pronuncia d'ufficio*, cit., 155): «il giudice, accertati gli avvenimenti ed individuata la specie normativa adatta a sussumerli, non può non dichiarare, poi, un certo effetto concreto ossia, nel più dei casi, l'esistenza di una data situazione soggettiva; è questo un giudizio ultimo obbligato, poiché l'alternativa sul relativo quesito, si risolve *automaticamente* con lo scioglimento dei quesiti precedenti [fatto e norma], essi soltanto in astratto suscettibili di una doppia soluzione». E ad analoghe conseguenze si arriva anche attraverso le – sempre del tutto corrette – considerazioni relative alla nozione della unitarietà della fattispecie (*op. ult. cit.*, 135), quale proiezione del modello legale, che altro non è, in fondo, se non «l'aggregato [dei fatti] rilevante *sub specie iuris*» (*op. cit.*, 61), cui si ricollega l'effetto quale un *quid* da questa inscindibile. Sebbene lo stesso G. sottolinei come la determinazione degli effetti giuridici costituisca un momento essenziale dell'iniziativa della parte, in quanto l'art. 164 c.p.c. esclude che, in mancanza, possa configurarsi una domanda valida (*op. cit.*, 138); questo, però, ancora una volta, non sembra sufficiente al fine di considerare obbligata la conclusione per cui il *quesito* relativo alla norma giuridica applicabile sia irrilevante rispetto alla piena riferibilità della responsabilità della tutela alla parte che domanda. Salvo non

In sostanza, anche tale limitazione appare del tutto arbitraria e non più sostenibile delle altre possibili alternative.

Ancora una volta, come già rilevato nella teoria di Giannozzi, ritorna quel retropensiero per cui la medesima vincolatività del fatto e del diritto rispetto alla delimitazione del contenuto della domanda, irrigidisce in maniera *eccessiva* l'oggetto del giudizio e, *dovendo* quindi scegliere tra uno dei due, si predilige il primo al secondo.

Non è peraltro casuale che entrambe le teorie analizzate (descrittivamente definite: della “sostanziazione”) vengano proposte in opere che si occupano del tema dell'oggetto del giudizio solo in via indiretta, come strumento per il tramite del quale risolvere altri problemi con questo connessi (segnatamente: la modificazione della domanda e l'estensione del principio della corrispondenza ¹⁰⁴), così che l'approccio seguito predilige l'analisi “sceveratrice” rispetto a quella “unificante”, entrambe, beninteso, capaci di illuminare *alcuni* aspetti del fenomeno, ma mai tutti i profili problematici della questione nel suo complesso se non sono debitamente armonizzate.

L'attenzione degli autori si è concentrata sull'individuazione delle “unità costanti” dell'oggetto del processo, di quelle vincolate e di

ripiegare sul pensiero (non esplicitato ma) caro a Giannozzi, in base al quale, è pur sempre necessario rinunciare a riconoscere capacità individualizzante a *qualcuno* dei componenti degli elementi oggettivi della domanda ... (su cui cfr. *supra* alla nt. 81, testo e nota). Circa l'interrelazione tra qualificazione giuridica del fatto e determinazione dell'effetto, il quale ultimo consegue alla prima in modo necessario ed in senso univoco, v. DALFINO, *Questioni di diritto*, cit., 38, 40, 57, 139, nt. 63.

¹⁰⁴ Sembra abbastanza evidente che se si cerca di comprendere quando, pur mutando qualche sua parte, la domanda rimane la medesima nel contenuto essenziale, ovvero si tenta di delimitare l'attività giudiziale ammessa, da quella vietata, nell'ottica dell'ufficiosità della pronuncia, l'attenzione è concentrata sulla singola situazione soggettiva in sé considerata (potremmo dire, guardando dentro ad essa, verso l'interno) e non sulla sua delimitabilità rispetto alle *altre* (potremmo dire, guardando al di fuori di essa, verso l'esterno).

quelle non, sull'idea che, necessariamente (come premessa, pur non dichiarata), non tutti i singoli elementi – che senza dubbio costituiscono le componenti elementari della richiesta all'organo giurisdizionale – debbono provenire vincolativamente dalla parte che agisce, a pena di relegare il campo d'azione del giudice in uno spazio (percepito) come troppo angusto.

Non è altresì un caso, di converso, che queste prospettive sceveratrici non si pongano in modo preponderante il quesito relativo al criterio in base al quale – una volta fissati nel fatto (pur variamente declinato, in ogni caso inteso naturalisticamente) e nell'effetto i cardini insormontabili dell'iniziativa di parte, non surrogabile dal giudice – si possa discernere quando si è in presenza del medesimo oggetto processuale ¹⁰⁵ e quando non lo si è

¹⁰⁵ E' lo stesso GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 85 nt. 89, che esprime dei dubbi circa l'applicabilità della teoria da lui elaborata nell'individuare il contenuto della domanda rispetto ai problemi posti dal principio di corrispondenza, agli altri problemi del processo (si pensi alla litispendenza, alla modificabilità della domanda, al giudicato) per la cui risoluzione, «in base ad un particolare procedimento logico-sistematico», si è comunque considerata come preliminare la soluzione di quello dell'identificazione dell'oggetto della domanda. In particolare, ID., *La regola della corrispondenza*, cit., 400, conclude affermando che: «escluso il criterio del contenuto massimo necessario [quello esposto nel testo] che [...] può ritenersi valido soltanto per l'applicazione del principio della domanda, negli altri casi il contenuto rilevante dell'atto deve determinarsi tenendo esclusivamente conto del fondamento di ognuna delle regole richiamate [contraddittorio, immutabilità dell'oggetto, ne bis in idem, limiti oggettivi del giudicato] e degli scopi a cui tende la loro attuazione [...]». Naturalmente, l'esito può essere, a seconda dei casi, diverso [...]». Si dubita della coerenza di un atteggiamento interpretativo che modifica i criteri in base ai quali considera il pur sempre comune oggetto d'indagine, in funzione delle ricadute concrete che la teoria di volta in volta adottata avrà sul singolo istituto (atteggiamento, per quanto raro, in ogni caso non nuovo nella dottrina, su cui, cfr., già BETTI, *Diritto processuale*, cit., 174, 175; per certi versi, ove si precisa che l'oggetto del giudicato può essere diverso dall'oggetto del processo, identificato con la nozione di *lite*, CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, 291, 919; SATTI, voce «*Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*», cit., 826; PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande*, cit., 56, 57; FERRI, *Profili dell'accertamento*, cit., 79 ss., 83;

più. In sostanza, non si stabiliscono dei criteri in forza dei quali, nel continuo fluire dei fatti nel mondo del reale (e nel loro ancor più complesso divenire nel mondo – solo, rilevante per il processo – della rappresentazione, mediante narrazione, di ciò che si afferma essere il reale), si possa delimitare una specifica posizione soggettiva, come autonoma e distinta rispetto a un'altra che da alcuni (o da tutti) di tali fatti potrebbe sorgere.

Infatti, rimane insuperabile la critica da sempre mossa ¹⁰⁶ alle teorie della sostanziazione, nella parte in cui non sanno (perché non è

MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati*, cit., 16 nt. 3; nonché ID., *Diritto sostanziale e processo civile*, cit., 175, il quale ultimo fonda la propria critica alla dottrina dominante, sull'accusa rivoltale di ignorare il ruolo rivestito nella determinazione del *thema decidendum* dalla nozione di *procedimento*). Quel che qui preme rimarcare è l'ammissione fatta dallo stesso Grasso rispetto all'incapacità di una teoria congegnata nei termini di quella testé esposta, di rispondere adeguatamente al problema della individualità o pluralità delle situazioni soggettive dedotte in giudizio (sebbene non si dubiti dell' "unità" concettuale che costituisce l'oggetto della cognizione giudiziale: ID., *La pronuncia d'ufficio*, cit., 33, «[la tutela giurisdizionale] è richiesta, alla fine, [...] perché sia riconosciuto l'effetto che in concreto deriva dalla combinazione di quegli elementi [fatto e diritto]: di regola, il costituirsi di una *situazione soggettiva del postulante*» (corsivi aggiunti).

¹⁰⁶ V. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 187, 188, 48, «invero, non si saprebbe indicare alcun preciso criterio che presieda alla selezione dei fatti nella domanda, e non sia estraneo ai fatti stessi, cioè sia giuridico»; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 70, 74; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 245, 247, se pur in generale, sul problema della delimitazione dei fatti storici rispetto al problema dell'unità o della pluralità. Cfr. già BELLAVITIS, *L'identificazione delle azioni*, cit., 98; LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*, trad. it. di MANDRIOLI, in *Jus*, 1953, 466; FAZZALARI, *Note in tema*, cit., 120; IRTI, *Rilevanza giuridica*, cit., 91, 92; nonché, di recente, GAMBA, *Domande senza risposta*, cit., 15. La ricordata critica, a noi sembra, ben può essere mossa a quanto sostenuto da MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati*, cit., 23, in particolare quando afferma che «se i fatti-base della respinta impugnazione per errore sono adottati, in successivo giudizio, come falsa rappresentazione della realtà che *concorra* a dimostrare il dolo, non v'è preclusione per precedente giudicato perché la *parziale identità* "materiale" o "storica" dei fatti non esclude la diversità di fattispecie giuridicamente giustificativa sia pur di un effetto sanzionatorio [...] identico a quello prima negato» (corsivi aggiunti). Invero, è con evidenza plastica che da

possibile trovarne uno soddisfacente) fornire un idoneo parametro esterno in rapporto al quale delimitare il fatto rilevante e, di conseguenza, la individua situazione soggettiva che in esso trova fonte.

Cosicché, pur avendo chiarito la composizione *triplice* della domanda giudiziale (ancorché senza aver saputo spiegare in modo esauriente il *perché* dell'esclusione dall'ambito della vincolatività della “allegazione del diritto”), pur avendo fornito utili elementi per risolvere problemi *interni* alla domanda in concreto esercitata, tali teorie non sono in alcun modo in grado di fornire il criterio ultimo su cui basare il giudizio di unità o pluralità della(e) situazione(i) soggettiva(e) dedotta(e) nel processo ed, in ultima analisi, di fornire un utile e servibile strumento di “identificazione” della domanda.

tali affermazioni si percepisce la base assolutamente empirica sulla quale si predica la pluralità nel caso di specie, non essendo fornito da M. alcun criterio per comprendere quando la *parziale* diversità nel fatto materiale (posta la richiesta di un effetto identico) sia sufficiente per sancire l'alterità di una situazione sostanziale rispetto ad altra fondata su fatti solo in parte coincidenti. Merita di essere ricordata la proposta formulata recentemente da BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, cit., 112, 114, 151, 152, volta ad utilizzare la *lesione del diritto* (i.e.: l'allegazione di una situazione antiggiuridica, bisognosa di prova, chiamata ad operare quale condizione – da verificare in concreto – dell'azione), come parametro di delimitazione di ciò che è stato dedotto in giudizio, così da circoscrivere, rispetto all'allegazione di certi fatti costitutivi (*op. ult. cit.*, 136, 150), l'ambito di esplicazione dei poteri decisori del giudice. Basti qui evidenziare come una tale soluzione, oltre a far riferimento ad una visione del processo non condivisibile (in cui il giudice sembra chiamato necessariamente a pronunciare il “comando” finalizzato a por fine alla situazione antiggiuridica denunciata, ove a ciò sollecitato dall'attore – *op. ult. cit.*, 119, 120, 127), sconti anche una certa indeterminazione concettuale, così come una molto rilevante svalutazione della effettiva nozione del diritto soggettivo dedotto, il quale, pur costantemente richiamato, non viene delimitato in alcun modo apprezzabile, sembrando quasi risolversi nella protezione dell'interesse materiale (preggiuridico) che in un certo contesto *contra ius*, il postulante afferma negato.

3.2.2. (segue) *Nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di genere. Teorie che definiamo «riduttiviste», i.e.: in cui l'elemento causale, rappresentato dal fatto inteso in senso materiale (o semplice, o storico) è posto in secondo piano rispetto all'effetto invocato da chi domanda, e la sua funzione è degradata ad esplicitarsi sul solo piano strumentale della individualizzazione della situazione giuridica dedotta in giudizio, piuttosto che su quello della sua costituzione. Augusto Cerino Canova.*

Gli approdi dottrinali più avanzati rispetto al tema dell'oggetto del processo, con attenzione al settore dei diritti c.d. “eterodeterminati”, tendono comunque ad attribuire rilevanza, sotto il profilo causale della domanda, ai fatti considerati come meri accadimenti materiali ¹⁰⁷.

Queste dottrine sono, da una parte, influenzate dalla consapevolezza che qualsivoglia riferimento all'allegazione in diritto (anche mediante l'espedito – poco più che terminologico – del ricorso alla nozione del “fatto giuridico”) condurrebbe ad una delimitazione dell'oggetto della domanda e, *par consequence*, ad una parcellizzazione dell'oggetto del giudicato; dall'altra, rese accorte dalle critiche formulate nei confronti delle dottrine precedenti, che accoglievano la medesima premessa (il fatto dev'essere inteso in senso naturalistico), tutte principalmente fondate sulle gravissime difficoltà incontrate nel fissare un criterio di valutazione idoneo alla individuazione delle singole situazioni soggettive, nascenti dalla informe sequela dei fatti che si verificano – e sovrappongono, e confondono – nello svolgersi della vita reale.

Per ragioni che non è il momento di analizzare compiutamente, l'elaborazione di queste teorie parte dall'assunto che la tutela giurisdizionale possa dirsi effettivamente tale, solo ove sia capace di risolvere la controversia insorta tra le parti sotto ogni profilo di contrasto, attribuendo, suo tramite, una volta per tutte, il “bene

¹⁰⁷ Così, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 186, nt. 56; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 235, 346; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 74; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 388, 391, ma v., precedentemente, in altra direzione, ID., *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1062, 1063.

della vita” conteso tra i litiganti. A tal fine, l'oggetto della domanda deve essere il più ampio ed onnicomprensivo possibile, in modo da evitare che della medesima “ragione” di contrasto (verrebbe da dire: di lite) si possa, sotto altri profili, ridiscutere tra le stesse parti ¹⁰⁸.

Guidati dall'obiettivo di estendere quanto più possibile l'oggetto del processo, i fautori delle accennate teorie si sono resi conto che, proprio nell'ambito maggiormente travagliato dei diritti personali aventi ad oggetto prestazioni di genere, ogni riferimento al diritto, quale elemento di individuazione dell'oggetto, avrebbe condotto al risultato opposto a quello sperato. Da qui, in considerazione della circostanza che oggetto del processo debbono essere diritti (intesi quali situazioni soggettive autonome)

¹⁰⁸ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 233; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 186, 241 ss., 281; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 71; nonché ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 218; in senso latamente adesivo alla tendenza estensiva dell'oggetto del processo, MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum»*, cit., 480; nonché GAMBA, *Domande senza risposta*, cit., 16 ss., 20. In seno alla sua peculiare ricostruzione del vincolo giudiziale rispetto al *chiesto*, v. le considerazioni di BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, cit., 125, 126, e 126, nt. 65, il quale evidenzia l'assoluta opportunità di evitare eccessive ingessature nella fissazione del vincolo giudiziale ad opera delle parti, così manifestando il proprio favore per l'allargamento dei poteri officiosi e, dunque – a rigore – dell'ambito oggettivo del conseguente giudicato. Criticamente, cfr. le notazioni di VERDE, *Sulla «minima unità strutturale»*, cit., 575, 576, cui aderisce SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 242, nt. 26; TAVORMINA, *Dedotto, deducibile e costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 312 nt. 4, 319; ID., *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli, 2003, 120; ID., *Unicità del comportamento, pluralità di doveri ed oggetto del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 62; MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati*, cit., 29-35; nonché ID., *Diritto sostanziale e processo civile*, cit., 194.

¹⁰⁹, identificati con l'espressione evocativa di “beni della vita” ¹¹⁰, si è attribuito rilievo particolare all'*effetto* invocato da chi agisce, quale risultato pratico che il processo deve far conseguire a chi ha ragione.

Chiarita la centralità dell'effetto, quale essenza medesima (o, forse, sua *unica* consistenza) del “bene della vita”, è facile rendersi conto come esso, allorquando abbia ad oggetto una prestazione di consegna di cose fungibili, non sia autonomamente in grado di individualizzare lo specifico “bene” dedotto. Per tale

¹⁰⁹ L'affermazione, oltre che fondata, almeno a livello testuale, su numerosi elementi di diritto positivo, è piuttosto risalente, v., già, BETTI, *Diritto processuale*, cit., 69-71; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 59, pur distinguendo il ruolo reciproco nella determinazione dell'oggetto del processo, da riconoscersi all'*affermazione* del rapporto giuridico e alla *richiesta* del provvedimento, che, insieme, ciascuna nei limiti della propria funzione, costituiscono il presupposto del risultato del processo, e cioè «la dichiarazione contenuta nella sentenza, dell'esistenza o inesistenza di quel [quello affermato come esistente dall'attore] rapporto giuridico» (*op. ult. cit.*, 61); ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto*, cit., 168; FAZZALARI, *Note in tema*, cit., 122, 123; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 387; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 126; ID., *Unicità del diritto*, cit., 455, il quale, icasticamente, rileva che «il processo non può, invero, vertere su frazioni od aspetti di un diritto, ma sul diritto medesimo nella sua interezza: anzi, secondo una penetrante teorica, il diritto è rivelato nella sua consistenza ed identità d[a]l fatto di offrirsi a contenuto minimo di un processo»; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 45, 48-50; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 66, 67; MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile*, cit., 180; POLI, *In tema di giudicato*, cit., 583; CAVALLINI, *L'oggetto del processo di rivendica*, Napoli, 2002, 140; ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, 83 ss.; peculiare, la recente posizione sostenuta da BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, cit., 110, 111, 114, ove si afferma che oggetto del processo non è la sola affermazione del diritto, ma anche la *situazione di lesione* in cui esso si trova, così comprendendo, in una nozione sintetica, tutte le questioni che il giudice deve definire in vista della pronuncia del provvedimento richiesto, alla cui individuazione partecipano, oltre all'attore, anche il convenuto ed il giudice medesimo. Ai riferimenti qui esposti, *adde* quanto detto *supra* nt. 3.

¹¹⁰ Sul sintagma e, in senso lato, sulla nozione, v., in origine, CHIOVENDA, *Principii*, cit., 30 ss.; di particolare interesse la notazione di ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 159, il quale, pur non facendovi ricorso esplicito,

indispensabile operazione – il cui raggiungimento è l'obiettivo di qualsiasi teoria dell' "identificazione" – è necessario qualcosa di più, che deve giocoforza essere rappresentato dal fatto *materiale*, asserito come generatore dell'*effetto* dedotto.

Il fatto materiale, quindi, ritorna ad assumere una funzione di individuazione, seppur con un ruolo molto diverso rispetto a quello lui riservato dalle teorie tradizionali; ruolo sostanzialmente servente rispetto all'effetto che costituisce proprio il "bene della vita", benché non ancora individuo, cui tende chi domanda.

Giunti all'affermazione dell'inevitabile rilievo del fatto, quantunque in seconda battuta rispetto alla postulazione dell'effetto, nuovamente torna – ineludibile – il problema della fissazione del criterio capace di delimitare il fatto medesimo rispetto a tutti gli altri che continuamente si succedono nella vita dell'uomo, sotto pena, in mancanza, di annichilirne la invocata capacità individualizzante.

Cosicché, su questo punto nevralgico si devono valutare le teorie evocate, che, come già sopra accennato, descrittivamente intendiamo chiamare "riduttiviste" ¹¹¹, proprio per la loro

ammonisce di tenere in conto «che ogni diritto, in sé e per sé considerato, è un *bene* che soddisfa un interesse economico o morale di chi ne sia titolare nell'ambito della società» (corsivi aggiunti); adesivamente, cfr. anche GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 95, 96. L'espressione è stata fatta propria da CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 139, 143, «l'opinione di chi scrive consiste in una adesione vieppiù convinta al pensiero di Chiovenda, alla concezione per cui il diritto è riconoscimento giuridico di un «bene della vita» ed il processo si svolge per l'attribuzione di tale bene. [...] Questa definizione [...] se può non rendere adeguatamente il concetto di diritto soggettivo, serve a stabilire quando c'è un diritto soggettivo e l'entità consentanea per cui si svolge il processo»; in questo uso terminologico seguito da MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., *passim*, ma v. 191, 242, 327; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., *passim*, ma v., 71, 74; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela*, cit., *passim*, ma v., 160, 168, nt. 203, 365; e ha, oggi, un utilizzo estremamente vasto, sebbene con ruoli e significati dal grado tecnico e dal rigore concettuale molto diversificati.

¹¹¹ Riduttiviste, quindi, in quanto "riducono", in ultima analisi, al solo effetto giuridico (quello che tradizionalmente si è definito *petitum* mediato),

fondamentale focalizzazione rispetto all'effetto, che diviene il punto di riferimento primo (a tratti unico), su cui valutare la individualità dell'oggetto del processo.

Come già ricordato, escluso il ricorso alla nozione di fattispecie astratta, il primo fautore in Italia di un approccio orientato nel senso descritto – Cerino Canova – ritiene sufficiente per la delimitazione del fatto ... proprio l'*effetto* giuridico invocato dall'attore: «la misura della giuridicità dei fatti narrati nella domanda, la loro aggregazione e separazione sono determinate dal diritto fatto valere dall'attore. Conseguentemente, i fatti si coagulano ed organizzano per la loro attitudine a fondare il diritto fatto valere [...] l'effetto giuridico invocato dall'attore introduce tutte le fattispecie idonee a sorreggerlo ¹¹²».

La critica, peraltro non nuova ¹¹³, appare piuttosto scontata:

l'elemento individualizzatore del diritto dedotto. Riferiscono – con accenti decisamente critici – del fenomeno di progressiva valorizzazione della “richiesta” (*petitum*) a discapito dell'elemento “causale” (*c. petendi*) nella dottrina dell'oggetto del processo, in particolare di matrice germanica, HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti*, cit., 760, 766, 768; FAZZALARI, *Note in tema*, cit., 119, 120.

¹¹² CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 189; le cui conclusioni sono condivise, ribadendo l'affermazione che è nel diritto sostanziale affermato il filtro idoneo a delimitare quel settore della realtà definito come oggetto del processo, da MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum»*, cit., 480; nonché da CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 74, per il quale «pare da accogliere il rilievo per cui l'effetto giuridico assume un ruolo dominante in quanto è pur sempre ad esso che si ricollega la capacità individuatrice del fatto storico-costitutivo, in modo tale che quando più fatti generano un solo effetto in base alla fattispecie normativa essi si riuniscono in un solo fatto costitutivo».

¹¹³ In modo esplicito, MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 249, ma, soprattutto, 231, «in tal modo, però, è instaurato un pericoloso circolo vizioso: la identità dell'effetto è data da quella del fatto, ma, d'altro canto, la identità del secondo deriva dall'unità del primo». Non si dimentichi l'ammonimento che fu già di CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 163, che esortava a diffidare dell'idea che possa individuarsi l'unità del fatto giuridico sulla base della verifica se dai varî fatti semplici (motivi) derivi una stessa conclusione giuridica; giustamente ripreso sul punto da HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit.,

infatti, pretendere che sia l'effetto medesimo a fissare il metro per la rilevanza del fatto, in ultima analisi non può significare altro se non che è il solo *effetto* che ha valenza individuatrice del diritto in senso contenutistico-strutturale. Il fatto, al massimo, è in condizione di rilevare come catalizzatore delimitante un *certo* “episodio della vita”, rispetto al quale la fondatezza del diritto non può esaurirsi, e che riesce utile come semplice parametro di riferimento per la soluzione del (solo) quesito dell'unità o della pluralità.

Non è tanto, come scrive l'illustre A., che tutte le fattispecie idonee a sussumere il fatto allegato rispetto all'effetto affermato sono da considerarsi automaticamente dedotte, quanto piuttosto che i fatti materiali – in fondo – possono pure essere modificati senza che il diritto soggettivo, per questo, subisca alcun mutamento, purché fondino sempre il medesimo effetto; e che, di conseguenza, a differenza delle teorie che abbiamo definito della “sostanziazione”, la loro narrazione non ha una vera e propria capacità individuatoria.

Dalla circolarità del ragionamento – invoco l'effetto, narro il fatto, il diritto è individualizzato dall'effetto e dal fatto che quell'effetto può fondare – consegue che, in realtà, il fatto non è elemento identificatore nemmeno dei diritti eterodeterminati. Esso rileva come semplice *strumento* di individualizzazione che deve essere “fissato” quale unità costante ed invariabile, senza tuttavia che si abbia, nel compimento della delicatissima operazione, l'ausilio di alcun criterio tecnico-giuridico, dovendosi essa basare solo su di un parametro pratico-empirico ¹¹⁴, blandamente

149.

¹¹⁴ Con parole in parte diverse, ciò che cerchiamo di dire è che l'unica frazione di fatto che nella ricostruzione del Cerino Canova sembra rilevare, è quella che si estrapola dalla congerie della narrazione del postulante e rappresenta l'essenza minima del “contesto” storico in seno al quale si colloca la pretesa avanzata nel processo. Una volta individuata questa “unità minima” (che, si badi, non ha alcuna caratterizzazione tecnico-giuridica), la funzione del fatto rispetto all'individualizzazione del diritto è esaurita; giacché, tutti i fatti

orientato finalisticamente al riconoscimento, a vantaggio dell'attore, dell'effetto giuridico invocato ¹¹⁵.

Di questa degradazione del fatto, quand'anche considerato alla stregua di un elemento individualizzatore, è perfettamente conscio lo stesso Cerino Canova, il quale si premura di chiarire che «*la res in iudicium deducta* è proprio e direttamente il diritto, rispetto al quale il fatto svolge un ruolo importante di individualizzazione,

materiali ulteriori sussumibili nelle potenzialmente illimitate fattispecie astratte che fondano l'effetto, alla sola condizione che siano riferibili alla ricordata "unità minima", possono liberamente essere portati alla conoscenza del giudice, non comportando alcuna modifica del diritto dedotto. Senza in questa sede esprimere un giudizio sulla bontà di una tale dottrina, dal punto di vista della corretta fissazione delle premesse su cui si basa e dei logici sviluppi di queste, basti evidenziare che il richiamo fatto all'effetto, non detta alcun criterio rispetto alle operazioni, indispensabili: a) di *individuazione* dell' "unità minima"; b) di *verifica* rispetto alla possibilità di riconduzione (o non) dei fatti ulteriori allegati all' "unità minima" medesima. Qual è il "contesto", appunto minimo, in cui si situa la pretesa dell'attore? I fatti ulteriori, che pur sussunti in una delle fattispecie condurrebbero al riconoscimento dell'effetto invocato, si riferiscono a quel "contesto" o ad esso sono estranei? Si pensi al caso in cui l'attore chiede il pagamento di una certa somma di denaro (per restituzione del prezzo e risarcimento del danno) nei confronti del convenuto in quanto ritiene che un certo contratto di compravendita, afferente ad un contratto quadro di compravendita, sia stato inadempito; si narra successivamente che non esiste il contratto di compravendita perché in realtà è stato stipulato, a distanza di anni dalla conclusione del contratto quadro, un contratto unico di compravendita da quest'ultimo autonomo con consegna differita della merce. Infine, eccepita la nullità del contratto di compravendita a consegna differita, si richiede una somma di danaro come restituzione del prezzo indebitamente pagato per la vendita di tutta la fornitura. Ovvero, più semplicemente (esemplificazione di CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 190, riproposta da MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum»*, cit., 478), nel caso di credito sorto in base ad un certo contratto, rispetto al quale viene eccepito un vizio di legittimità e, quindi, si deduce altro fatto costitutivo, rispetto al quale il contratto originario ha funzione novativa o riproduttiva. Qual è l'unità fattuale minima che individualizza il diritto rispetto all'effetto, consistente nella condanna al pagamento di una somma di denaro? Quali fatti sono riferibili a tale unità minima e quali, invece, appartengono ad altra unità, così

ma sempre *strumentale* ¹¹⁶», quindi importante, ma sino ad un certo punto: cioè quello in cui esso consente di distinguere un certo diritto da un altro avente il medesimo contenuto (*rectius*: effetto), senza mai, tuttavia, essere assolutizzato come un criterio da porre sullo stesso piano dell'effetto ¹¹⁷.

In definitiva, il diritto sembra sempre più ridicibile, *tout court*, all'effetto invocato, lasciando al fatto un ruolo residuale di mera delimitazione di una figura soggettiva, rispetto ad altre aventi il

da fondare un altro diritto? In che modo l'effetto invocato può delimitare il fatto individualizzante, se non in modo assolutamente empirico e del tutto arbitrario? Nelle pagine successive dell'*op. cit.*, vengono svolti degli esempi (su cui cfr. *infra* nt. 118), che sebbene espongano singole soluzioni, non chiariscono appieno il significato da attribuirsi alla regola in via generale esposta da C. Senza voler creare azzardati parallelismi, si pensi al richiamo fatto al «nucleo dei fatti giuridici costitutivi» diffuso in giurisprudenza e alla sostanziale adesione a tale approccio dimostrata da FERRI, *Struttura del processo*, cit., 90 ss.; nonché al richiamo di chiovendiana memoria (CHIOVENDA, *Principii*, cit., 287; ID., *Istituzioni*, cit., 311) dell'«elemento che conferisce individualità all'azione», idoneo a fondare la sua unicità quand'anche altri elementi della *c. petendi* differiscano tra loro.

¹¹⁵ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 190, lascia intendere che il criterio finalistico sia in realtà solo un criterio relativo, poiché Egli afferma: «l'unicità del diritto o la pluralità dei diritti deve essere definita dalle loro relazioni con i fatti dedotti, ossia tra i collegamenti tra fattispecie concrete. [...] La molteplicità dei diritti e dei fatti costitutivi si manifesta nella pluralità delle fattispecie – non importa se identiche o diverse – idonee a sorreggere diritti coesistenti». Si aggiunge, tuttavia, che ove differenti fatti storici tendano verso un unico effetto (es. dell'allegazione di un contratto e poi del rapporto dalla cui novazione è sorto il contratto medesimo, dai quali si asserisce sorgere il credito vantato), allora il diritto è unico, al di là della pluralità dei fatti costitutivi «la diversità dei fatti storici non può far dimenticare che le relative fattispecie giuridiche sono coordinate verso un unico e medesimo effetto [...]. In tal senso, il criterio dell'effetto giuridico affermato nella domanda esprime la sua funzione decisiva, poiché impedisce di affidare alla sola diversità del fatto un compito che può riuscire fuorviante». Le affermazioni testé citate, invero, piuttosto che chiarire il pensiero espresso in linea generale, sembrano ulteriormente confonderlo, a tratti privando di qualsiasi rilievo l'effetto invocato, a tratti, all'opposto, risolvendo nel solo effetto ogni profilo di identificazione.

¹¹⁶ Così, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 191 (corsivi aggiunti),

medesimo contenuto ed intercorrenti tra le stesse parti.

Il criterio selettivo proposto, come detto, risulta piuttosto incerto e, se preso alla lettera, in realtà del tutto assente (proprio da un punto di vista logico). Ciò che lo svolgimento delle pagine successive dell'opera del Cerino Canova suggerisce, in realtà, è che il problema dell'unità o della pluralità debba risolversi sul piano del pretto diritto sostanziale, con un'analisi che tende a verificare l'incidenza della diversità della disciplina prevista per ciascuna fattispecie astratta presa in considerazione, in relazione ai criteri che, nel pensiero dell'A., hanno, ovvero non hanno, rilevanza ¹¹⁸.

nello stesso senso, v. anche, 222. V. altresì, in termini, CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 74, il quale parla di assolvimento di una «funzione fondamentale per l'identificazione, ma pur sempre meramente strumentale e sussidiaria».

¹¹⁷ E forse questo discorso è più apprezzabile alla luce del rilievo che, sebbene non in modo esplicito, nella ricostruzione del Cerino Canova il *diritto* venga sostanzialmente equiparato all'*effetto* invocato (cfr., *op. cit.*, 166, 168 nt. 241, 191, 223, 232). Analogamente, v. CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 74; già, cfr. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 311, ove si afferma che il bene della vita si risolve nella identificazione della prestazione dovuta. Spunti in tal senso anche in MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 207, 209, sebbene ricorrendo a una nozione più complessa, non intendendo con *effetto* la semplice richiesta). Se ci si pone dall'accennata prospettiva, si potrebbe forse gettare nuova luce sull'incertezza insita nella teoria così come esposta da C. ove, in sostanza, – seguendo l'idea che *effetto* e *diritto* coincidono tra loro – emergerebbe che non s'intende attribuire all'*effetto* giuridico alcuna capacità selettiva del fatto individualizzatore, ma che essa sia demandata proprio al *diritto* in sé considerato. Cosicché, in realtà, si vogliono inserire in linea di conto le astratte fattispecie su cui il diritto potrebbe trovare fondamento (non tanto l'*effetto*), ed in base al raffronto tra queste risolvere il quesito dell'unità ovvero della pluralità. Sicché il problema verrebbe solo spostato, dalla idoneità selettiva dell'*effetto*, a quella delle *fattispecie*, senza che venga rivelato alcun criterio di raccordo, ad eccezione di quello riguardante la novazione (*i.e.*: unico diritto, nonostante l'apparente pluralità di fatti costitutivi – *op. cit.*, 190), il quale, però, nel sottintendere che in astratto si potrebbero ben immaginare *due* distinti fatti (storici) costitutivi – quelli rappresentati: dal rapporto originario e dal rapporto novato – impedisce di trarre una nozione unitaria e generale di fatto individualizzatore, che possa prescindere dal contenuto delle fattispecie astratte.

¹¹⁸ Così, vengono compiute due dimostrazioni relative ad ipotesi classicamente

3.2.2.1. (segue) Sergio Menchini. Nella ricerca del criterio capace di svolgere la funzione di parametro rispetto al quale risolvere il quesito dell'unità o della pluralità delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio, s'impone il maggior ostacolo, per far fronte al quale le teorie della «sostanziazione» e – seppur in modo differente – quelle definite «riduttiviste», scontano le maggiori incertezze.

Altro Autore s'inserisce nella medesima linea di pensiero tracciata dalla teoria appena esposta, con la quale certamente

dibattute: quella del rapporto tra il diritto al risarcimento del danno da inadempimento contrattuale e quello nascente da responsabilità extracontrattuale (CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 191 ss.; ove si afferma l'unità anche del diritto da risarcimento e di quello da arricchimento senza giusta causa, così come del diritto al compenso per esecuzione del mandato o per *negotiorum gestio*. Si noti, che lo stesso CERINO CANOVA, *Unicità del diritto*, cit., 454, 458, ritiene naturalmente unico anche il diritto al risarcimento del danno, ove riguardato dal punto di vista delle plurime voci che lo compongono); nonché la relazione tra azione cambiaria ed azione causale (*op. ult. cit.*, 209 ss.). Inoltre, si conferma l'irrelevanza della disciplina della competenza rispetto al problema dell'individuazione della domanda giudiziale (*op. ult. cit.*, 121, 122, 208 nt. 152), così come delle conseguenze che possono verificarsi in relazione ai rapporti dipendenti da quello oggetto del processo (*op. ult. cit.*, 139), o, ancora, delle regole riguardanti la capacità dell'agente (*op. ult. cit.*, 201), ovvero, del termine di prescrizione (*op. ult. cit.*, 202, 205) per tal via evidenziando come l'analisi debba, di principio, essere compiuta caso per caso ponendo attenzione alla disciplina, prima di tutto sostanziale, nelle parti in cui dispone “momenti diversificatori” tra le fattispecie astratte per le quali possano sorgere incertezze quanto al problema dell'unità o pluralità. Nondimeno, è difficile nascondere una certa insoddisfazione rispetto ad alcune delle argomentazioni proposte; si pensi, in particolare, a quella messa in campo per escludere un qualche rilievo (rispetto alla soluzione nel senso della pluralità) al differente termine prescrizione sussistente tra le varie forme di responsabilità civile. Osserva in proposito C. (*op. ult. cit.*, 202): «la differente disciplina della prescrizione dettata in via generale non permette ancora di inferire una pluralità di diritti, ma costituisce solo un corollario di questa. Proprio perché si valuta una causa estintiva di situazioni giuridiche, la contemporanea applicazione di diverse regole presuppone la convinzione che molteplici siano nel caso i diritti e dunque che già sia stato *aliunde* risolto il *thema demonstrandum*»; sommamente sembra possibile ribattere che è l'argomentare del C. che inverte i termini del problema; infatti, se è vero che

condivide la preponderante preoccupazione di evitare una proliferazione di giudizi determinata dalla eccessiva delimitazione dell'oggetto del processo. Questa dottrina, posta di fronte al medesimo problema della delimitazione del fatto al fine di stabilire quando esso possa dirsi “costitutivo” del diritto – cioè idoneo a distinguere, sotto il profilo causale, il singolo diritto esercitato da tutti gli altri –, e di certo ben conscia delle difficoltà in cui si sono trovati invischiati coloro che avevano in passato già battuto la medesima strada, si propone di trovare un criterio oggettivo, nel tentativo di trarre la fondamentale nozione fuori dall'area dell'opinabilità in cui, così sovente, si è trovata relegata.

Proprio in ossequio a considerazioni di stampo finalistico, volte, come già ricordato, ad estendere il più possibile l'oggetto del processo, si esclude che la singola fattispecie possa rappresentare un utile parametro ¹¹⁹ rispetto al quale delimitare l'ambito dei fatti storici che vanno ad integrare il “fatto costitutivo”, considerato quale elemento individuatore del diritto azionato in giudizio. Si rileva – infatti – che pressanti ragioni di opportunità lo

la disciplina della prescrizione è un *corollario* della pluralità dei diritti – atteso che il diritto positivo inequivocabilmente fissa una variegata disciplina prescrizionale – non si può che concludere ammettendo che la premessa (relativa alla unità o pluralità) sia stata risolta *dalla legge sostanziale* proprio nel senso della pluralità. Ciò, poi, al di là della stimolante considerazione di TAVORMINA, *Il processo come esecuzione*, cit., 16 nt. 30 e nel testo, per il quale la prescrizione non è un fatto estintivo del diritto, bensì la semplice manifestazione dell'originaria limitatezza temporale del diritto soggettivo e, in quanto tale, elemento determinante il *contenuto* del diritto medesimo.

¹¹⁹ Ritiene la fattispecie astratta l'unico parametro idoneo per la delimitazione dei fatti materiali e la loro considerazione a guisa di “fatti costitutivi”, FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., 87 (in senso consimile, già, FAZZALARI, *Note in tema*, cit., 122), sebbene in seno ad una visione generalmente scettica rispetto alla possibilità di formulare una teoria unitaria dei criteri identificativi di *petitum* e *c. petendi* (*op. ult. cit.*, 86; nonché ID., *Struttura del processo*, cit., 87; di analoga opinione su tal ultimo punto sono SAIITA, voce «*Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*», cit., 824; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 326).

sconsigliano ¹²⁰. Come l'esperienza dottrinale precedente aveva già dimostrato, il ricorso a tale criterio porta con sé una rilevante delimitazione dell'oggetto del processo e la connessa (e conseguente) ripetibilità dei giudizi aventi ad oggetto – a detta di Menchini – i medesimi beni giuridici ¹²¹.

Una volta messa in evidenza l'impossibilità concettuale di individuare in maniera condivisibile e scientificamente sostenibile un valido criterio metagiuridico in grado di fungere da parametro di delimitazione del c.d. “episodio della vita”; una volta dimostrato, ancora, che è solo sul piano strettamente tecnico-giuridico che tale parametro possa essere trovato, ed avendo al contempo escluso l'idoneità dell' “effetto” e della singola “fattispecie” al detto scopo, la proposta che viene avanzata assume come criterio i *rapporti* che si instaurano tra differenti fattispecie astratte, considerati alla luce della disciplina positiva vigente in un determinato momento storico.

A simile risultato si giunge prendendo le mosse dalla considerazione per cui, se è impossibile che in un ordinamento positivo il medesimo effetto sia collegato a fattispecie tra loro identiche, è invece estremamente comune che uno stesso effetto discenda da più fattispecie (astratte), con la precisazione, però, che in tale seconda ipotesi, le fattispecie sempre condividono un nucleo di fatti comune ¹²².

¹²⁰ MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 242, 243, in particolare, 245 ove si afferma che con l'adesione alla teoria criticata si raggiungerebbero «risultati difficilmente condivisibili non soltanto sul piano teorico, ma soprattutto su quello applicativo» nonché, 249, ove «facendo tesoro dell'esperienza negativa, soprattutto dal punto di vista applicativo, della dottrina classica» (corsi aggiunti). Analogamente, CONSOLO, voce «Domanda giudiziale», cit., 74. Lo rileva, pur in modo parzialmente critico, anche ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 476.

¹²¹ MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 242.

¹²² Così, MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 249. Della bontà della seconda delle due generalizzazioni, a nostro sommo avviso, sarebbe possibile anche dubitare; a ben guardare, infatti, per poter dire che in fattispecie diverse alle quali consegue un medesimo effetto, sempre sussiste un nucleo di fatti

Sicché si deduce che alla ricorrenza di certune *relazioni*¹²³ tra fattispecie astratte, purché queste condividano alcuni elementi, si può concludere nel senso dell'unicità del “fatto costitutivo” e, pertanto, dell'unità del diritto¹²⁴.

Accantonando per il momento le considerazioni che potrebbero farsi sulla coerenza logica della descritta conclusione nel senso dell'*unità* alla semplice ricorrenza di *certe* relazioni tra fattispecie astratte¹²⁵, così come sulla conferenza della trasposizione di quel

comune, sarebbe necessario preliminarmente definire cosa si intenda per “effetto identico”. Ché se con “effetto identico”, si vuole intendere una unica “situazione sostanziale”, allora essa è una mera premessa, indimostrata, prodromica alla successiva argomentazione condotta dall'A., il quale si situerebbe, così, nel medesimo filone di chi, in ultima analisi, ritiene che il “diritto sostanziale” altro non sia che l' “effetto”; se, invece, si vuole intendere la “modifica” che si verifica nel mondo del giuridico, ebbene tale generalizzazione non è per nulla vera, atteso che effetti identici – in particolare gli effetti di genere (obbligo di pagare, etc.), di cui ci si occupa – possono prodursi anche da fattispecie che non hanno alcun nucleo di fatti comune (si pensi all'obbligo di pagamento del prezzo per una compravendita e all'obbligo di pagamento, a favore del terzo datore d'ipoteca regrediente, della quota gravante su uno dei più terzi datori di ipoteca non escussi). Sempre che, naturalmente, non si voglia sostenere che l'effetto rappresentato dall' “obbligo di pagare” sia specificato anche dalla quantificazione del dovuto e dal contenuto in senso lato dell'obbligo (cioè dalle caratteristiche complesse del singolo effetto come descritto dalla legge che fissa la singola fattispecie produttiva), affermazioni, però, entrambe negate da M. (rispettivamente: *op. ult. cit.*, 220, nt. 49, 276, nt. 149 e *op. ult. cit.*, 233), le quali, peraltro, se accolte, obbligherebbero ad individuare quasi sempre nella singola fattispecie il parametro selettivo del fatto costitutivo. Circa l'inidoneità della quantificazione a costituire un elemento d'individuazione del diritto cfr. anche, *ex pluribus*, le considerazioni di FRANCHI, *La litispendenza*, cit., 91

¹²³ Relazione di esclusione (*op. ult. cit.*, 250); relazione di specialità e sussidiarietà (*op. ult. cit.*, 252); relazione di assorbimento (*op. ult. cit.*, 268); relazione di coincidenza cronologica (*op. ult. cit.*, 271).

¹²⁴ MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 250. Aderiscono a tale ricostruzione CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 75; PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 404, 405; nonché, di recente, MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela*, cit., 455.

¹²⁵ Tale verifica imporrebbe, infatti, un'analisi dettagliata di ciascuna delle cinque

criterio dal piano concreto (in cui la situazione soggettiva è considerata in quanto materialmente esistente) del diritto sostanziale, a quello astratto (in cui la situazione soggettiva è considerata in quanto meramente affermata) del diritto processuale¹²⁶, è opportuno svolgere brevi notazioni sulla nozione di fatto costitutivo che emerge dalla ricordata dottrina.

Secondo l'insegnamento in considerazione, il presupposto della eventuale unicità del fatto costitutivo è certamente rappresentato dalla coincidenza di alcuni degli elementi che compongono varie fattispecie tra le quali sussiste una specifica relazione. Quel che invece non è così chiaro è se per fatto costitutivo debba intendersi solamente il fatto storico idoneo ad integrare gli elementi comuni (una sorta di "unità minima"¹²⁷), ovvero la somma di tutte le circostanze materiali che potrebbero essere sussunte in uno qualunque degli elementi che compongono le varie fattispecie tra cui sussiste la relazione qualificata.

Se fosse vera la seconda ipotesi, però, si dovrebbe immaginare che la modifica di solo alcuni dei fatti storici che pur potrebbero essere sussunti all'interno di alcune delle diverse fattispecie aventi tra loro una relazione qualificata, implicherebbe una modifica del fatto costitutivo (essendo esso, *in thesi*, composto da *tutti* i potenziali elementi delle fattispecie concorrenti a fondare l'unico diritto), così, vanificando lo scopo mirato da Menchini e soprattutto, contraddicendo i risultati cui l'A. giunge nella vasta esemplificazione effettuata nella sua opera¹²⁸.

relazioni individuate da Menchini – v. *supra* nt. 123 – per la quale la presente non appare la sede in cui diffondersi. V., nondimeno, le serrate e critiche notazioni di TAVORMINA, *Unicità del comportamento*, cit., 56.

¹²⁶ Cfr. i cenni svolti *supra*, nt. 64.

¹²⁷ Su cui cfr. *supra* nt. 114.

¹²⁸ Sebbene qualche indicazione in tale direzione – almeno in apparenza – potrebbe ricavarsi dalle espressioni utilizzate in MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere*, cit., 1993, 36, in cui si afferma che, ove oggetto del processo sono diritti eterodeterminati, *per i quali i fatti costitutivi risultano al contempo fatti c.d. identificatori*, «il giudice può porre a base della decisione

D'altronde, abbracciando l'altra soluzione, la nozione di “fatto costitutivo” verrebbe profondamente modificata rispetto al significato che il nome e la sua lunga tradizione lascerebbero immaginare. La detta nozione, infatti, più che a un fatto costitutivo, e cioè: un «accadimento storico, che, integrando quella [la fattispecie], genera l'effetto giuridico ¹²⁹», dovrebbe essere riferita al sintagma “fatto individuatore”, cioè quel fatto che, pur parzialmente costitutivo del diritto soggettivo, non è idoneo, di per sé solo, a far sorgere quest'ultimo, avendo una funzione meramente individualizzante e non propriamente causale. Ma ancora una volta, se si dovesse giungere a tale conclusione, la teoria di Menchini sarebbe più vicina a quella di Cerino Canova di quanto in apparenza possa sembrare.

Invero, ad individualizzare il diritto eterodeterminato, non sarà tanto il “fatto costitutivo”, inteso quale fatto storico integrante gli elementi di una fattispecie astratta da cui, quindi, sorge l'effetto invocato ¹³⁰, ma qualcosa di meno, un semplice nucleo di fatti non

soltanto i fatti presentati dall'attore e non può fondare la sentenza di accoglimento su una *fattispecie non indicata dalla parte interessata*, quantunque risultante dalla trattazione; invero, se egli operasse in modo opposto, violerebbe il divieto di extrapetizione, in quanto pronuncerebbe su una *situazione giuridica soggettiva differente* da quella individuata dal ricorrente con la domanda introduttiva» (corsivi aggiunti).

¹²⁹ Così, lo stesso MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 235; analogamente, *ex multis*, PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridici*, cit., 27, «si chiama costitutivo quel fatto dal quale dipende la nascita di una situazione giuridica soggettiva. E poiché tali situazioni vivono nell'ambito del rapporto giuridico, diremo costitutivo quel fatto dal quale dipende la nascita di un rapporto giuridico, nel duplice e correlativo profilo della nascita della posizione attiva [...] e della nascita della posizione passiva»; o ancora, pur parlando di fatto giuridico, CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 83, «posto che per fatto storico si intende ogni avvenimento naturalisticamente individuabile, considerato nel complesso delle modalità con cui si attua, cioè nell'interezza della sua realizzazione, è evidente che un fatto storico è anche giuridico, cioè fatto rilevante per il diritto, solo se e in quanto integra uno schema giuridico».

¹³⁰ Come sembrerebbe dire l'A.: v. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 226, 229, 232; *op. ult. cit.*, 230, «l'indicazione della *causa petendi* è, perciò, necessaria,

specificamente individuato che ha la capacità di far risalire al *fascio* di fattispecie che attorno ad essi – in forza delle relazioni qualificate tra esse esistenti – può coagularsi, tutte aventi la particolarità di condurre alla nascita di un *unico* diritto.

Così, se viene narrato un fatto fondante una responsabilità da inadempimento del contratto di trasporto ¹³¹, individuatori del diritto azionato saranno solo gli elementi che possono contemporaneamente essere sussunti in altre fattispecie astratte – che, naturalmente, contengono ulteriori elementi atti a specificarle – (e.g.: responsabilità da circolazione stradale, responsabilità extracontrattuale generale ¹³²) e, dunque, essi non potranno dirsi

per conoscere quale bene della vita l'attore pretenda; del resto, una sentenza, che si limiti a riconoscere oppure a negare il diritto dell'attore al pagamento di 100, è una non decisione, perché il suo oggetto è sganciato da qualunque rapporto sostanziale»; *op. ult. cit.*, 368, «si è sostenuto che si abbia *un solo fatto costitutivo* tutte le volte in cui l'*accadimento storico* preso in esame sia scomponibile, in ragione delle norme applicabili, in una fattispecie concreta unitaria» (corsivi aggiunti).

¹³¹ Cfr., per tale ipotesi, MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 256 ss.

¹³² Ma si immagina il seguente caso: Caio, in seguito a una deviazione alla guida della propria bicicletta, fa urtare l'auto di sua proprietà (A), ma condotta da Sempronio, contro l'auto (B) che aveva invaso la corsia in cui procedeva quest'ultimo, di proprietà di Alfa Assicurazioni e condotta da Mevio. Alfa, in qualità di proprietario del secondo veicolo (B), conviene Caio in giudizio sostenendo la sua integrale responsabilità nella causazione del sinistro e, in via cumulata – asserendo che l'auto A non è di Caio, bensì propria – pretende dal convenuto anche il risarcimento di tal danno materiale in quanto egli è colui che ha causato l'occorso. Caio, in via riconvenzionale, chiede ad Alfa il risarcimento dei danni da lui patiti, asserendo la responsabilità del veicolo condotto da Mevio insieme a quello condotto da Sempronio, in cumulo con la domanda di pagamento dell'indennizzo nascente dalla polizza infortuni stipulata con la medesima Alfa per il danno non patrimoniale subito, nonché, se Alfa risultasse proprietaria del veicolo condotto da Sempronio (A), ma non di quello condotto da Mevio (B) – il quale ultimo ha affermato essere suo – l'integrale risarcimento dei danni per la corresponsabilità nella causazione del danno da lui patito in conseguenza della velocità eccessiva con cui viaggiava Sempronio. Si potrebbe persino immaginare che il veicolo condotto da Sempronio sia assicurato per la RCA proprio con Alfa, cosicché nei suoi confronti Caio vanterebbe anche azione diretta etc. I soggetti da considerare

essere il “fatto costitutivo” del diritto, bensì solo il punto di riferimento rispetto al quale stabilire l'*unità* del diritto azionato, i cui limiti, invero, saranno tracciati dall'effetto invocato e dalle fattispecie concorrenti.

Menchini ha fornito un criterio per risolvere il quesito dell'unità o della pluralità, di fatto specificando l'intuizione di Cerino Canova, ma anch'egli non ha del tutto chiarito quale sia l'estensione da riconoscersi al fatto individuatore, attorno al quale raccogliere la nozione unitaria del diritto sostanziale. Anche tale A., oltre le formulazioni utilizzate, sembra ridurre drasticamente il ruolo da riservare al fatto, in quanto esso ha importanza solo per il momento individualizzante – cioè quello in cui si deve stabilire *quale* tra gli ipoteticamente infiniti diritti relativi sussistenti tra i due soggetti, sia stato dedotto nel processo \rightarrow , atteso che sono i *rapporti* tra fattispecie a fissare *ex ante* i confini fattuali concreti, già descritti secondo la tipizzazione astratta peculiare delle norme giuridiche.

Riassuntivamente, sembra potersi affermare che il meccanismo immaginato da Cerino Canova e Menchini sia a “formazione progressiva”, con il fatto (inteso in senso storico-materiale), che opera *una sola volta* e non come fattispecie concreta costitutiva: dalla narrazione fatta dall'attore si individua almeno una fattispecie che, *prima facie*, pare capace di integrare il fatto così come affermato; una volta effettuata questa operazione, s'immaginano come dedotte in giudizio *tutte* le ulteriori fattispecie astratte che si trovano con quella iniziale in una relazione qualificata.

sono solo Caio e Alfa, il fatto (materiale) “*individuatore*” è sicuramente l'evento dannoso, col quale concorrono una serie di altri fatti integrativi di diverse fattispecie astratte in *speciale* relazione tra loro, di esclusione (la proprietà sul veicolo A o è di Caio, ovvero è di Alfa; quella sul veicolo B o è di Mevio, ovvero è di Alfa), oppure di coincidenza cronologica (per quanto riguarda il risarcimento da fatto illecito e l'indennizzo da polizza infortuni, o per la responsabilità di Alfa come proprietaria ed assicuratrice della RC del veicolo A). Si può per questo dire che il diritto sussistente tra loro è unico?

La determinazione di queste ulteriori fattispecie che, in sostanza, delimiteranno il perimetro dell'*unico* diritto, prescinde *in toto* dal fatto narrato ed avviene *a priori* secondo i diversi parametri di volta in volta suggeriti dagli Aa.¹³³.

Quel che resta incerto, però, sono i confini di quel *fatto* che svolge la fondamentale (ma non *classica*) funzione solo «strumentale¹³⁴» di individualizzazione. In altre parole, non è chiaro quale sia la porzione del fatto narrato in base alla quale si decide l'eventuale giudizio di unitarietà dell'oggetto del processo, nel caso in cui fatti ulteriori vengano allegati da chi domanda; con la conseguenza che, non è nemmeno chiaro quando un altro fatto (sempre storico-materiale), evidentemente connesso con quello individuatore, afferisca ad (o rappresenti esso stesso un) altro fatto individuatore e così implichi la deduzione di un diritto diverso.

Il confronto con chi respinge dalla definizione dell'elemento causale qualsivoglia rilievo della questione di diritto (siano questi, in senso lato, riconducibili ai «sostanziazionisti» ovvero ai «riduttivisti»), si conclude con l'emersione di serie difficoltà cui tali teorie sono costrette a scontrarsi nella indicazione di un parametro sicuro (che si differenzi dalla fattispecie astratta, beninteso) per la delimitazione della singola situazione sostanziale dedotta in giudizio. Tale considerazione crediamo per ora sufficiente a dimostrare la sostanziale impossibilità di sostenere una netta separazione tra fatto e diritto – in relazione

¹³³ Per Cerino Canova: il confronto tra gli elementi di diversificazione apparentemente dettati sul piano sostanziale (e, nei limiti in cui rilevano, sul piano processuale – cfr. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 120 ss.); nonché tramite la considerazione dell'*effetto* (v. *supra* ntt. 114, 115, 117, 118); per Menchini: i modi di essere delle relazioni sussistenti tra le fattispecie astratte di volta in volta analizzate (v. *supra* nt. 123).

¹³⁴ Come ammonisce Cerino Canova nei luoghi cit. *supra* nt. 116. Per tale via, nella sostanza, si corre il rischio di ragionare proprio alla stessa stregua di coloro che non negano che, «per identificare la prestazione di genere, occorre risalire al fatto costitutivo; questo, però, serve soltanto per chiarire se si sia in presenza di una oppure di più prestazioni e non anche per individuare il diritto» (così, MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 228).

all'individuazione delle situazioni sostanziali –, nonché gli imbarazzi (e le incertezze) profonde cui si va incontro quando (ci) s'impone di escludere da tale funzione lo strumento che meglio a ciò si presta: la fattispecie astratta (e, quindi, in ultima analisi, il diritto oggettivo).

Dal che, forse, si può trarre anche un indizio (in senso negativo) rispetto alla correttezza del presupposto su cui tali teorizzazioni si fondano; la cui verifica, tuttavia, richiederebbe lo svolgimento di un'indagine assai complessa sull'oggetto del processo che certamente travalicerebbe gli obiettivi della presente ricerca.

4. Nei diritti reali di godimento, negli altri diritti assoluti, negli status familiae, nei rapporti giuridici fondamentali, nei diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di specie. Per tutte quelle situazioni giuridiche in cui la richiesta rivolta al giudice assume un ruolo preponderante, in quanto maggiormente complesso è il suo contenuto, l'allegazione del diritto oggettivo assume un ruolo ineliminabile proprio ai fini dell'individualizzazione del diritto soggettivo rispetto cui s'invoca la tutela.

Se nel campo dei diritti relativi (in particolare di quelli certamente considerati «eterodeterminati») le dispute tra gli studiosi rispetto al ruolo da riservarsi all'allegazione di diritto si sono principalmente appuntate sul contenuto da riconoscersi al profilo causale della domanda (tradizionalmente richiamato con la locuzione di *c. petendi*), completamente differenti appaiono le coordinate del ragionamento seguito in sede di analisi della medesima questione nell'ambito dei diritti reali – in particolare – nonché, in senso più lato, dei diritti c.d. “autodeterminati”¹³⁵,

¹³⁵ Vengono definiti autodeterminati – con terminologia introdotta nel nostro ordinamento ad opera di CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, 177 ss., ma su basi dogmatiche già ben consolidate nella dottrina italiana (esemplificativamente, v. BETTI, *Diritto processuale*, cit., 178; LIEBMAN, *Corso*

ovvero, di quelle situazioni soggettive che, comunque, concentrano la funzione di individualizzazione del “bene della vita” nella richiesta (*petitum*) indirizzata al giudice.

Invero, sotto lo specifico angolo visuale in cui è condotta la nostra analisi, ciò che accomuna le varie categorie di diritti che possono essere fatte risalire a quelle sopra richiamate è da rinvenirsi proprio nel ruolo centrale che – già nell'interpretazione più classica e tradizionale, ma, in modo sempre più consapevole ed

di diritto processuale civile, Milano, 1952, 64) – quei diritti per i quali il fatto costitutivo (la *c. petendi*, con terminologia tradizionale) non è elemento di individualizzazione del diritto dedotto, il quale ripete la sua singolarità da altre componenti oggettive. La categoria trae spunto dalla constatazione di origine romana classica per cui *amplius quam semel res mea esse non potest*, quindi, dalla circostanza che alcuni rapporti giuridici – per le loro caratteristiche strutturali – non possono essere riferiti a soggetti determinati per più di una volta. Compongono la categoria: i diritti reali di godimento (proprietà e diritti reali minori), gli altri diritti assoluti, in particolare i diritti della personalità, gli *status* familiari. Più di recente si è ritenuto corretto annoverare nella categoria i diritti di obbligazione aventi ad oggetto prestazioni di specie (v. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 180 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 223 ss.; CONSOLO, voce «Domanda giudiziale», cit., 73, VERDE, voce «Domanda (principio della). I, Diritto processuale civile», cit., 6, ma, precedentemente, in senso contrario, MICHELI, *Corso di diritto processuale*, cit., 34). È tutt'ora molto discusso se anche i diritti reali di garanzia, in particolare le ipoteche, possano essere considerati autodeterminati (su quest'ultimo punto cfr. le opposte posizioni assunte da CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 178, 179; CONSOLO, *op. ult. cit.*, 72, 73, contrari, e da MENCHINI, *op. ult. cit.*, 215 ss., favorevole). V., i cenni di ROMANO, *L'azione di accertamento*, cit., 299, 300, e nt. 120, relativi all'atteggiarsi dei diritti autodeterminati nell'azione di accertamento negativo. Assolutamente critico rispetto alla solidità teorica della categoria dei diritti autodeterminati – sebbene in posizione quasi isolata, pur ricorrendo ad argomenti estremamente acuti, che dovrebbero essere tenuti in debita considerazione per un'eventuale revisione critica del tema –, è TAVORMINA, *Unicità del comportamento*, cit., 51 ss., in particolare, 55, 71. V. altresì quanto sostenuto da MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile*, cit., 184, per il quale non ha alcun significato la distinzione «sì che, ai fini ora in esame, quei fatti costitutivi sono individuatori della domanda fondata su di un diritto «autodeterminato» non più e non meno della domanda fondata su di un diritto «eterodeterminato»», nonché, 193.

accentuato, in quella più recente ¹³⁶ – viene riservato alla richiesta contenuta nella domanda, in quanto effettivamente idonea ad individuare *in toto* la situazione sostanziale dedotta in giudizio. Tale specifica modalità d'individuazione, in effetti, discende proprio dalla natura di quei rapporti giuridici che, come icasticamente insegnato, risultano «identificabili mercé gli stessi elementi di struttura di cui constano e la tipica qualifica giuridica che è loro propria» ¹³⁷.

Questa è la considerazione centrale che a noi interessa rispetto alla categoria di diritti evocata, non tanto, invece, – quantomeno in questo stadio della ricerca – l'altra, che con questa è connessa da un punto di vista concettuale: e cioè che tali diritti non annoverano la *c. petendi* tra i loro elementi identificativi. Detto in altre parole: dal momento che i loro elementi di struttura sono autonomamente idonei a separarli dalla congerie degli ulteriori rapporti giuridici che potrebbero intercorrere tra due soggetti determinati, allora, dal punto di vista processuale, si ricava che tutte le possibili fattispecie costitutive concrete siano liberamente deducibili nel

¹³⁶ Senza pretesa di esaustività, cfr. già CHIOVENDA, *Principii*, cit., 283, 284, 630, seppure ancora non esplicitamente, pur chiarendo, comunque, che la proprietà «si identifica pienamente mediante la cosa su cui cade; è questo rapporto universale con tutti gli uomini rispetto alla cosa, che ci si presenta come causa immediata del rapporto individuale col possessore [...]. Lo stesso può dirsi degli altri diritti assoluti: noi vediamo nel fatto attuale della esistenza di un uomo la causa dei diritti di libertà o di personalità», poi, in modo espresso, in ID., *Istituzioni*, cit., 312; BETTI, *Diritto processuale*, cit., 177, 178; HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 193, 194; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 119, 120; SATTÀ, voce «Domanda giudiziale (diritto processuale civile)», cit., 824 (pur sulla considerazione, in assoluto non esatta, che «il diritto reale non ha, in ultima analisi, che un unico fatto costitutivo, se così si vuol dire, ed è l'usucapione»); MICHELI, *Corso di diritto processuale*, cit., 34; PUGLIESE, voce «Giudicato civile (dir. vig.)», in *Enc. del diritto*, XVIII, Milano, 1969, 863; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 177, 178; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale*, cit., 174; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 207, 214, 217; CONSOLO, voce «Domanda giudiziale», cit., 72.

¹³⁷ Così, come noto, BETTI, *Diritto processuale*, cit., 178.

processo, atteso che una loro modifica non implica una parallela modifica del diritto dedotto¹³⁸.

Quello appena descritto sarebbe solo un corollario della premessa, pur – come detto – senza che essa abbia rilievo rispetto al profilo che qui si vuole sottolineare, in quanto il ruolo riservato alla qualificazione giuridica sul piano dell'identificazione di certi rapporti giuridici prescinde dalla diversa questione se i singoli fatti costitutivi (nelle varie forme in cui possono essere intesi) partecipino (o non) alla sua identificazione¹³⁹.

E' pacificamente riconosciuto il ruolo di individuazione svolto dal tipo giuridico rispetto, non solo, al diritto di proprietà, ma anche ai diritti reali di godimento (c.d. "minori"), ai quali, inoltre, si possono accomunare altri diritti assoluti quali quelli della

¹³⁸ Solleva un dubbio – in quella sede rimasto senza risposta – sulla correttezza del ragionamento così impostato tradizionalmente sin dalla classica presa di posizione di Paolo, TAVORMINA, *Unicità del comportamento*, cit., 52, il quale si domanda se davvero «l'inconfigurabilità della coesistenza dei due diritti sul piano sostanziale [...] sia sufficiente a sorreggere l'inclusione automatica di tutti i possibili fatti costitutivi dell'unico diritto configurabile nella *causa petendi* della domanda che l'abbia ad oggetto».

¹³⁹ Infatti, non mancano Aa. che ritengono comunque che l'allegazione dei fatti costitutivi concorra in qualche modo all'individuazione della domanda: GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 81 (sebbene considerando come fatto costitutivo del d. di proprietà l'esistenza stessa della cosa, la sua attitudine a formare oggetto di diritti, ad essere un bene); GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 85, 102, 103, 143, nt. 31 (pur sotto il consueto punto di vista dei rapporti fra il chiesto e il pronunciato); PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1064, 1065, della cui teoria già alcune premesse possono rinvenirsi in ID., *La trascrizione delle domande*, cit., 115, 116 (pur se limitato alla sola modificazione di un modo di acquisto della proprietà a titolo originario), ma ora, in senso opposto, v. ID., *Appunti sul giudicato civile*, cit., 392; FERRI, *Struttura del processo*, cit., 162 (in adesione alla prima teoria di Proto Pisani); MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum»*, cit., 477; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 539, (il quale riconosce il ruolo della fattispecie costitutiva concreta, quantomeno, rispetto all'estensione temporale del diritto); MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile*, cit., 184, 193; TAVORMINA, *Il processo come esecuzione*, cit., 118-120; ID., *Unicità del comportamento*, cit., 55, 71; CARRATTA, sub art. 112 c.p.c., in *Dei poteri del giudice*, cit., 69, 117.

personalità (si pensi al diritto al nome o alla propria immagine¹⁴⁰) e quelli su beni immateriali. Discorso analogo può essere svolto rispetto agli *status familiae* che sono identificati proprio dalla loro stessa invocazione per il tramite del richiamo al tipo giuridico.

Certo, la qualificazione giuridica data all'effetto pratico che si vuole ottenere mediante le sentenze che abbiano ad oggetto l'accertamento dei detti rapporti giuridici, non è da sé solo sufficiente per la loro identificazione, in quanto esso dovrà venire integrato da altri elementi a ciò idonei, da individuarsi in base al tipo di diritto invocato. Se si tratta di servitù prediali¹⁴¹, ad esempio, oltre alla qualificazione giuridica attribuita alla situazione di preminenza vantata dall'asserito titolare rispetto ad un certo fondo, la quale occupa sempre un posto centrale nella fissazione del contenuto del diritto, è necessaria l'indicazione del fondo servente e del fondo dominante, così come delle modalità di luogo e di tempo di esercizio della servitù.

La ragione fondamentale della soluzione qui esposta risiede nella considerazione che la qualificazione giuridica, in effetti, viene a costituire *uno* degli elementi determinativi degli effetti la cui realizzazione si intende ottenere mediante l'intervento del giudice. Non è priva di forza evocativa l'affermazione per cui «in certo tipo di azioni [...] – il *resultato pratico invocato* dall'attore, è in effetti un risultato *giuridico*»¹⁴², la quale lascia trapelare l'idea che esistono processi in cui il “bene della vita” per il quale si chiede protezione non consiste (in via esclusiva o prevalente) in una

¹⁴⁰ Con accenti critici sull'ampiezza da riconoscersi alla categoria ed alla qualificazione in termini di diritti di alcune situazioni sostanziali che a questa tradizionalmente si riconducono, cfr. ALLORIO, *Per una teoria*, cit., 178, 179.

¹⁴¹ Cfr. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 178, nt. 25; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 215; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 72; i cenni in GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 140, nt. 25, 148, nt. 42, 144, nt. 32 (ove, però, si ammette che il giudice passi da un'azione di spoglio *uti dominus*, ad una per il riconoscimento di un potere equivalente all'esercizio della servitù).

¹⁴² GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 64, 92, nt. 4.

utilità materiale, bensì in una utilità esistente (ed apprezzabile) solo su un piano squisitamente giuridico.

Colui che agisce per la rivendicazione di un bene in quanto proprietario, non ottiene la stessa utilità se la medesima cosa gli viene riconosciuta nella sua qualità di usufruttuario¹⁴³, analogamente si dica per chi chiede l'accertamento del proprio diritto di uso e si vede riconosciuto sull'immobile il diritto di sola abitazione.

Si potrebbe dire – con espressione forse non del tutto corretta, ma chiarificatrice del fenomeno in base al quale la qualificazione giuridica data al diritto dedotto diviene vincolante per il giudice, proprio perché *individuatrice* dello stesso oggetto del processo – che l'attribuzione del tipo giuridico entra a “far parte” del *petitum*¹⁴⁴, integra direttamente ciò che viene richiesto, senza che abbia

¹⁴³ Tralasciamo il problema dell'oggetto dell'azione di rivendica, ed in particolare il dibattito tra chi ritiene che con essa venga esercitato un diritto personale di restituzione nascente dalla violazione del diritto di proprietà (così, e.g., HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 157; GARBAGNATI, *Azione ed interesse*, in *Scritti scelti*, Milano, 1988, 95, già in *Jus*, 1955, 316 ss.; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 123, nonché, ID., *In tema di limiti oggettivi*, cit., 495, 496; CAVALLINI, *L'oggetto del processo*, cit., 60 ss., pur nella peculiarità della posizione), ovvero chi vi rintraccia la proiezione dinamica del medesimo diritto di proprietà, per tal via ritenendo che oggetto del relativo processo sia il solo diritto riguardato sotto il profilo della sua attuazione, per il tramite della deduzione nel processo, anziché dello schema completo del diritto reale, di un suo schema ridotto (così, e.g., BETTI, *Rivendicazione e azione di mero accertamento della proprietà*, in *Temi emiliana*, 1925, 695 ss.; CHIOVENDA, *Principii*, 1163; FAZZALARI, *Note in tema*, cit., 90, 99, 124, 126; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 121, 209).

¹⁴⁴ In tale direzione, suggestivamente, GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 44, 69, 89. Ma uno spunto in questo senso può rinvenirsi proprio nelle parole di CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 308, il quale, tuttavia, non rende esplicite le conseguenze delle premesse poste in generale quando afferma che, avuto riguardo all'oggetto mediato dell'azione «si sdoppiano i due elementi oggettivi dell'azione: l'oggetto e la causa. Il bene controverso non coincide coll'oggetto; sia questo un *corpus*, un *genus* o un effetto giuridico, è necessario sapere a che titolo l'oggetto è reclamato e a quale utilità deve servire; perché *il bene varia in ragione del titolo e della utilità*» (corsivi

alcun ruolo la diversa questione se la fattispecie giuridica astratta faccia o non faccia parte dell'elemento causale della domanda. Da questa innegabile variazione di prospettiva, resa inevitabile dalla conformazione dei diritti dedotti, si spiega probabilmente la totale mancanza di invocazione da parte dei più attenti commentatori della vigenza del p. *iura novit curia* e della palese deroga che in tale ampio settore dell'ordinamento viene, per tal via, senza alcuno scandalo avallata ¹⁴⁵.

aggiunti). Il Maestro, nel passo riportato, presente esclusivamente nella Sua ultima Opera sul tema dell'identificazione delle azioni, sembra proprio riferirsi al fatto che vi sono ipotesi in cui la *c. petendi* risulta rilevante rispetto alla delimitazione del concreto bene della vita richiesto dall'attore e, quindi, essa diviene automaticamente vincolante sotto ciascuno dei profili astratti che la caratterizzano (sia esso in fatto o in diritto). Cfr. altresì, PUGLIESE, voce «*Giudicato civile (dir. vig.)*», cit., 863: «bisogna intenderlo [il *petitum*] nel senso [...] di pretesa, ossia di affermazione in giudizio della situazione favorevole (diritto soggettivo, potere, *status*, ecc.), che il soggetto assume attribuita a sé dall'ordinamento [...] e di cui chiede al giudice l'accertamento, o *come tutela fine a se stessa*, o come presupposto dell'ulteriore tutela fornita dallo specifico provvedimento chiesto» (corsivi aggiunti), nonché, 867. Esclude che il titolo giuridico possa costituire un elemento del *petitum*, tuttavia evidenzia come ben diversa sia «l'importanza economica e giuridica» della domanda di restituzione fondata sulla proprietà ovvero sull'arricchimento indebito, HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 181, 182.

¹⁴⁵ A nostro avviso non servirebbe granché ribattere che il p. *iura* etc. non possa operare dove esplica appieno la sua operatività il contrapposto p. della domanda, infatti, così ragionando, non si svolgerebbe un argomento a sostegno della vigenza del ricordato p., ma, al contrario, si ammetterebbe che esso non produce alcun effetto nella sfera del giudice, in altre parole: che non sussiste. Infatti, se lo spazio destinato alla precettività del p. *iura* etc. deve ricavarsi *a contrario*, come dimensione non già presidiata dal p. della domanda, allora significa che l'unico p. che in effetti esiste è proprio quello regolato dagli artt. 99 c.p.c. e 2907 c.c., mentre l'altro è una regola solo apparente dell'ordinamento, che non ha consistenza concettuale maggiore dello spazio lasciato in bianco dall'estensione degli altrui poteri (segnatamente, del domandante). Sicché il potere di cui generalmente si ritiene esser munito il giudice (*i.e.*: quello di modificare l'allegazione in diritto svolta dalla parte che agisce), non può avere fonte diversa rispetto a quello generale di decidere la controversia, che istituzionalmente gli compete. Che poi sia corretto trarre dall'esistenza di tale ultimo potere le conseguenze in tema di

Le ragioni pratiche testé esposte giustificano l'amplissima condivisione dell'insegnamento – espresso o implicitamente fatto proprio – per cui il tipo giuridico, ove siano dedotti certi diritti, entra a far parte di quanto viene richiesto dalla parte al giudice. Esso insegnamento, al contempo, quasi obbliga alla formulazione di un corollario ulteriore, il quale sposta l'attenzione dagli elementi strutturali del diritto che è fatto valere, alla forma di tutela richiesta al giudice.

Non è difficile cogliere, infatti, come i più o meno ampi spazi riconosciuti alla libertà del giudice di operare una *riqualificazione* dei fatti narrati, trovino il loro ideale terreno di coltura nella constatazione, tutta pratica, che il provvedimento di gran lunga più frequentemente richiesto al giudice ha ad oggetto “beni della vita” che si concretizzano nella percezione di una somma di denaro, cioè di una “certa quantità di cose fungibili” per antonomasia. In presenza di un *petitum* per definizione tanto generico, ove questo venga fatto coincidere, più o meno espressamente, con il diritto dedotto in giudizio ¹⁴⁶, è estremamente forte la tentazione di ritenere rilevante per la sua individuazione – in via esclusiva – una qualche circostanza di fatto *caratteristica* (“unità minima”), sull'assunto che, al postutto, l'attore otterrà pur sempre il *denaro* richiesto.

Ove, di converso, il contenuto della richiesta formulata dalla parte risulti maggiormente complesso e si allontani, progressivamente, dal compimento di un'operazione elementare estremamente fungibile e generica, diviene sempre più ristretto il numero delle fattispecie astratte idonee a fonderne il riconoscimento, e queste, al contempo, assumono un ruolo sempre meno rilevante rispetto allo sforzo di individuazione del “bene” perseguito per il tramite del processo.

allegazioni giuridiche appena ricordate è altra questione – della bontà della soluzione tradizionalmente data alla quale ci permettiamo di dubitare – e che verrà affrontata nel capitolo seguente.

¹⁴⁶ Cfr. quanto detto *supra* alla nt. 117.

In questo processo concettuale, che nel pensiero di alcuni Aa. è sfociato nell'idea della autodeterminazione di certe categorie di diritti, quello che a noi qui interessa rimarcare è solo lo spostamento nella “richiesta” della qualificazione giuridica del “bene”, il quale ultimo, scervo da essa, perderebbe la propria identità.

Alla luce di queste considerazioni, emerge come anche nelle azioni di mero accertamento aventi ad oggetto rapporti c.d. “fondamentali” – tipicamente contrattuali –, il bene che viene richiesto al giudice consista in un'entità articolata, che attinge la propria complessità, in via primaria, dalla qualificazione giuridica a questa riferita. In fondo, ciò che corrisponde all'esigenza di tutela dell'attore è il riconoscimento proprio di *quel*¹⁴⁷ rapporto secondo la configurazione giuridica che gli si attribuisce, e non il riconoscimento di un rapporto *pur che sia*. Difatti, l'accertamento di un rapporto *comunque* qualificato (non qualificato, cioè, nei termini giuridici descritti dall'attore) prescinderebbe, fatalmente, dalla concreta esigenza di tutela veicolata all'interno del processo proprio attraverso la domanda giudiziale, vincolante, nei suoi limiti, per il giudice. Se è richiesto il mero accertamento di un

¹⁴⁷ Risulta evocativa ed in parte chiarificatrice, rispetto al problema della utilità concreta che dalle azioni di mero accertamento l'attore intende ritrarre, la distinzione proposta da FRANCHI, *La litispendenza*, cit., 62, 63, tra domanda come *petitio* e domanda come pura *quaestio*, che mette in evidenza, peraltro, come il secondo profilo della domanda emerga solo in un momento storico più evoluto di quello – arcaico – in cui già si era manifestato il suo significato più ancestrale di “chiedere per ottenere”; «ma la domanda, ed è qui che la giurisdizione si rivela, non è solo *petitio*. A un certo punto dello sviluppo dell'organizzazione statale non interessano solo i risultati esterni della pronuncia del giudice, e cioè il vantaggio economico derivante dall'acquisto del possesso di una cosa o dall'aumento di poteri giuridici del richiedente, *ma la stessa pronuncia come bene a sé stante*, consistente nell'affermazione della validità della condotta dell'attore o dell'esistenza di un potere o gruppo di poteri nei confronti di altri. [...]. Si ha dunque una domanda per sapere, data che essa mira alla certezza, una *quaestio*, alla quale corrisponde nel giudicante non tanto un *dare*, quanto piuttosto semplicemente un *dicere*» (corsivi aggiunti).

contratto di mutuo, il bene giuridico che viene riconosciuto all'attore è diverso ove il giudice dichiara sussistente un contratto di deposito¹⁴⁸.

Si potrebbe opinare diversamente solo sostenendo che il *petitum* di una tale domanda sia rappresentato *esclusivamente* dall'accertamento della sussistenza di *un* rapporto contrattuale tra le parti; ma una ricostruzione di quest'ultimo genere ridurrebbe l'iniziativa necessaria della parte nell'attivazione della tutela giurisdizionale, a povero simulacro formale, in cui la funzione di

¹⁴⁸ Esplicitamente in questo senso v. HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 191, 192, per il quale, nei casi di azioni di accertamento positivo di un rapporto, «l'indicazione [del rapporto medesimo], fa conoscere proprio quello, al cui riconoscimento l'attore tende consapevolmente. L'attore che desidera che sia riconosciuto il suo rapporto d'impiego non ha ottenuto quello cui mirava, se invece venga accertato un rapporto di società»; GIANNOZZI, *La modificazione della domanda*, cit., 92, 94, 120, 119 ove si afferma che «il giudice chiamato a decidere in mero accertamento non potrà limitarsi a stabilire che un *fatto* esiste soltanto materialmente; ma dovrà anche dargli un nome giuridico (magari negandoglielo); né potrà, per es., limitarsi a dire che quel fatto sottoposto al suo esame è “un contratto” senza indicarne il tipo; [...] se egli dice che quel fatto dedotto non è un contratto di compravendita, come affermato dall'attore ma un contratto di mutuo, avrà praticamente respinto la domanda dell'attore, in quanto la sua esistenza *accetterà negativamente* l'esistenza di un contratto di compravendita [...]»; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 100, «qualora l'attore chieda l'accertamento di un rapporto di locazione con il convenuto, il giudice non potrà accertare che tra le parti il contratto invocato abbia dato origine ad un rapporto di usufrutto, invece»; MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela*, cit., 399-412, in particolare, 406, nt. 141, ove «la controversia concernente la natura giuridica del rapporto costituisce anch'essa una controversia in ordine all'esistenza di un determinato rapporto, il quale viene *individuato* attraverso la sua qualificazione giuridica; gli interessi sottesi al rapporto sono differenti, a seconda del contenuto della relazione giuridica tra le parti, il quale viene espresso in via sintetica attraverso il riferimento alla figura giuridica. Invero, *il tipo giuridico ha una funzione essenziale* [...]. Pertanto, al mutare della figura giuridica richiamata, corrisponde l'*individuazione* di un rapporto di diverso contenuto e, quindi, una *distinta entità giuridica*» (corsivi aggiunti). Pure SASSANI, *Impugnativa dell'atto*, cit., 187, nt. 8 in fine, quando, con la tradizione, esclude l'ammissibilità di mere *domande-quesito*, insieme alla generale ammissibilità di domande autonome di mero accertamento di

pura individualizzazione dei rapporti assorbirebbe integralmente ogni spazio di effettiva libera disponibilità delle situazioni giuridiche, che il p. della domanda, di contro, intende senza dubbio riconoscere in capo al loro affermato titolare.

Non vi sarebbe più deduzione di un certo rapporto fondamentale tramite la formulazione della domanda giudiziale, bensì la mera narrazione di una vicenda di fatto e la contestuale invocazione, diretta al giudicante, di trarre da essa una potenziale

rapporti fondamentali (su cui v., ad es., ID., *Mero accertamento del rapporto di lavoro, interesse ad agire e art. 34 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 626 ss., in particolare, 628), sembra non solo ammettere domande aventi tale contenuto, ma, in filigrana, par pure richiedere come condizione di loro ammissibilità la previa specificazione del tipo giuridico del rapporto che s'intende sentir accertato giudizialmente. Qualche spunto si trova anche nel pensiero di MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 109, sebbene l'A., pur riconoscendo esplicitamente «che l'istanza di accertamento dell'esistenza e qualificazione giuridica del rapporto, stante la sua idoneità a condizionare una pluralità di effetti, può costituire da sé sola oggetto di giudizio, disgiuntamente cioè dalla richiesta di tutela di un singolo effetto», non ne traccia in modo espresso gli elementi di identificazione. Nonostante dalla definizione ricordata si possa anche ritenere che il *petitum* di tali azioni sia *indeterminato*, avendo ad oggetto proprio (e solo) la richiesta riguardante l'*esistenza* del rapporto e la sua *qualificazione giuridica* (su cui, però. cfr. nt. 150 e testo relativo), dalla lettura di alcuni luoghi dell'op. cit., si possono trarre argomenti nella direzione espressa nel testo. Invero, trattando degli elementi di identificazione dei diritti di credito aventi ad oggetto prestazioni di specie, si chiarisce come oltre all'*oggetto materiale* si debba aver riguardo anche al *contenuto* (op. ult. cit., 220, «non è men vero che lo stesso bene materiale può costituire oggetto di prestazioni differenti, in ragione del particolare contenuto di esse»), nonché come (op. ult. cit., 224) «sembr[*i*] incontestabile che la sentenza, la quale neghi o riconosca all'attore il diritto alla consegna di una cosa o ad un determinato *facere*, chiarisca sufficientemente, [...], il bene della vita attribuito, purché naturalmente sia individuato, *mediante l'indicazione del tipo giuridico* del diritto relativo, il contenuto della situazione finale che, a seguito dell'attuazione di esso, si instaura sul bene» (corsivi aggiunti). Sicché, in considerazione della teoria sostenuta dal M., secondo la quale con la deduzione di un diritto nascente da un certo rapporto, *tutto* il rapporto fondamentale viene dedotto imprescindibilmente nel processo, si potrebbe inferire che se il *tipo giuridico* è elemento identificatore del credito (di prestazione di specie), a maggior ragione lo sarà del rapporto

situazione giuridica ¹⁴⁹, senza alcuna lumeggiatura del concreto “bene della vita” che con il processo il richiedente attende di vedersi riconosciuto.

Infine, considerazioni analoghe a quelle sin qui svolte per la proprietà ed i diritti reali di godimento, per gli *status familiae* ed i diritti assoluti, così come per il mero accertamento di rapporti, possono – per parte della dottrina più recente – essere estesi ai diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di *specie*.

per il cui mero accertamento si ha autonomamente agito; così corroborando l'illazione secondo la quale M. condivide l'idea che quando la qualificazione giuridica “entra a far parte” del contenuto del *petitum*, anch'essa non possa che divenirne elemento di individuazione. Certo, in senso opposto si dovrebbe, per simmetria, argomentare rispetto ai diritti relativi aventi ad oggetto una prestazione di genere (*op. ult. cit.*, 232) per i quali è espressamente esclusa la rilevanza del singolo tipo giuridico invocato. Con il che, però, si creerebbe un'insostenibile differenziazione – quanto agli elementi di identificazione – tra rapporti fondamentali da cui possono sorgere obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di genere e quelli originanti obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni di specie. Ma una tale conclusione appare inaccettabile, non solo perché priva di una seria giustificazione (ove si guardi al problema dal solo punto di vista della individualizzazione del rapporto fondamentale), ma anche perché sarebbe a tratti inservibile, ove si consideri l'esistenza di rapporti fondamentali che includono obbligazioni aventi ad oggetto l'una e l'altra categoria di prestazioni. Date le premesse, tuttavia, giocoforza si dovrebbe notare la patente contraddizione che sorgerebbe tra l'affermata irrilevanza della qualificazione giuridica rispetto all'individuazione dei diritti a prestazioni di genere, e l'automatica deduzione in giudizio del rapporto obbligatorio fondamentale con la semplice deduzione di un suo singolo effetto; giacché, ciò che rileva per il meno (rapporto fondamentale), non si comprende come possa non avere alcun rilievo per il più (singolo effetto nascente dal rapporto con la deduzione del quale è dedotto anche quest'ultimo). Tale ultima suggestione trova supporto in quanto osservato da HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 153 nt. 1; PUGLIESE, voce «*Giudicato civile (dir. vig.)*», cit., 867, il quale, come noto, ritiene che, di principio, l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato si estenda alle questioni pregiudiziali (siano esse tecniche ovvero logiche); e viene condotta alle conseguenze solo tratteggiate *supra* da ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 538. In termini d'incompatibilità tra la teoria per cui la pregiudizialità logica non patisce l'applicazione dell'art. 34 c.p.c., e la possibilità di proporre autonomamente un giudizio di accertamento del

Non volendo nemmeno in questo caso occuparci del problema della loro “astrattezza” rispetto al fatto materiale da cui sorgono, ci preme rimarcare l'idea in base alla quale anche tali situazioni soggettive risultino individuate nel processo mediante l'indicazione sia dell'*oggetto materiale* sia del *contenuto* della singola prestazione ¹⁵⁰, in quanto il medesimo bene materiale può essere oggetto di prestazioni differenti proprio in funzione del contenuto che esse hanno. A quest'ultimo fine un ruolo di primo piano è riservato alla descrizione dell'*essenza* della prestazione, la

rapporto, si esprime CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., 236. Ritene inammissibile un autonomo accertamento di rapporti giuridici fondamentali, al di fuori dei casi specificamente previsti dalla legge, RICCI E.F., *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 653, 654; è invece, cautamente, in senso dubitativo ma non recisamente negativo, MERLIN, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 215, 216.

¹⁴⁹ Chiarisce GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 138, che «la determinazione degli effetti giuridici, attribuiti al fatto denunciato, costituisce un momento essenziale dell'iniziativa della parte, dato che la legge esclude che, in mancanza, possa configurarsi una domanda valida *ab origine*» soggiungendo, poi (*op. ult. cit.*, 141), come nessuna rilevanza possa essere attribuita al presunto interesse della parte ad un certo risultato pratico, in quanto «non può dubitarsi [...] che la determinazione delle condizioni nelle quali si attua la corrispondenza fra la domanda e la decisione, in ordine all'*effetto giuridico*, debba procedere dall'assunzione del dato formale senza che possa assumersi a criterio concomitante un dato pregiuridico [*i.e.*: quello del supposto interesse ad un certo risultato concreto]. Cfr. altresì, l'ipotesi di extrapetizione descritta in *op. ult. cit.*, 149, considerata da G. il *maximum* dell'intervento giudiziale.

¹⁵⁰ Così, MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 220. Rilevano l'importanza del *contenuto* della prestazione richiesta ai fini dell'individuazione del diritto dedotto, CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., 308, 311, in cui si afferma che «nei casi in cui da un medesimo oggetto possono ricavarsi utilità diverse, occorre e basta determinare l'utilità reclamata»; CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 180, 183, ove si richiama il «diritto del creditore ad un risultato corrispondente alla soddisfazione di un suo interesse. Invero, l'unità o pluralità dei diritti dipende, in questa prospettiva, dall'unità o pluralità dei risultati conseguibili», nonché, riassuntivamente, 186; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», cit., 73. Un riferimento in tale direzione è svolto anche da ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 502, che però si pone il

quale si attua nel modo più appropriato attraverso l'indicazione del *tipo giuridico* e, per tal via, dando conto della natura della situazione finale ¹⁵¹ che s'instaura tra il titolare del diritto di credito ed il bene materiale (specifico, appunto) ottenuto all'esito del processo (nonché dell'eventuale fase esecutiva) avente tale diritto come oggetto.

Dalla considerazione appena svolta, secondo alcuni ¹⁵², tuttavia, non si può dedurre un'automatica rilevanza rispetto al quesito dell'unità o della pluralità di qualsivoglia differente qualificazione giuridica.

Infatti, ove la rilevanza del tipo giuridico dovesse essere considerata nei soli limiti in cui essa abbia ripercussioni sull'effettiva natura della situazione finale che s'instaura tra il bene ed il soggetto titolare del diritto – avente come oggetto l'ottenimento del bene specifico –, allora bisognerebbe confinare l'importanza di tale elemento, ai soli casi in cui la modifica della qualificazione giuridica esplica un apprezzabile riverbero sul contenuto della relazione soggetto-bene. Così, se la prestazione avente ad oggetto la consegna di una certa cosa risulta *diversa* ove

problema dal punto di vista dei limiti oggettivi del giudicato e, particolarmente, dei limiti di incontrovertibilità dell'accertamento contenuto nella sentenza, che pur statuisca, per es., sul diritto alla riconsegna di un certo immobile, solo in apparenza, invero, sempre uguale a sé stesso al di là del titolo da cui esso diritto sorge. Dice l'A. che «il fatto giuridico rispecchia – di regola – il tipo di godimento che, rispetto ad un bene, la realizzazione del diritto stesso assicura. [...] diverso è il godimento di tale bene che l'attore vuole realizzare a seconda che deduca a fondamento della sua pretesa un contratto di compravendita od uno di locazione [...]. Ancora, nella sentenza di condanna che abbia accolto la domanda dell'attore volta alla reintegrazione del possesso di una cosa [...] il godimento del bene che l'attore realizza è precario ed è destinato a venir meno di fronte alla pretesa che lo stesso convenuto del giudizio di reintegrazione fondi su un diritto che prevalga sul mero possesso del bene».

¹⁵¹ MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 224, 232.

¹⁵² CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 184; ma *contra* (a nostro parere correttamente), proprio in relazione all'ipotesi dell'obbligo di consegna di una cosa, ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 538.

essa sia dovuta quale esecuzione di un contratto di prestazione d'opera, oppure di deposito; la qualificazione giuridica della causa non ha alcun rilievo ove oggetto della prestazione sia la restituzione del medesimo bene per cessazione del comodato, ovvero per cessazione della locazione.

Ma anche qui, non è possibile prendere posizione senza aver prima determinato da cosa sia effettivamente rappresentato il *contenuto* della prestazione, che – dalla prospettiva che ora ci occupa – rappresenta il punto di emersione del più ampio problema del *contenuto* del diritto dedotto, e – più nel dettaglio – delle relazioni sussistenti tra il *contenuto* del diritto soggettivo (qui resa rilevante tramite il richiamo alla nozione del *contenuto* della prestazione) e la questione di diritto (oggettivo) nel processo.

Solo per trarre le fila del discorso, non può mancare di rimarcarsi il fatto che, in presenza di particolari rapporti giuridici, nei quali, tipicamente, l'elemento della richiesta è preponderante rispetto alla delimitazione di ciò che è stato fatto oggetto del processo, il loro profilo giuridico viene – più o meno esplicitamente, in modo più o meno esteso – considerato rilevante e, quindi, certamente sottratto alla mercé dei poteri del giudice.

Non sembra, dipoì, casuale la circostanza, in primo luogo di ordine pratico, che tanto più deve essere dettagliato il contenuto della richiesta indirizzata al giudice, tanto minore è lo spazio di azione a questi riservato sul piano del diritto e che – di converso – in presenza di richieste necessariamente generiche, maggiori sono le tendenze ad allargare le maglie dei suoi poteri di direzione sostanziale, a discapito delle allegazioni effettuate dalla parte. All'ombra della detta constatazione si trova l'idea che il diritto dedotto altro non sia che il vantaggio materiale, «il lato esteriore, per dir così, fisico¹⁵³» delle singole utilità pratiche – che all'esito del processo la parte domandante potrà ottenere – considerato in

¹⁵³ Con le parole di HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 158, definito ancora: «l'atto esteriore», nonché, 161: «la conseguenza formale, astratta». Cfr. quanto detto *supra*, nt. 117.

maniera (in misura maggiore o minore) svincolata dalla complessa dinamica dell'ordinamento e dalla ineliminabile interconnessione (a nostro modo di vedere) tra i rapporti giuridici. Che questa linea ricostruttiva sia corretta, nondimeno, ci permettiamo di dubitare.

5. Nella tutela costitutiva. Sia che si consideri come suo oggetto il potere esercitato, sia la situazione giuridica incisa, sia, ancora, l'effetto prodotto o l'azione in senso concreto, pur nelle differenti modulazioni rese necessarie dalla dottrina seguita, la questione della vincolatività (o non) dell'allegazione del diritto oggettivo, non rappresenta specifico terreno di discussione; al contrario, ogni teoria, riserva un ruolo particolarmente incisivo alla questione di diritto nella ricostruzione dell'oggetto del processo costitutivo.

L'ambito complesso della tutela costitutiva, oggetto di costante attenzione da parte della dottrina, non presenta certo minori profili di interesse rispetto a quelli delle tutela di mero accertamento (e di condanna) che nei paragrafi precedenti si sono presi in considerazione, ove riguardato dall'angolo visuale della nostra ricerca.

Esso però sconta, rispetto agli altri, un'ancor maggiore incertezza – ci sentiremmo di dire, in via preliminare – per quanto concerne il tema più generale dell'oggetto del processo che attua detta forma di tutela. Al punto che la sempre vivace discussione, sebbene non possa prescindere dal problema che qui direttamente ci interessa, non si è con esso mai confrontata direttamente, dovendo prima, e principalmente, incentrare le forze più fresche sulla ben più ardua fatica di comprendere la natura di questa categoria di giudizi, il meccanismo che ne garantisce lo svolgimento, il tipo di situazione sostanziale posto alla base di essi e, di conseguenza, l'ambito oggettivo del giudicato scaturente.

A partire dalle teorizzazioni più risalenti, in linea generale, non si è mai messa in discussione la natura intrinsecamente giurisdizionale dei processi che conducono alla costituzione, modificazione o estinzione di rapporti giuridici, attraverso l'intervento del giudice.

La caratteristica di tale congerie di giudizi, in estrema sintesi,

deve essere rinvenuta nella situazione “potestativa”, che sorge in capo a un soggetto al verificarsi di una specifica situazione di fatto, di determinare una modificazione¹⁵⁴ (anche) nella sfera giuridica di altri soggetti, senza il concorso della loro volontà, a condizione, però, che il titolare della detta situazione “potestativa” ricorra all'autorità giudiziaria, la quale può disporre la modificazione con la sua sentenza.

In questo schema di produzione dell'effetto¹⁵⁵ nella sfera

¹⁵⁴ Con “modificazione”, in senso descrittivo, intendiamo qualunque effetto (costitutivo, modificativo, estintivo) che la sentenza costitutiva possa determinare, sulla considerazione che, in fondo, pur sempre un “cambiamento” si verificherà nelle sfere giuridiche dei soggetti coinvolti (siano essi titolari del potere ovvero soggetti al suo esercizio) in caso di accoglimento della domanda giudiziale (cfr. le osservazioni di CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 147), sebbene questo cambiamento, si sostanzia sempre nella costituzione di doveri (aggiungeremmo: e di poteri) (sul punto, perspicuamente, TAVORMINA, *Il processo come esecuzione*, cit., 17, 18).

¹⁵⁵ Sin dagli albori dello studio del fenomeno si è rilevata la stretta connessione esistente tra il riconoscimento, in capo ad un soggetto, di poteri ad esercizio stragiudiziale i quali determinano, per il loro semplice esercizio, un'immediata modificazione della sfera giuridica di chi vi si trova in soggezione, e l'attribuzione, in differenti ipotesi, di poteri, che solo per il tramite dell'intervento del giudice, conducono alla modificazione giuridica auspicata da chi di questi ultimi è titolare. Entrambi, dal punto di vista della teoria generale, non sono altro che schemi tecnici di produzione degli effetti e che, in astratto, risultano a disposizione del legislatore. Per tutti, sul detto parallelismo tra poteri ad esercizio stragiudiziale (anche detti diritti potestativi) e poteri ad esercizio giudiziale, v. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 181; mentre sulle considerazioni relative al fascino esercitato dalla dottrina dei diritti potestativi sullo studio della tutela costitutiva, cfr. l'*excursus* operato da CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 146 ss. Non si può tuttavia non evidenziare come, al di là dell'apparente vicinanza, sia completamente differente il contenuto delle situazioni soggettive di cui sono investiti i titolari degli uni e degli altri: i primi, determinano infatti una soggezione della *controparte*; i secondi, del *giudice*, sebbene essa sia solo strumentale, in quanto – in seguito all'esercizio del primo potere – nasce in capo al giudicante un secondo potere-dovere, cui si contrappone la soggezione della(e) (contro)parte(i). Cfr., con incomparabile chiarezza, ALLORIO, *Cessazione della proroga per necessità del locatore e problemi di estensione soggettiva della efficacia esecutiva della sentenza e dell'autorità della cosa giudicata*, in

giuridica altrui si trova l'essenza della tutela costitutiva, la quale, secondo quanto si deduce dalla prescrizione di tassatività dettata dall'art. 2908 c.c., è un paradigma speciale che viene stabilito per la tutela di specifici rapporti giuridici, con scelta rimessa alla discrezionalità del solo legislatore, tendenzialmente, si crede, guidata dall'intento di perseguire finalità, in senso lato, di certezza delle relazioni *inter privatos*.

Dallo schema appena descritto emerge come gli snodi fondamentali in cui il riconoscimento della tutela deve articolarsi sono rinvenibili in: (una fattispecie astratta attributiva di) una situazione (in senso lato) “potestativa”; che, per produrre gli effetti di modificazione cui mira, richiede la proposizione di una domanda giudiziale; in conseguenza della quale, previa verifica degli elementi di fatto che determinano la nascita della situazione “potestativa”, il giudice è *tenuto* a pronunciare la sentenza cui consegue (in qualche forma) la modificazione giuridica.

L'assoluta mancanza di tecnicità nella descrizione offerta, è il tentativo di individuare i passaggi ineliminabili in cui si manifesta la struttura (necessaria) della tutela costitutiva, senza prendere posizione sugli innumerevoli problemi affrontati (e le altrettanto innumerevoli ricostruzioni effettuate) dalla speculazione dottrinale che si è cimentata nella ricerca dell'oggetto di tale categoria di processi. Si è infatti cercato di comprendere quale fosse – e se vi fosse – una situazione soggettiva all'origine del processo costitutivo, quale fosse il suo contenuto ¹⁵⁶, se costituisse

Giur. it., 1970, I, 2, 369.

¹⁵⁶ La teoria classica (*ex multis*, v. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni*, cit., 166; ID., *Principii*, 285; nello stesso senso, MICHELI, *Corso di diritto processuale*, cit., 34) in tema di processi costitutivi ritiene che oggetto di accertamento da parte del giudice sia il singolo diritto potestativo (c.d. giudiziale) (la cui esistenza – e consistenza concettuale – è invece negata da CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 148), sicché la sentenza costitutiva «attua mediante l'accertamento una preesistente volontà di legge (la volontà che si produca un mutamento giuridico)» (così, CHIOVENDA, *Principii*, cit., 182, v. anche, 187. Per altri, l'oggetto dell'accertamento è da rinvenirsi nel *dovere* del giudice di

l'oggetto dell'accertamento contenuto nella sentenza conclusiva ¹⁵⁷, ovvero se tale accertamento dovesse appuntarsi su qualcosa di differente ¹⁵⁸ ¹⁵⁹; infine, se la modificazione giuridica discendesse dalla pronuncia della sentenza, ovvero essa fosse originata da altro atto ¹⁶⁰.

Non è utile ai nostri fini ripercorrere il complesso e serrato dibattito sul tema, riteniamo tuttavia proficue due brevi notazioni. La prima, riguarda un punto ormai fermo della discussione (o che,

porre in essere la modificazione giuridica richiesta dall'attore (ATTARDI, *In tema di limiti*, cit., 532 – ma v. quanto sostenuto in ID., *Diritto processuale*, cit., 119, 120 –; sebbene parzialmente dubitativo, nello stesso senso, CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, *Struttura e funzione*, Padova, 1992, 629, 632, nt. 359), pur segnalando la duplicità del contenuto della sentenza che, oltre all'accertamento del dovere, dispone *immutabilmente* la modifica della realtà giuridica sostanziale (ATTARDI, *In tema di limiti*, cit., 481, 534, nt. 33; nonché CHIZZINI, *op. ult. cit.*, 635, 757, 758); PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande*, cit., 130, afferma che oggetto del processo costitutivo è «il potere sostanziale alla modificazione [...] [che] presenta il grande vantaggio di individuare una situazione giuridica soggettiva (sia pure strumentale) [...]» (ma v. la differente impostazione sostenuta in ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 81 ss., oggi in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*. *Studi*, Napoli, 2003, 211 ss.); MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati*, cit., 19, 24, chiarisce che la giurisdizione costitutiva (per lo meno quella concernente la “invalidazione” di negozi) è applicazione giurisdizionale di una sanzione (consistente, appunto, nell'invalidazione) conseguente ad un comportamento valutato negativamente dalla legge o alla violazione di un dovere; e che prima dell'applicazione della sanzione esiste il *potere* del soggetto attivo di sollecitare e ottenere la detta applicazione da parte del giudice. Anticipiamo che noi riteniamo alla base dell'azione costitutiva la titolarità in capo all'attore di un potere verso lo Stato-giudice, il cui esercizio, attraverso la proposizione di domanda giudiziale, fa sorgere in capo a chi si trova in stato di soggezione, il potere-dovere di pronunciare la sentenza capace di apportare nel mondo giuridico le modifiche richieste dalla parte, secondo l'insegnamento autorevolmente impartito da ALLORIO, *Per una teoria*, 180; ID., *Cessazione della proroga*, cit., 368, 369.

¹⁵⁷ Contro le teorie che restringono l'oggetto del processo costitutivo (e quindi del relativo giudicato) al solo diritto potestativo (o, in generale, ai *presupposti* della modificazione giudiziale), insorge LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit.,

quantomeno, sembra attrarre consensi quasi unanimi ¹⁶¹⁾, supportato, a nostro modesto parere, da un dato testuale incontrovertibile e, pertanto, decisivo: nei processi costitutivi a determinare la modificazione è (il passaggio in giudicato del) la sentenza, prima di tutto perché l'art. 2908 c.c. dispone che è (proprio) «l'autorità giudiziaria [che] può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici».

La seconda, è un invito a non ignorare come il ricordato dibattito sia stato quasi costantemente orientato dalla pressante

20, 21, il quale evidenzia, in seno alla Sua nota teoria, come gli *effetti* della sentenza costitutiva siano due (quello di accertamento del diritto al mutamento giuridico e quello costitutivo) e come entrambi, in quanto prodotto della funzione giurisdizionale, debbano essere assistiti dal carattere della *stabilità*, tipico dell'autorità del giudicato (*op. ult. cit.*, 23). Di un doppio oggetto del giudicato parla anche FERRI, *Profili dell'accertamento*, cit., 234, per il quale «ciò che passa in giudicato [...] è l'accertamento che il mutamento giuridico doveva essere prodotto con la sentenza costitutiva e, quindi, la dichiarazione dell'effetto costitutivo che scaturisce dalla pronuncia», v. anche, *op. cit.*, 242. Di un doppio oggetto della incontrovertibilità dell'accertamento contenuto nella sentenza costitutiva, sembra parlare ATTARDI, *Diritto processuale*, cit., 120, per il quale «è da precisare che – [sia in caso di tutela costitutiva necessaria, si in quello di tutela c. non-necessaria] – rientra nell'incontrovertibilità dell'accertamento contenuto nella sentenza costitutiva l'esistenza della situazione giuridica sulla quale opera la modificazione giuridica che è intervenuta». Tale affermazione si cala in un'esposizione per cui oggetto di accertamento nelle azioni costitutive: non-necessarie, è l'*obbligo* del convenuto al compimento o alla partecipazione al compimento dell'atto che opererebbe il mutamento (*op. ult. cit.*, 116, 119); necessarie, è l'esistenza della *potestà* dello Stato di disporre il mutamento richiesto e del potere dal cui esercizio tale potestà è sorta (*op. ult. cit.*, 119).

¹⁵⁸ La continua speculazione sull'oggetto della tutela costitutiva ha fatto raggiungere approdi nuovi in cui si tende ad abbandonare il legame – variamente ricostruito – tra “potere di modificazione” e “situazione modificata”, appuntando maggiormente l'attenzione sul *risultato* cui mira chi richiede la tutela. Peculiare la dottrina del CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 158 ss., in cui si teorizza lo spostamento dell'oggetto di attenzione – reso obbligato da un netto cambio di prospettiva – dal *potere* alla *sentenza*, quale unica fattispecie produttiva della modificazione. La verifica dei presupposti è relegata a mera «tappa esclusivamente preparatoria dell'*iter* decisorio» e la pronuncia è unica in quanto «viene attuata un'unica norma

preoccupazione di garantire, quanto più possibile, la *stabilità* del risultato conseguito dallo svolgimento del processo costitutivo, con riguardo sia alla (im)proponibilità di domande che perseguono un effetto *simile* a quello perseguito dalla domanda già giudicata¹⁶², sia alla (im)possibilità di mettere in discussione, in altre forme, il risultato comunque conseguito con il primo processo¹⁶³.

L'attenzione prestata a questa prospettiva di stabilità, certamente meritoria ove l'analisi del problema sia svolta in

giuridica non ulteriormente scomponibile in fattispecie ed effetto [...] [e] perché solo la pronuncia del mutamento assicura la tutela per cui è istituito il tipo di processo» (*op. ult. cit.*, 162). Dal che si svolge un'ardua (a detta dello stesso A.) conciliazione concettuale tra “accertamento” e “modificazione” concludendo nel senso che «in un esame funzionale della sola sentenza, gli effetti prodotti sono anche resi certi ed imposti all'applicazione di ogni giudice successivo» (*op. ult. cit.*, 163) (è critico rispetto all'idea che possa trovarsi una conciliazione tra accertamento e costituzione LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 19, 20). Oggetto di accertamento diviene la fattispecie normativa *tout court*, che, però, non vive autonomamente, ma solo in forza della sua automatica ed immediata proiezione verso la produzione dell'effetto modificativo ad opera della sentenza che lo contiene (CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 164). Altri, sviluppando ulteriormente la teoria appena tratteggiata, la conducono ad ulteriori e ben più radicali conseguenze, ravvisando l'oggetto dei processi costitutivi nella «disciplina del rapporto giuridico sul quale essa è destinata a produrre effetti [...] vale a dire [...] [nel]la situazione finale, che l'istante vuole vedere regolata, allorché propone la domanda giudiziale» (MENCHINI, *I Limiti oggettivi*, cit., 191, 192) e relegando l'accertamento dei presupposti del provvedimento al rango di semplice «atto intellettuale di applicazione della norma giuridica al caso concreto» (*op. ult. cit.*, 189), ovvero nelle «situazioni soggettive costituende, modificande, impediende o estinguende a seguito dell'accertamento giudiziale dei fatti (o del fatto) cui ha attribuito la rilevanza l'esercizio del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale» (PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 85).

¹⁵⁹ Vi è poi chi, partendo dalla corretta constatazione che il potere riconosciuto alla parte che si trova in condizione di proporre un'azione costitutiva, non abbia come destinatario del suo esercizio la controparte, bensì direttamente il giudice (in questo senso, già ATTARDI, *supra* nt. 156) nei confronti del quale questa può far sorgere il potere-dovere di pronunciare la sentenza costitutiva, ritiene di rinvenire l'oggetto del processo costitutivo proprio nell'azione *concreta*, cioè nel diritto alla tutela giudiziaria (o, altrimenti detto, ad un provvedimento favorevole) (Così, CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 251,

pressanti termini di *effettività* della tutela giurisdizionale, corre, però, il rischio di dimenticare la conciliabilità di alcune soluzioni proposte con il principio della domanda e con quello, riconosciuto in via quasi generale, della (tendenziale) immutabilità dell'oggetto del processo, individuato, di necessità, attraverso la domanda giudiziale medesima.

Così, sembrano non tenere in debita considerazione i limiti tracciati dalla richiesta di parte, quelle teorie che tendono a

nt. 81, 254). Anche FURNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicata*, Torino, 1999, 110, 167, 251, rinviene nell'azione concreta l'oggetto del processo costitutivo, la quale poi – salvo che nei processi costitutivi necessari ed in quelli in cui si domanda la risoluzione per inadempimento – si affianca al (peculiare) diritto all'effetto o al non-effetto (*op. ult. cit.*, 168, 291, 293) che, secondo F., sussiste, di volta in volta, in capo a chi propone un tale tipo di domanda. Di questa dottrina, però, ci sia concesso criticare l'utilità concettuale e la consistenza teorica degli immaginati diritti all'effetto e al non-effetto. Rispetto al *diritto all'effetto* (es.: diritto ad ottenere l'annullamento, la rescissione del contratto), esso sembra configurare una mera duplicazione – quanto a presupposti – del potere a necessario esercizio giudiziale e, in ultima analisi, è in contrasto con il potere di azione concreta (che presuppone la direzione della situazione soggettiva nei confronti del giudice e non della parte, pur sempre ritenuto da F. oggetto del processo c.); rispetto al *diritto al non-effetto* (es.: impugnativa della delibera assembleare, del licenziamento, per chi ritiene quest'ultima azione costitutiva), si è, invece, al cospetto di una costruzione fittizia, che si può ridurre a nulla più della soggettivizzazione di una situazione meramente negativa (dunque solo un “riflesso”) per il soggetto che la vanta (ad es., colui che impugna il licenziamento): *i.e.*: l'assenza in capo al convenuto del potere formativo stragiudiziale (F. – *op. ult. cit.*, 185 – parla di *illegittimità* dell'avvenuto esercizio del potere [MENCHINI, *op. ult. cit.*, 167, nt. 63, evidenzia la stretta connessione tra i due profili]; ma, ai nostri fini, poco cambia, in quanto basterebbe ragionare, nella visione di F., in termini di assenza in capo al convenuto del c.d. diritto all'effetto). Spunti nel senso dello stretto parallelismo tra “diritto potestativo” (secondo la peculiare ricostruzione di A.) e azione concreta si trovano in ALLORIO, *Per una teoria*, cit., 180. Già ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 349, 350, sembra rintracciare l'oggetto dei processi costitutivi nell'*azione costitutiva* medesima, la quale si identifica attraverso la delimitazione della singola fattispecie, «il cui schema è tipicamente delineato dalle norme di diritto sostanziale» (*op. ult. cit.*, 326); nonché HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 106, 195, 249, il quale parla di un

ravvisare quale oggetto del processo costitutivo il modo di essere del rapporto giuridico che potrà essere inciso dal provvedimento del giudice. Infatti, con lo scopo di garantire, mediante la pronuncia della sentenza conclusiva, la parità delle armi tra i contendenti e la decisione definitiva di tutta la *controversia* e non solo della singola *lite* (così s'afferma), si concepisce un oggetto del giudizio estremamente esteso e costruito su parametri che

diritto giudiziario sostanziale contro lo Stato, volto alla pronuncia della sentenza.

¹⁶⁰ Per i soli processi aventi ad oggetto azioni ablativo di precedenti negozi (annullamento, rescissione, risoluzione), ALLORIO, *Per una teoria*, cit., 181 ss., propone una ricostruzione alternativa a quella classica che ritiene tali processi avere ad oggetto “diritti potestativi” (nella Sua specifica (e nota) prospettiva). Allorio, piuttosto, ritiene che i negozi siano validi ed efficaci sino al momento in cui, con la domanda giudiziale (ovvero a mezzo di eccezione), si esercita il potere volto alla loro eliminazione (al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge). Cosicché, l'effetto modificativo si produce a livello sostanziale attraverso un atto processuale, idoneo, comunque, a far sorgere nel giudice l'obbligo di pronunciarsi sulla «situazione che si può definire effetto giuridico negoziale» (*op. ult. cit.*, 184). In definitiva, oggetto di tale categoria di processi non sarebbe il diritto potestativo, bensì il rapporto *già* inciso dal fondato esercizio del potere stragiudiziale (il quale può avvenire esclusivamente a mezzo di atto processuale: domanda o eccezione). Al di là delle critiche che questa acuta teoria si è attirata (CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 150, 151; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 160-164), preme evidenziare come, in realtà, non sia tanto da tale ricostruzione che discendono gli auspicati effetti di irripetibilità dei giudizi, quanto dal particolarissimo oggetto che A. immagina dedotto nel processo (*i.e.*: l' «accerta[mento] con valore di giudicato [del]la validità ed efficacia del negozio, quindi [del]l'esistenza del complesso degli effetti negoziali» – *op. ult. cit.*, 185). Infatti, se oggetto del processo fosse il semplice rapporto giuridico fondamentale (e non la *validità* e l'efficacia del negozio sotto ogni profilo, di chiovendiana memoria – CHIOVENDA, *Principii*, cit., 285; sulla prospettiva aperta dal Maestro, v. le più ampie argomentazioni e precisazioni svolte da MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati*, cit., 41-43), rispetto ad esso ogni esercizio di potere (o di diritto potestativo), incidente sul rapporto, risulterebbe in un *fatto sopravvenuto*, in quanto tale non coperto dal giudicato, al di là della natura di poteri o di diritti potestativi da riconoscersi alle situazioni soggettive di cui si discorre (cfr. quanto detto *infra*, nt. 166 e

appaiono più economico-sociologici che tecnico-giuridici ¹⁶⁴, al punto da sembrar dimenticare i contorni effettivi di ciò che si invoca quale oggetto ineliminabile ¹⁶⁵ della cognizione del giudice.

Il distacco tra il contenuto della domanda (tale da caratterizzare la specifica forma di tutela) e quello del processo rimane parzialmente in ombra, dal momento che si segue la tendenza a immaginare la coincidenza tra oggetto e rapporto (potenzialmente) colpito, ragionando in termini di *accoglimento* della domanda. In tale ipotesi, il fatto che alla domanda dell'attore

testo relativo).

¹⁶¹ Nello studio dei processi costitutivi, le più risalenti teorizzazioni tendevano a concentrare l'attenzione attorno al profilo dell'accertamento del diritto potestativo. Si sono così fornite varie spiegazioni della fonte della modificazione giuridica: secondo alcuni essa discende direttamente dall'accertamento della volontà concreta di legge – volta, d'altronde, a tale precipuo scopo – tanto che l'attività giudiziale è trattata alla stregua di un *mero fatto* rispetto alla produzione dell'effetto (CHIOVENDA, *Principii*, cit., 183; nonché *Istituzioni*, cit., 171, in cui si precisa che «l'attività del giudice nella sentenza costitutiva è poi attività prettamente giurisdizionale, poiché l'effetto si produce *per legge* in virtù dell'accertamento, né è il caso di pensare accanto all'attività *giurisdizionale* di accertamento, un'attività *amministrativa* di produzione dell'effetto giuridico» ove si rinviene una critica alla tesi di Calamandrei; analogamente, ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 347); secondo altri essa dipende dalla somma tra un'attività giurisdizionale e la conseguente attività *non* giurisdizionale svolta dal giudice, già riconoscendo per tal via che la modifica discende dalla sentenza, ma non a causa dell'accertamento ivi contenuto, bensì grazie al supplemento di attività *amministrativa* svolta dal giudice nella pronuncia medesima (CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 79 ss.); per altri ancora, poi, è solo la domanda a produrre l'effetto modificativo (v. *supra* nt. 160). Chiariscono il ruolo imprescindibile della sentenza nella produzione dell'effetto: CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 151, 158 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 160, 164, ove si specifica che «gli elementi della fattispecie non sono posti dal legislatore sullo stesso piano, ma sono articolati in modo tale che soltanto uno di essi (la sentenza), quale atto conclusivo della vicenda costitutiva, assume rilevanza esterna»; di recente, MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela*, cit., 189, 190, nt. 240.

¹⁶² Si cfr. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 166; MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 192, nt. 124, 320; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d.*

di risoluzione del contratto sia correlato il formarsi di un giudicato relativo all'inesistenza *tout court* del rapporto non desta particolare scalpore, né appare ben avvertito il segnalato rischio di divaricazione tra oggetto della domanda e oggetto del processo. La distanza tra i due elementi, però, si manifesta in tutta la sua evidenza, ove si riguardi al problema nella speculare ipotesi del *rigetto*: ebbene, qui forte è la tensione tra la domanda formulata (abbiamo detto: di risoluzione; in concreto: di verifica dei presupposti della situazione legittimante il ricorso al giudice), ed il

costitutiva, cit., 84; e già ALLORIO, *Per una teoria*, cit., 181, 185, che «confess[a] di propendere per la [esclusione dei poteri di annullamento, rescissione e risoluzione dal novero dei *diritti potestativi* e per la loro riconduzione a quello delle *eccezioni*], a motivo della sua maggior rispondenza ai bisogni pratici».

¹⁶³ In particolare con la proposizione di domande di risarcimento dei danni conseguenti alla modificazione giuridica pronunciata pur in mancanza dei presupposti di legge (cfr., per tale questione, MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 181, 182; FORNACIARI, *Situazioni potestative*, cit., 264 ss.; cenni in HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 259, 260); ovvero di richieste miranti all'eliminazione *tout court* dell'effetto costitutivo affermato, in quanto non corrispondente alla situazione soggettiva accertata; o, ancora, con l'instaurazione di processi costitutivi o di condanna il cui contenuto presupponga un diverso accertamento del rapporto giuridico modificato in seguito al precedente processo costitutivo (si v. quanto sostenuto da FERRI, *Profili dell'accertamento*, cit., 224 ss.). Sommessamente, però, si ritiene decisivo ribadire quanto autorevole dottrina (ATTARDI, *La cosa giudicata*, II, *Il concetto e la natura*, in *Jus*, 1961, 198, poi ripetuto in *ID.*, *In tema di limiti*, cit., 481, 534, nt. 33) ha correttamente chiarito: e cioè che i risultati di stabilità cui *supra* si fa cenno possono essere raggiunti (in ipotesi di accoglimento della domanda), attraverso la sola invocazione delle conseguenze dell'irretrattabilità della fattispecie costitutiva della modificazione (la sentenza medesima) per l'operare del giudicato formale, al di là dell'oggetto dell'accertamento che si ritiene contenuto nella sentenza (*contra*, però, LIEBMAN, *Efficacia ed autorità*, cit., 15).

¹⁶⁴ Non appare azzardato parlare di ricostruzione con metodo in parte “economico” ed in parte “sociologico” dell'oggetto del processo. Infatti, le ricordate teorizzazioni si fondano sul riferimento alla sfuggente (e a nostro avviso indeterminata) nozione di “bene della vita”, la cui essenza è rintracciata – nelle ipotesi del processo costitutivo in maniera ancora più marcata che in quelle di condanna e di mero accertamento – nella situazione

giudicato che viene a calare, in modo estremamente ingombrante e al di fuori degli ambiti di quanto richiesto, sull'*esistenza* del contratto oggetto d'impugnativa.

Peraltro, una tale forzatura dei principi, non sembra da sé sola¹⁶⁶ nemmeno idonea a garantire appieno i risultati che voleva attingere¹⁶⁷, in particolare per quanto riguarda l'impossibilità di mettere nuovamente in discussione il "modo di essere" del rapporto attraverso l'invocazione, in altro processo, di poteri (ad

finale *auspicata* da chi richiede la tutela al giudice, a prescindere dai profili tecnico-giuridici del contenuto della effettiva domanda (che deve essere rappresentato da almeno una [o più, purché considerate dall'ordinamento in tal guisa unitaria] situazione giuridica) in base alla quale non può che modellarsi l'attività cognitiva del giudice (cfr. le interessanti notazioni di MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati*, cit., 32, 33, 34). La domanda di risoluzione di un contratto diviene dunque richiesta di certezza attorno al modo di essere del rapporto medesimo; analogamente si dica dell'impugnazione di un licenziamento (ove s'immagini tale ultimo atto come produttivo di effetti ancorché viziato, e, quindi, *costitutivo* il processo nel quale si chiede al giudice la sua eliminazione) che diviene richiesta di certezza, nemmeno più intorno all'atto oggetto d'impugnazione (come nel caso della risoluzione), bensì intorno al modo di essere del rapporto inciso dall'atto impugnato (*i.e.*: il contratto di lavoro subordinato). Cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 171, 190. Da questo deformato punto di vista, non si ha difficoltà a ravvisare nella situazione soggettiva in capo alla parte idonea a dar corpo al processo costitutivo, un potere indirizzato direttamente nei confronti della controparte (sebbene l'intervento del giudice sia elemento della fattispecie produttiva degli effetti) e non – più correttamente – del solo giudice (*op. ult. cit.*, 168-170; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 81, 85, 90; nonché, pare, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 162, 164, 166. È giustamente critico rispetto a quest'ultima prospettiva, CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 258; ne descrive i presupposti "pratici", ALLORIO, *Cessazione della proroga*, cit., 369, nt. 8).

¹⁶⁵ "Ineliminabile" se s'intende restare entro i confini della categoria della c.d. tutela costitutiva.

¹⁶⁶ Il suo principale fautore, infatti, precisa come per raggiungere la piena irretrattabilità dell'accertamento sia necessario ammettere (oltre all'*accertamento* del modo di essere del rapporto potenzialmente inciso) una generale preclusione, non solo (come ordinariamente s'insegna) rispetto a (gli

esercizio giudiziale o stragiudiziale) fondati su fatti *anteriori* al momento in cui nel primo processo è scattata la preclusione.

Non crediamo sia da dubitare che la *titolarità* di un potere è cosa diversa dall'*esercizio* del medesimo e che, pertanto, il *fatto* della modificazione del rapporto coincide con l'esercizio del potere (se stragiudiziale) ovvero con il passaggio in giudicato della sentenza conclusiva del processo (se giudiziale; o, al più presto, con la proposizione della domanda); tale *fatto* risulta, così, – ove il potere

effetti nascenti da) tutti i fatti verificatisi anteriormente ai limiti cronologici del giudicato (entro i suoi limiti oggettivi), bensì anche all'esercizio di tutti i *poteri* che trovano fonte in fatti anteriori (MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 316, 317, 320). Il *risultato* raggiunto con l'affermazione di detta preclusione *allargata* “del dedotto e del deducibile”, viene, dipoi, rafforzato (si badi: il *risultato* pratico, non la *ragione* giuridica addotta a fondamento di questo) da un argomento concettualmente alternativo al primo, consistente nel ravvisare nel comportamento omissivo tenuto dalla parte titolare dei poteri, una rinuncia implicita (*op. ult. cit.*, 317) limitatamente a quelli (*i.e.*: ai poteri) la cui nascita, si precisa (*op. ult. cit.*, 318), risultava conosciuta al momento in cui cade la preclusione. Per una critica, anche alla ricostruzione “sostanzialista” della rinuncia implicita al potere, v. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 273, 283; sulla contraddittorietà tra i due ordini di ragioni (processuale e sostanziale) posti da M. a giustificazione della sua teoria, v. MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati*, cit., 34.

¹⁶⁷ Non appare questa la sede idonea per approfondire i differenti problemi rappresentati dalla: 1. reiterabilità di atti di esercizio di poteri stragiudiziali sulla base dei *medesimi* fatti, ove questi atti siano efficaci ancorché emessi in assenza dei presupposti (si pensi alle forme di reazione avverso le delibere assembleari, ovvero, per alcuni Aa., avverso gli atti di licenziamento); 2. configurabilità di azioni risarcitorie fondate sull'asserito illegittimo esercizio di poteri del giudice che trovano a loro volta fonte nell'esercizio di un potere (giudiziale) originariamente sorto in capo alla parte (su cui cfr., riassuntivamente, FORNACIARI, *Situazioni potestative*, cit., 262 ss.); 3. legittimità dell'esercizio di altro potere stragiudiziale fondato su fatti *diversi* e *successivi* rispetto a quelli posti a fondamento dell'atto *già* dichiarato illegittimo, ma comunque sussumibili nella stessa categoria di comportamenti in cui furono a loro volta sussunti i fatti *già* oggetto del giudizio di inidoneità alla nascita del potere (su quest'ultimo profilo si rinvia a SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina*, cit., *passim*, ma particolarmente, 227 ss.; nonché ai rilievi di MONTESANO,

non sia già stato esercitato prima dello scattare della barriera preclusiva nel primo processo – sempre sopravvenuto ¹⁶⁸ rispetto a quest'ultimo.

L'evocazione per cenni della complessità del dibattito relativo all'inquadramento della tutela costitutiva, nell'economia della presente ricerca è finalizzata a comprendere (quantomeno) l'origine della molteplicità e discordanza di soluzioni che la dottrina propone al tema – in buona parte da esso dipendente – dell'oggetto del processo e, per quanto di nostro interesse, del ruolo riservato all'allegazione giuridica nell'individuazione della domanda.

Come detto, la propensione verso soluzioni volte a garantire, quanto più possibile, la stabilità dell'assetto di interessi emerso dalla decisione è lo sfondo culturale su cui si innesta la conclusione relativa all'oggetto del processo, nonché, al contempo, il banco di prova su cui avviene la verifica di ciascuna teoria.

In via sempre generale, poi, si può ancora rilevare come sia sul piano del contenuto della sentenza di rigetto che si manifestano le maggiori divergenze applicative. Infatti, come sopra accennato e con motivazioni in parte diverse, nel caso della sentenza di accoglimento, nessuno è disposto ad ammettere che l'effetto costitutivo possa essere messo in discussione senza che alcuna forma di stabilità sia riconosciuta alla modificazione operata dalla sentenza nel mondo del giuridico. Da qui, deriva che la maggiore

Limiti oggettivi di giudicati, cit., 25, 26).

¹⁶⁸ Con riferimento al caso dell'impugnazione del licenziamento, ma mediante argomentazioni dello stesso tenore di quelle svolte nel testo, cfr. ATTARDI, *In tema di limiti*, cit., 527; in termini generali, CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 289; FORNACIARI, *Situazioni potestative*, cit., 278, 279; di recente, con ampie argomentazioni, MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela*, cit., 97, 98 ss., il quale afferma che «il dato, per il quale l'effetto giuridico si produce solo con l'atto di esercizio del potere, anziché essere una *«rein rechtstechnischen Finesse des materiellen Rechts»*, è un carattere fondamentale del potere sostanziale, la cui obliterazione significa negazione del fenomeno stesso», nonché, 190, 191.

incidenza delle teorie relative all'oggetto del processo si esplica proprio nel settore del rigetto, in cui la portata preclusiva che si riconnette all'una ovvero all'altra è grandemente differente ¹⁶⁹.

Pur con inevitabili semplificazioni, si possono riscontrare tre principali filoni ricostruttivi: quello classico, che rinviene nel diritto potestativo l'oggetto del processo costitutivo, quello seguito da chi lo rinviene nel modo di essere del rapporto inciso dall'esercizio del potere, quello di chi invece, su posizioni che potremmo definire intermedie, lo ritrova nell'effetto che si vuole ottenere mediante il ricorso al giudice ovvero nell'azione costitutiva intesa in senso concreto.

Chi incentra sul diritto potestativo (o, con terminologia più

¹⁶⁹ Una risalente ma assai incisiva chiarificazione sul punto, pur dalla prospettiva del concorso delle azioni, proviene da LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, cit. 61, «più semplice è il caso del concorso di varie azioni costitutive [...]. [...] Accolta un'azione, le altre risultano estinte direttamente, perché il loro scopo è raggiunto; se viceversa essa è respinta, restano proponibili le altre». È fuori discussione, infatti, che il rigetto di una domanda costitutiva volta alla creazione di una servitù di passaggio a favore di un fondo intercluso, abbia una portata molto diversa nel caso in cui s'immagini che il giudicato cada sull'inesistenza del potere di far sorgere in capo al giudice il dovere di disporre la costituzione del diritto reale (rendendo così ammissibile una domanda volta all'accertamento della *già* costituita servitù per fatto anteriore al limite temporale del giudicato); rispetto a quello in cui si ritenga che il giudicato cada sull'inesistenza della servitù della quale si chiede la costituzione (impedendo, così, la proposizione di altra domanda avente ad oggetto l'accertamento del medesimo diritto reale). Analogamente, sembra corretto distinguere (tra accoglimento e rigetto) nelle ipotesi di domande ablative di negozi, respinte le quali, s'intenda promuovere azioni relative a ragioni d'invalidità o d'inefficacia dello stesso negozio, che trovano fonte in fatti anteriori (ad es.: ragioni di nullità, esercizio anteriore di un potere formativo stragiudiziale). A rigore, come evidenziato *supra*, la differente ricostruzione dell'oggetto del processo costitutivo non sembra invece incidere rispetto alla possibilità (o meno) di esercitare poteri stragiudiziali (o giudiziali) che, pur trovando fonte in fatti anteriori alla preclusione temporale del giudicato, vengono *esercitati* solo successivamente, non essendo, di principio, precluso il detto esercizio in futuro, in assenza di una rinuncia ai poteri medesimi, la quale, in ogni caso, opera sul piano sostanziale e non su quello processuale.

rigorosa, sul potere) il contenuto dell'accertamento che scaturisce dalle sentenze costitutive, deve giocoforza ritenere che l'oggetto della domanda (e così del processo) sia da limitarsi ad ogni singola manifestazione di tale situazione soggettiva.

Le situazioni maggiormente discusse, in quanto tutte tendono all'eliminazione degli effetti del negozio, sono certamente quelle determinate dalle azioni ablatorie – in particolare quelle contrattuali – senza dimenticare, però, quelle di impugnazione di delibere societarie o condominiali.

Come conseguenza della premessa esposta, si deve affermare che con la risoluzione per inadempimento si fa valere un potere distinto rispetto a quello fatto valere quando si chiede la risoluzione per eccessiva onerosità; analogamente si dica per l'annullamento, per ciascuno dei vizi rispetto ai quali tale rimedio può essere richiesto e, sulla stessa linea, si deve procedere per le ragioni di annullamento delle delibere assembleari.

Oltre alle affermazioni di principio, si può rilevare, però, un problema generale che investe la più profonda comprensione della distinzione dei vari *poteri* che in parte ricalca i tanti dubbi che caratterizzano la individuazione di quei diritti che tendono all'attribuzione, a favore del titolare, di un effetto *generico* (anche detti “eterodeterminati”).

Così, secondo alcuni autori, non importa se il singolo fatto materiale che si vuole sussumere in una certa norma sia diverso, quel che rileva è la sua appartenenza a un'astratta categoria di legge: il rigetto della domanda di annullamento di un contratto per dolo, dunque, precluderà la proposizione di altra domanda di annullamento fondata sullo stesso vizio, sebbene si affermi che ad integrarlo sia un fatto materiale differente, mentre non sarà preclusa altra domanda di annullamento, ad es., per errore essenziale¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cfr. la precisazione effettuata da HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 199, nt. 3; v. anche LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale*, cit., 174. Nella stessa linea di pensiero sembra CHIOVENDA, *Principii*, 285, sebbene il problema non sia

Non è forse un caso, però, che tale questione si ponga – almeno nella esemplificazione classica – rispetto a quei vizî del consenso che inficiano *ab origine* la validità dell'atto, ed attribuiscono alla parte che non vi ha dato causa il potere di annullare l'atto viziato. Tale circostanza, invero, delimita necessariamente la fase astratta (almeno dal punto di vista giuridico-concettuale) all'interno della quale si devono essere verificati i fatti da cui sorge il potere d'impugnativa, rendendo forse più facile il pensiero, non espresso,

affrontato in modo esplicito; pur nella peculiarità della posizione, sembra stimolante ricordare le soluzioni proposte da MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati*, cit., 23, in base alle quali: 1. *identici* fatti materiali non possono giustificare due domande tendenti ad un'identica «sanzione» (es.: annullamento, prima per dolo, poi per errore essenziale); 2. mentre *identici* fatti, già oggetto di domanda di annullamento, poi rigettata, ben possono essere posti a fondamento di domanda volta alla pronuncia di differente sanzione (ad es. rescissione per lesioni); 3. gli stessi fatti, *insieme ad altri diversi*, possono essere comunque posti a fondamento di domanda volta ad ottenere la medesima sanzione (es.: annullamento), nonostante il rigetto di precedente domanda tendente allo stesso effetto e fondata sui medesimi fatti. Di un qualche interesse è la posizione sostenuta da FERRI, *Profili dell'accertamento*, cit. 119, in base alla quale oggetto della tutela costitutiva è (*anche*) il potere di modificazione, considerato in senso unitario con riguardo al criterio dell'*effetto invocato* (es.: annullamento, risoluzione, etc.), relegando al rango di concorso di norme l'eventuale deduzione contestuale di varie fattispecie astratte volte a supportare la (medesima) richiesta. Di una tale ricostruzione, però, colpisce l'ambiguità dei concetti allorché, nella stessa Opera si afferma che (*op. ult. cit.*, 118) «se è vero che i poteri di modificazione sono tanti quanti ne scaturiscono dalle fattispecie sostanziali dedotte in giudizio, l'oggetto della domanda giudiziale non può essere dato che dall'unico effetto giuridico controverso». E' straniante leggere come ad ogni fattispecie dedotta in giudizio corrisponda un potere, ma che ogni singolo potere non sia l'oggetto del giudizio, in quanto oggetto è «una situazione potestativa (potere di modificazione)» (*op. ult. cit.*, 119), che, tuttavia, non corrisponde al singolo potere, bensì all'unico effetto giuridico controverso (in *op. ult. cit.*, 234, si parla di «potere strumentale di attuare il mutamento giuridico per il tramite della sentenza»); non aiuta a chiarire nemmeno il timido riferimento a che tali processi vertono su «poteri o gruppi di poteri» (*loc. ult. cit.*, corsivi aggiunti). Senza considerare che tale panorama è ulteriormente reso incerto, dalla descrizione del concorso di norme nei termini di quel fenomeno in base al quale «ad uno stesso fatto storico, per le

in base al quale si possa ritenere che solo una volta, sebbene mediante plurimi comportamenti materiali, il consenso possa essere stato carpito, per es., col dolo. Da ciò discende che ad identificare il potere costitutivo venga in considerazione la “fattispecie giuridica astratta” e non il “fatto costitutivo concreto”, riproponendo anche nel campo dei poteri costitutivi giudiziali lo stesso dibattito in vario modo sviluppatosi attorno ai due ceppi tradizionali dell' «individuazione» e della «sostanziazione».

Questa considerazione, però, deve spingere a tenere in debito conto come, di principio, non vi sia alcuna difficoltà ad immaginare *due* differenti poteri di risoluzione per inadempimento dello stesso contratto, a condizione che i fatti di inadempimento siano *diversi*¹⁷¹; circostanza, quest'ultima,

sue concrete modalità di attuazione, corrispondono schemi o tipi normativi diversi» (*op. ult. cit.*, 115), ritenendo, poi, che sia un'applicazione delle regole discendenti da una tale figura la facoltà riconosciuta alla parte di «proporre domanda di annullamento di un contratto allegando determinati fatti, qualificati come «dolo» e poi qualificarli come «errore», senza che venga ad essere modificato l'oggetto del giudizio» (*op. ult. cit.*, 116). Ma l'erroneità di tale ultima serie di affermazioni deriva da due considerazioni: parlare di concorso di norme non come confronto di fattispecie *astratte*, bensì di episodi fattuali *concreti* non ha alcun significato teorico, in quanto una tale nozione di fattispecie non riesce a trarre dalla varietà del reale l'*unità* utile ai fini dell'applicazione delle regole processuali (delimitazione dell'oggetto del processo) e, in linea teorica, risulta operazione di valutazione *empirica* caso per caso; in secondo luogo, è palese l'insostenibilità dell'idea per cui, se un certo fatto materiale è qualificato come “dolo” e poi si rivela essere stato un caso di “errore”, si sia di fronte ad un fatto storico cui “*corrispondono schemi o tipi normativi diversi*”. In realtà si è di fronte ad un fatto storico cui corrisponde *un solo* tipo normativo (quello dell'errore, nell'esempio) e *non* l'altro (quello del dolo), e viene così meno lo stesso presupposto teorico enunciato per delimitare il campo di attuazione dell'istituto invocato. Quello che la ricordata dottrina vuole dire, in realtà, è che a fissare l'oggetto del giudizio sono *solamente* i fatti storici allegati e la richiesta dell'effetto. Rimangono aperti percorrendo tale via – come noto – i problemi centrali della delimitazione del fatto dedotto rispetto all'indeterminato episodio della vita, nonché quello, strettamente connesso al primo, dell'estensione oggettiva da attribuirsi al giudicato, rispetto a successivi processi.

¹⁷¹ Riguardino, ad esempio, due differenti obblighi nascenti dal contratto.

agevolmente immaginabile, atteso che il fatto di inadempimento può verificarsi per tutto il corso della vita del contratto e non deve necessariamente essere ricercato nella sua fase genetica che, per definizione, è invece circoscritta in un momento determinato ¹⁷² del passato.

L'ultima notazione, tuttavia, – a guardare con occhio appena più spregiudicato e meno influenzato dalle circostanze contingenti – dovrebbe valere per tutti i poteri costitutivi negoziali, dunque anche per quei vizi che possono concentrarsi in un periodo di tempo delimitato, non potendosi di principio escludere che nel corso della trattativa precontrattuale si siano verificati *più* fatti, tutti integranti in via autonoma fattispecie di dolo che devono essere considerate *differenti*. Pertanto, così inquadrata la questione, l'unico problema che resterà sul tavolo sarà quello di individuare – con valutazione di puro fatto, che non può essere in generale descritta in modo più preciso – se si è in presenza di *diversi* fatti materiali meramente integrativi del singolo potere esercitato con la domanda, ovvero di diversi fatti (potremmo dire: “giuridici”), i quali sono dunque autonomamente idonei, per le loro modalità di realizzazione, a far sorgere *differenti* poteri d'impugnativa; sicché il rigetto della domanda con la quale se ne esercita uno, non preclude la proposizione di una nuova domanda con la quale si esercita l'altro.

Rimane certo, ad ogni buon conto, che la qualificazione giuridica data ai fatti storici – al netto della diversa questione sopra tratteggiata – diviene decisiva nella delimitazione del potere portato alla cognizione del giudice. Infatti, i poteri esercitati tendono a risultati in alcuni casi identici, in altri assimilabili sul piano del tipo di effetti prodotti dall'accoglimento della domanda. Un'azione di annullamento differisce da una di risoluzione (se si riguarda al fenomeno dal punto di vista degli effetti materiali sulla

¹⁷² Certo, sebbene confinata in un momento determinato del passato, non per questo si deve necessariamente ritenere che tale fase sia breve né chiaramente circoscritta, essendo agevole immaginarsi trattative lunghe e complesse.

realtà giuridica) solamente grazie alla sua determinazione attraverso l'evocazione del nome tecnico; un'azione di annullamento per errore, si distingue da una per dolo, solo se si ritiene che sia vincolante per il giudice la *qualificazione* a questa data dalla parte.

Risulta altrimenti privo di logica l'affermare una distinzione di questo tipo, e al contempo ritenere possibile per il giudice una differente qualificazione dei fatti materiali narrati: considerando la *contiguità* delle evenienze fattuali che possono materialmente integrare, nell'esemplificazione fatta, ipotesi di dolo o di errore, nonché la completa identità degli effetti prodotti dall'eventuale pronuncia di annullamento, non si può negare che la suddetta distinzione possa passare esclusivamente attraverso la (non detta, ma necessariamente presupposta) *vincolatività* della qualificazione tecnico-giuridica data da chi domanda.

Come sopra ricordato, poi, vi sono coloro che ritengono che l'oggetto del processo costitutivo sia da ricercarsi nel modo di essere del rapporto inciso dalla sentenza ¹⁷³.

Al di là delle brevi notazioni già svolte rispetto alla distanza che un tale orientamento sembra scavare tra il contenuto della domanda della parte e l'oggetto del processo (e del conseguente giudicato), con effetti, come visto, particolarmente rilevanti in caso di rigetto della domanda, ora non possono che premere le ripercussioni di tale visione sull'individuazione della domanda.

Ça va sans dire che se l'oggetto dell'accertamento deve cercarsi nel modo di essere del rapporto giuridico inciso dal potere

¹⁷³ Così MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 191-194; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 84; nonché, limitatamente alle azioni di annullamento, risoluzione e rescissione di negozi – pur nella specificità della sua ricostruzione –, ALLORIO, *Per una teoria*, cit., 184, 185. Aderisce, in generale, all'impostazione data al problema da M., SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina*, cit., 229, 230. Cfr. anche i cenni in PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 290, 646, 654, ancorché in seno alla teoria della P. che riconduce queste categorie di processi alla tutela di mero accertamento.

giudiziale, per individuare l'oggetto di ciascun processo si dovrà fare riferimento – senza alcuna attenzione al *potere* esercitato – al solo *rapporto* mirato: sia esso un diritto, ad esempio una servitù, un rapporto giuridico fondamentale, ad esempio un contratto, uno *status*, ad esempio quello di figlio nel caso di esercizio di azione di disconoscimento della paternità.

Il problema quindi, deve essere necessariamente ricondotto all'interno del “flusso principale” che ha ad oggetto le azioni di mero accertamento relative ai rapporti giuridici di volta in volta interessati. Si rinvia, quindi, alle considerazioni dianzi svolte ¹⁷⁴, con la sola accortezza di ricordare che, nelle ipotesi di azioni di mero accertamento riguardanti rapporti fondamentali, diritti reali e *status* personali, in modo ben più incisivo che nel caso dei diritti rubricati come “eterodeterminati”, il *tipo giuridico* concorre sempre alla delimitazione dell'oggetto del processo.

In posizione intermedia, quanto ad estensione dell'oggetto dei processi costitutivi, infine, si pongono quegli autori che lo rinvengono o nell'accertamento di una fattispecie astratta di legge ¹⁷⁵ modificativa della realtà giuridica e, in detta prospettiva,

¹⁷⁴ Cfr., *supra* § 4.

¹⁷⁵ Così, pare, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 167, nt. 237 per il quale «contenuto della sentenza è l'accertamento dell'esistenza o inesistenza di una norma giuridica che prevede una modificazione giuridica per il caso concreto», nonché, *op. cit.*, 162, 164, «l'accertamento si combina con l'effetto costitutivo, poiché *la norma che è l'oggetto del primo*, è anche la fonte del secondo e soprattutto perché le due entità si pongono su due piani diversi, rispettivamente formano il contenuto e l'efficacia della sentenza. [...] la sentenza applica nel caso concreto – e *rende così certa* – una norma di *mutamento* giuridico ed in conformità a tale contenuto produce il mutamento stesso» (corsivi aggiunti). La scissione che C. determina tra l'oggetto dell'accertamento (la norma giuridica) e l'oggetto del processo (la modificazione giuridica che si richiede al giudice) legittima le critiche di chi – MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 192, nt. 124 – ritiene che la ricordata teoria escluda il collegamento *necessario* tra azione e situazione soggettiva sostanziale, in quanto, di per sé, l'effetto costitutivo non può essere considerato una situazione soggettiva autonoma, né coincide con il rapporto giuridico che esso crea. Anche sulla base di tale considerazione, non si

nell'*effetto* ¹⁷⁶ che quella fattispecie, ove accertata, intende produrre; ovvero nell'*azione* in senso concreto ¹⁷⁷.

Infatti, sulla base delle premesse da questi tracciate, atteso che il criterio di individuazione dell'oggetto della domanda va rinvenuto proprio nella modificazione che si vuole prodotta dalla sentenza, se si tratta di azioni finalizzate alla costituzione di diritti, si farà riferimento al diritto che si intende far sorgere tramite l'intervento giudiziale, ove ci si riferisca ad azioni demolitorie, allora il criterio

comprende cosa possa effettivamente impedire – in particolare nel caso di rigetto della domanda – la ripetibilità di azioni che, pur volte al raggiungimento del medesimo effetto, siano fondate su fattispecie normative diverse e, magari, persino su altri fatti; non potrà impedirlo l'effetto di modificazione – che non si è prodotto –, né, sembra, quello di accertamento della norma, considerando che la norma invocata rispetto a certi fatti ben potrebbe essere differente.

¹⁷⁶ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 166, «l'identificazione [dell'effetto costitutivo] forma, perciò, il criterio di identificazione dell'azione proposta e dell'oggetto processuale; ed anzi fornisce l'unico criterio, poiché quell'effetto non si può ripetere più volte tra le stesse parti». Già in FRANCHI, *La litispendenza*, cit., 90, si rinviene uno spunto nella direzione di trovare nell'*effetto* di «cambiamento, dallo stato precedente, a quello nuovo» il parametro per la delimitazione dell'oggetto della domanda costitutiva e del relativo processo. Tuttavia, poi, sul piano del titolo, si recupera la pluralità delle situazioni soggettive (*op. ult. cit.*, 95, 99), pur con una non giustificabile differenziazione – quanto ai singoli vizi della volontà – tra estensione oggettiva della domanda (una domanda diversa per ciascun singolo vizio), da un lato, e preclusione del giudicato ed eccezione di litispendenza, dall'altro (in caso di rigetto della prima domanda, nessun vizio diverso può essere fatto valere in altro processo).

¹⁷⁷ Aderisce ai risultati raggiunti da Cerino Canova in tema d'individuazione dell'oggetto del processo costitutivo, il più autorevole recente sostenitore della dottrina per cui l'azione concreta rappresenta l'oggetto dei processi costitutivi – CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 262, 263 nt. 102 – il quale li definisce “equilibrati”, pur non rigettando l'idea che il detto oggetto possa, sempre ragionevolmente, anche essere ulteriormente ristretto. Una posizione autonoma viene occupata da FORNACIARI, *Situazioni potestative*, cit., il quale, in primo luogo, ritiene che tutte le situazioni soggettive (diritto all'effetto e al non-effetto, a seconda dei casi) e l'azione concreta, che formano l'oggetto dei processi costitutivi, appartengono alla categoria dei diritti autodeterminati (*op. ult. cit.*, 316) e che, pertanto, siano identificabili solo mercé gli effetti che

sulla base del quale si distinguerà un'azione dall'altra sarà quello della categoria di effetti invocati. Così, qualunque sia il potere che si invoca, unica sarà la domanda di risoluzione, ed unica sarà la domanda di annullamento, così come quella di rescissione ¹⁷⁸.

Qualche difficoltà, tuttavia, presenta il coordinamento tra gli assunti relativi ai limiti oggettivi della domanda appena esposti e la concorrente negazione dell'identità tra la domanda volta alla *costituzione* di un diritto, e quella volta al suo *accertamento*; ovvero tra quella volta all'eliminazione di un rapporto e quella volta all'accertamento della sua inesistenza ¹⁷⁹.

Il confronto tra gli effetti raggiunti da una domanda e gli effetti raggiunti dall'altra, invero, non sembra rendere sostenibile la loro

con la loro deduzione in giudizio si vogliono raggiungere. Da questo presupposto, F. conclude affermando l'identità di oggetto tra le azioni di annullamento e di rescissione; quelle di risoluzione per impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenute (le quali tutelano un diritto alla cooperazione giuridica della controparte nella produzione dell'effetto estintivo); quelle di risoluzione per inadempimento, alla quale non corrisponde alcuna situazione sostanziale se non il diritto all'azione concreta. (F., *op. cit.*, 317, 325). Una compiuta critica all'accennata teoria (complessa e articolata) non può essere svolta in questa sede. Basti però ripetere quanto già *supra* evidenziato (cfr. nt. 159), e cioè che essa in buona parte si fonda sulla costituzione di pseudo-situazioni soggettive, in particolare rispetto al c.d. diritto al non-effetto – che s'immagina fatto valere da colui che impugna un atto efficace, ancorché illegittimo, nascente dall'esercizio di un potere (e.g.: delibera assembleare) – il quale è autodeterminato in quanto *non ha fatti costitutivi*. Infatti, tale pseudo-diritto altro non è che il riflesso, in capo a chi è soggetto ad un certo potere, dell'assenza del detto potere in capo a colui che lo ha (illegittimamente) esercitato (cfr. quanto sostenuto da F., *op. cit.*, 298, 299): esso esiste sempre a condizione che non sia esistito il potere (chiamato da F., diritto all'effetto) del convenuto. Sempre in tali ultimi rispetti, si osservi come l'azione concreta, oggetto del processo congiuntamente al d. al non-effetto, dovrebbe invece trarre origine da tutt'altra situazione soggettiva: cioè dal potere di far sorgere in capo al giudice il dovere di eliminare l'atto efficace ma illegittimo, il quale è potere differente (rivolto al giudice), rispetto a quello (in capo al convenuto e rivolto all'attore) che, *a contrario*, delimita il “diritto” al non-effetto.

¹⁷⁸ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 169.

¹⁷⁹ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 171.

differenziazione; in quanto, sebbene non vi sia dubbio che una cosa è *costituire* un diritto, ed altra è *accertarlo*, è altresì vero che se si limita ai soli *effetti* prodotti¹⁸⁰ o accertati¹⁸¹, l'elemento su cui fondare il confronto, non è possibile percepire differenze, ravvisabili – a tutto voler concedere – nel solo caso di *rigetto* della domanda costitutiva, il quale, per detta teoria, di certo non produce l'effetto di escludere la sussistenza della situazione giuridica che si chiedeva fosse costituita¹⁸².

Illuminante, in proposito, è la precisazione fatta da Cerino Canova, quando evidenzia il ruolo svolto nel raggiungimento della sua conclusione dalla «differenziazione della norma concreta, poiché l'una è di modificazione giuridica e l'altra riconosce direttamente una posizione di vantaggio rispetto ad un bene della vita»¹⁸³. Resta solo da osservare che se la differenza della norma ha un qualche ruolo nel giudizio di pluralità (o unità) dell'oggetto processuale, non è dato comprendere perché solo un *certo* grado di *differenza* tra le norme (comunque accertate) – cioè quello intercorrente tra norma di modificazione e norma di attribuzione – sia capace di spingere verso una certa conclusione; mentre, agli stessi fini, non riesca ad attingere il gradiente “rilevante”, la differenza strutturale certamente intercorrente tra ciascuna singola norma di modificazione (e.g.: annullamento per dolo ovvero per incapacità), atteso che in entrambe le ipotesi gli *effetti* che si

¹⁸⁰ E' proprio C. , *op. ult. cit.*, 168, a rinviare, per la determinazione degli effetti rilevanti al fine di tracciare i limiti di individualizzazione delle domande volte alla costituzione di diritti, ai «medesimi criteri che nel capitolo successivo di questo scritto verranno proposti per distinguere i diversi tipi di diritti».

¹⁸¹ D'altro canto, come dice lo stesso C., *op. ult. cit.*, 163, «in un esame funzionale della sola sentenza, gli effetti prodotti sono anche resi certi ed imposti all'applicazione di ogni giudice successivo», e da ciò deduce l'armonia tra accertamento e modificazione.

¹⁸² Non, almeno, nella teoria del Cerino Canova. Si aprirebbe, però, la strada ad un giudicato *secundum eventum litis* del tutto inaccettabile, e ancora più inaccettabile se considerato sul piano degli istituti che operano in via preventiva, quali, ad es., la litispendenza.

¹⁸³ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 171.

raggiungono con l'accoglimento delle domande sempre sono sovrapponibili.

Attraverso l'ulteriore luce gettata sul tema dal particolare angolo prospettico da cui questa teoria guarda al problema di nostro interesse, ci basti sottolineare, una volta ancora, come la questione di diritto rivesta pur qui un ruolo centrale: nel minimo, sotto il profilo dell'individuazione dei singoli effetti costitutivi invocati e, per tal via, dei singoli oggetti processuali; nel massimo, persino sotto il profilo della differenziazione di ciascuna domanda costitutiva, non solo in relazione al singolo effetto che promana da norme diverse, ma altresì in relazione a ciascuna norma (comunque oggetto di accertamento) da cui promanano anche effetti coincidenti (in tutto o parzialmente).

Con tutto quanto brevemente descritto – si dica in via conclusiva – non si sta tentando in alcun modo di avvicinare le teorie appena tratteggiate, le quali rimangono concettualmente e praticamente molto distanti tra loro, si sta solo evidenziando che non è *mai* attorno alla questione della qualificazione giuridica svolta vincolativamente (o non) dalla parte, che sorgono specifiche prese di posizione.

Al contrario, sebbene con oggetti del tutto differenti quanto a situazione giuridica della cui qualificazione si discute, sembra che il ruolo dell'allegazione in diritto costituisca *sempre* uno degli elementi di identificazione del (contenuto del) la domanda costitutiva.

6. *Conclusioni. Ampia parte della dottrina più risalente, al di là delle adesioni formali, ben si rende conto del ruolo svolto dalle allegazioni in diritto nella individuazione della domanda. Anche le tesi che assumono come irrilevante qualsivoglia qualificazione giuridica, valorizzando nella causa petendi i soli fatti materiali o, addirittura, escludendo qualsivoglia efficienza individualizzante al profilo causale della richiesta, non giungono al punto da escludere il ruolo dell'allegazione giuridica nelle domande aventi ad oggetto diritti reali di godimento, altri diritti assoluti, status familiae, rapporti giuridici fondamentali, diritti relativi aventi ad oggetto prestazioni di specie, nonché, pur con limiti variabili che si atteggiano al contenuto delle varie tesi, nella tutela costitutiva. In via di prima conclusione, si deve ammettere che, nella nostra cultura giuridica, al di fuori delle dichiarazioni di mero principio, non sembra emergere senza contrasti la formulazione di un p. tecnico di portata generale, il quale dispone, dal punto di vista del p. della domanda, che la questione del diritto è esclusiva cosa del giudice, e che le allegazioni in diritto non sono in alcun caso per lui vincolanti. Bisogna verificare se un p. di tal fatta trovi invece fondamento in qualche specifica disposizione dell'ordinamento. Transizione.*

Grazie all'analisi sviluppata nelle pagine precedenti, ci troviamo nella condizione di ritrarre un primo bilancio, certamente parziale, ma pienamente in grado di dettare alcune linee essenziali circa il ruolo svolto dalla questione di diritto nell'ampio e generale problema dell'oggetto del processo.

Come detto all'inizio, la scelta del punto di vista rappresentato dal p. della domanda non esaurisce integralmente i profili problematici che sono coinvolti dall'indagine da noi prefissaci, e cioè quelli dell'estensione (e prima, dell'esistenza) di poteri dell'ufficio rispetto alla c.d. qualificazione giuridica della domanda ed, in senso lato, della vigenza, come tralattivamente affermato, di un principio generale il cui contenuto viene compendiato nel ditterio *iura novit curia*. Non esaurisce, è vero, ma consente di avere un punto di vista certamente privilegiato sui nodi sistematici della questione.

Così, la riassuntiva ed un poco semplicistica ricostruzione per la quale il *fatto* è cosa delle parti mentre il *diritto* è cosa del giudice

¹⁸⁴ mostra indubitatibilmente la corda.

In particolare, il ruolo svolto dal diritto (oggettivo) è essenziale ai fini dell'identificazione di una vasta categoria di rapporti giuridici, segnatamente di quelli che sono pacificamente riferiti alla classe dei diritti c.d. autodeterminati, nonché, almeno per coloro che ne ammettono in via generale l'autonoma accertabilità, per i rapporti giuridici fondamentali ¹⁸⁵, i quali ultimi condividono con i primi la necessità della precisazione tecnico-giuridica del loro contenuto – pur differenziandosene per l'autonomo problema della individualizzazione del singolo rapporto giuridico –.

Seppur con un'estensione variabile rispetto alle molteplici teorie che sono state sviluppate, nel tentativo di fornire un inquadramento dogmatico soddisfacente di quel fenomeno eterogeneo e complesso cui ci si riferisce con l'espressione di tutela costitutiva ¹⁸⁶, si è potuto constatare il ruolo centrale che la questione di diritto svolge anche in questo contesto: sia esso da rintracciarsi rispetto alla delimitazione del singolo potere c.d. giudiziale, ove più ristretto sarà l'ambito oggettivo del processo che ne conseguirà; oppure lo sia rispetto alla individuazione dell'essenza degli effetti di modificazione prodotti; o, ancora, rispetto alla natura e alla conformazione giuridica del rapporto che conseguirà alla sentenza modificativa.

Certamente, sebbene ogni teoria non possa integralmente prescindere dal ruolo svolto dal diritto oggettivo nella delimitazione della situazione soggettiva dedotta, abbiamo evidenziato come, a nostro modo di vedere, non tutte siano allo stesso modo coerentemente sostenibili, e come, in generale, le esigenze che più spesso entrano in collisione tra loro siano quelle del rigore sistematico, da una parte, e della pratica applicazione, ove percepita come insopprimibile, dall'altra.

Ancora più complessa e ramificata – ma tale da rappresentare il

¹⁸⁴ Cfr. *supra*, in questa Parte, al § 1.

¹⁸⁵ Cfr. *supra*, in questa Parte, al § 4.

¹⁸⁶ Cfr. *supra*, in questa Parte, al § 5.

laboratorio in cui le differenti teorie, generalmente, nascono ed in cui, inevitabilmente debbono essere verificate – è risultata l'analisi delle soluzioni proposte rispetto alla categoria dei diritti oggi definiti eterodeterminati, in cui certamente rientra la vastissima (e di centrale importanza) congerie di quelli aventi ad oggetto prestazioni di genere e, segnatamente, pecuniarie.

Si è cercato di seguire, nelle pagine che precedono, lo sviluppo storico, prediligendo tuttavia la coagulazione delle teorie analizzate attorno a nuclei problematici e presupposti teorici comuni. Così, pur con l'inevitabile approssimazione delle generalizzazioni, abbiamo individuato tre tendenze principali, definite descrittivamente: della «individuazione» (o «della fattispecie astratta»), della «sostanziazione» (o «materialiste») e della «riduzione» (o «riduttiviste»). Quel che le distingue nei loro tratti salienti è sempre rapportato alla rilevanza che, *in thesi*, in seno a ciascuna, viene attribuita al diritto oggettivo rispetto al fatto, nella costruzione della nozione di *causa petendi*.

Per la prima ¹⁸⁷, non è pensabile una *c. petendi* costituita da un fatto del tutto svincolato dal diritto, manifestantesi sotto la forma della fattispecie astratta; con il problema, dipoi, che non risulta per nulla agevole stabilire la linea di demarcazione tra il diritto “delle parti” ed il diritto “del giudice”, e così comprendere quale sia (se mai vi sia) il coerente spazio di operatività, che pur si assume riservato ai poteri officiosi in materia di *ri*-qualificazione (perché, appunto, *iura novit curia*).

Per la seconda ¹⁸⁸, non è pensabile una *c. petendi* che sia in qualche forma frammista al diritto, essa non può che essere costituita da fatti materiali, storici, semplici, scevri da ogni qualificazione in termini giuridici. Il limite corrispettivo ai fatti, è costituito dall'*effetto* postulato al giudice; tra il fatto e l'effetto non si situa altro che sia diverso dal diritto, che, appunto, è cosa del

¹⁸⁷ Cfr. *supra*, in questa Parte, ai §§ 3.1, 3.1.1, 3.1.2.

¹⁸⁸ Cfr. *supra*, in questa Parte, ai §§ 3.2.1, 3.2.1.2.

giudice. Con il problema, tuttavia, che non è possibile individuare alcun criterio (che non sia appunto il diritto e la fattispecie astratta che da esso si distilla) capace di risolvere, nei varî casi, il problema dell'unità e della pluralità delle situazioni giuridiche dedotte nel processo.

Per la terza ¹⁸⁹, infine, la *c. petendi* è sì costituita da fatti materiali, storici, semplici, scevri anche qui da ogni qualificazione in termini giuridici, ma essi, al postutto, non sono richiesti quali elementi di fondatezza (in senso logico-cognitivo) della domanda, ma solo nei limiti in cui risultino *strumentali* alla individualizzazione della situazione giuridica dedotta, rispetto a tutte le altre potenzialmente intercorrenti tra i medesimi soggetti. Con il problema, però, ancora una volta, che non è così agevole individuare il criterio – che non sia meramente empirico, e per ciò inadeguato – capace di delimitare questo nucleo di fatti strumentalmente indispensabile all'operazione di individualizzazione.

In definitiva, proprio con particolare riguardo a quest'ultima categoria di rapporti giuridici, s'impone una considerazione: l'abbandono del ricorso al diritto come elemento d'identificazione – in qualche forma – dell'oggetto del processo, nel lasciare (più o meno) ampio spazio all'operatività del *p. iura novit curia*, si trova a dover far fronte a un problema ineludibile e di ben ardua soluzione: quello di trovare un parametro idoneo per dare una risposta convincente e armonica col sistema, al quesito nodale dell'unità o della pluralità.

I risultati sommariamente riassunti, paiono univoci in una direzione: quanto più s'intenda allontanarsi dal ricorso al diritto oggettivo quale parametro di individuazione delle situazioni sostanziali, tanto maggiori sono le difficoltà a fornire alla domanda riguardante l'oggetto del processo, risposte convincenti e dogmaticamente coerenti.

¹⁸⁹ Cfr. *supra*, in questa Parte, ai §§ 3.2.2, 3.2.2.1.

Al netto delle ragioni di ordine pratico che si stagliano certamente sullo sfondo del vastissimo dibattito attorno al tema, in ossequio alla chiarezza dei concetti, ci pare ora ineludibile un'indagine che affronti direttamente il quesito che concerne – ben prima dell'estensione della sua area di operatività – direttamente l'esistenza nel nostro ordinamento di un fondamento su base positiva del p. *iura novit curia*.

Invero, tale verifica s'impone, alla luce di due constatazioni: la prima, per cui il contenuto dell'accordo manifestato dagli autori riguardo al principio, supera ben di poco la semplice affermazione della sua vigenza; la seconda, anch'essa ampiamente confermata dall'analisi sopra svolta, per cui l'area di azione riservata al giudice – quale custode delle leggi – è, a qualunque teoria dell'oggetto del processo si aderisca, di molto più ristretta rispetto a quanto potrebbe lasciar supporre l'altisonante e ricorrente riconoscimento a favore del magistrato di poteri istituzionali, quasi assoluti, sulla sfera del diritto.

PARTE II

FONDAMENTO DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

SOMMARIO: 1.1. Il principio *iura novit curia*, inteso quale conoscenza da parte dell'organo giudicante del diritto oggettivo, viene tradizionalmente ricondotto a due ipotesi concettualmente differenti tra loro: quella della (non esigenza della) prova dell'esistenza e del contenuto del diritto (oggettivo) (da intendersi come conoscenza sia della fonte del diritto, sia della norma rilevata ed individuata) e quella della (non) vincolatività dell'allegazione giuridica effettuata dalla parte che domanda. Interesse, ai fini del presente studio, del solo secondo profilo. - 1.2. (*segue*) Autonomia di un profilo rispetto all'altro. Esistenza, in realtà, di due differenti principî, fusi in un unico brocardo tradizionale che non ne facilita la distinzione e la precisa delimitazione. Si pone il problema della verifica della vigenza di ciascuno dei due principî all'interno del nostro ordinamento positivo. La sussistenza del primo potere-dovere in capo al giudice, non predica nulla rispetto alla vigenza del secondo principio. - 2.1. Non appaiono idonee a fornire una soluzione al quesito della vigenza: la riconduzione del principio *iura novit curia* al contenuto dell'art. 113 c.p.c. - 2.2. (*segue*) ovvero dell'art. 101, co. 2 Cost. - 2.3. (*segue*) e neppure la sua deduzione dall'art. 12 delle preleggi, dagli artt. 2 e 3, l. sulla responsabilità civile dei magistrati, dall'art. 65, ordinamento giudiziario, ovvero dall'art. 384, co. 2 e 4, c.p.c. - 2.4. (*segue*) né la rispondenza del principio *iura novit curia* all'esigenza generale di realizzazione dell'ordinamento, o, ancora, all'esigenza di uniformità del giudizio su casi identici – che sarebbero soddisfatte tramite la sua vigenza –. La funzione giurisdizionale può esplicarsi solo nei limiti tracciati dalle leggi sostanziali e processuali. - 3. La mancanza di un'esplicita attribuzione del potere secondo i parametri pubblicistici e l'esigenza d'*imparzialità* del giudice, in cui alcuni autori hanno ritenuto di rinvenire il fondamento del p. dispositivo, e dunque il fondamento della necessaria

allegazione di parte dei fatti, sembrano fondare valide ragioni di esclusione dei poteri di riqualificazione giuridica in capo al giudice. L'*imparzialità* del giudicante sarebbe infatti non meno turbata nello svolgimento della sua funzione, ove questi potesse attivamente ricercare una norma (su cui nemmeno la parte che invoca la tutela ritiene opportuno svolgere le proprie argomentazioni) capace di fondare la produzione di un effetto *formalmente* coincidente con quello postulato dal domandante nella propria richiesta. - 4. Conclusioni. I poteri decisori riconosciuti dall'ordinamento al giudice, nella loro massima estensione, sono da rintracciarsi nel principio della domanda (di diritto positivo). Non è corretto, però, dedurre che la domanda di parte sia l'*unico* limite imposto dall'ordinamento all'esplicarsi dei poteri decisori del giudice. Pertanto, non è conseguenza necessaria, l'estensione dei poteri dell'ufficio proprio a partire da dove si arrestano i poteri delle parti rispetto alla fissazione dell'oggetto processuale. In ogni caso, l'*eventuale* accoglimento di una teoria dell'oggetto della domanda giudiziale (e quindi del processo) che ritenesse non rilevante a detti fini l'allegazione giuridica, nonché l'*ipotetica* assenza nel sistema di diversi limiti all'esplicarsi del potere decisorio del giudice che trovassero in altre norme o principî la loro fonte, dimostrerebbe l'esistenza del potere di applicare norme diverse da quelle allegate – nei ristretti limiti tracciati dalla domanda giudiziale –, ma non dimostrerebbe la vigenza del principio *iura novit curia*. La detta conseguenza pratica confermerebbe, di contro, la vigenza nell'ordinamento del solo principio della domanda. Esistono certamente i limiti sopra analizzati. Indipendentemente dalla soluzione proposta rispetto all'oggetto del processo, il giudice, allo stato attuale del nostro ordinamento, non ha il potere di accogliere la domanda propositagli per ragioni giuridiche che non siano state invocate dal domandante.

* * *

1.1. *Il principio iura novit curia, inteso quale conoscenza da parte dell'organo giudicante del diritto oggettivo, viene tradizionalmente ricondotto a due ipotesi concettualmente differenti tra loro: quella della (non esigenza della) prova dell'esistenza e del contenuto del diritto (oggettivo) (da intendersi come conoscenza sia della fonte del diritto, sia della norma rilevata ed individuata) e quella della (non) vincolatività dell'allegazione giuridica effettuata dalla parte che domanda. Interesse, ai fini del presente studio, del solo secondo profilo.*

Le conclusioni cui crediamo di essere giunti nella prima parte di questo studio, sono particolarmente utili nel mettere in evidenza come non sembri esistere alcuna effettiva e presupposta ripartizione tra le parti ed il giudice – dunque immanente nell'ordinamento, ed in quanto tale considerata quale guida generale delle ricostruzioni effettuate in tema di oggetto del processo – dei poteri di iniziativa riguardanti la questione di fatto e la questione di diritto.

Non si è al contempo potuto evitare di notare come un vasto ed inveterato *pre-giudizio*¹ informi di sé larga parte delle trattazioni del problema, tale per cui se, da un canto, esso non è stato in grado di esplicitare tutta la sua astratta forza (forse anche perché diverse e pressanti esigenze s'impongono, di volta in volta, legate all'analisi dei singoli istituti e trovano linfa ben più cospicua in specifiche disposizioni dell'ordinamento); dall'altro, tende a far acquietare gli animi degli autori prima che questi abbiano condotto a pieno compimento l'analisi dello specifico problema dell'iniziativa rispetto alla *quaestio iuris*, così lasciandoli quasi del tutto appagati dal semplice richiamo (o poco più) della massima tralatizia. Sicché, è assai frequente il riferimento all'adagio: in alcuni casi, in modo ambiguo (in particolare per quelle teorie che abbiamo descrittivamente definito della «individuazione»), in altri, quale argomento a sostegno della propria tesi (si pensi alle teorie della

¹ Nel senso proprio di idea, opinione concepita sulla base di prevenzioni generali senza una verifica diretta dei fatti, e tale da condizionare fortemente la valutazione del singolo.

«sostanziazione» ed in parte a quelle «riduttiviste»), quasi mai, in via talmente radicale e assoluta da negare qualsiasi rilievo all'allegazione giuridica nell'identificazione della domanda – pur rispetto a specifiche categorie di *diritti* dedotti in giudizio –.

Crediamo indispensabile, quindi, in questa fase di avanzamento della ricerca, approfondire direttamente il problema, autonomo ed indipendente rispetto all'analisi problematica sino a qui condotta del ruolo riservato al diritto nella determinazione dell'oggetto del processo ², della vigenza nel nostro ordinamento del p. *iura novit curia*, e della sua reale efficienza causale rispetto agli effetti che dalla sua affermata vincolatività, in varia guisa, si pretende di far discendere.

È d'altro canto affermazione piuttosto comune tra chi ha dedicato maggiore attenzione allo studio del p. in discorso, quella secondo cui esso non integrerebbe una regola ineludibile di ogni sistema processuale – diremmo consustanziale all'esplicarsi stesso della funzione giurisdizionale –, ma che, di converso, i problemi che questo involge potrebbero anche essere risolti in modo differente. In astratto, invero, non è di certo possibile negare che si potrebbe immaginare un sistema processuale retto da regole

² Si ritorna su tale profilo – cui già si è fatto cenno *supra* nella Parte I, § 2 – per sottolineare uno snodo concettuale fondamentale nell'impostazione del presente lavoro: l'eventuale ruolo che alla questione di diritto dovesse essere riservato nell'individuazione dei criteri in base ai quali si fissa il contenuto della domanda giudiziale (e del processo, quindi), ha un riverbero immediato sulla questione oggetto di studio (in quanto, certamente, nei limiti in cui l'allegazione di diritto dovesse risultare elemento *identificativo* dell'oggetto del processo, essa non potrebbe, al contempo, essere consentita al giudice); mentre non è vero che, nella misura in cui la questione di diritto dovesse essere *espunta* dal novero degli elementi identificatori dell'oggetto processuale, si debba giocoforza ammettere la piena *libertà* di azione del giudice rispetto a tale centralissimo profilo. Accantonato ora il problema del ruolo dell'allegazione di diritto nella identificazione della domanda, il quesito da porsi è esclusivamente quello che riguarda la vigenza o meno nel nostro ordinamento del p. *iura* etc. nella sua accezione di potere del giudice di applicare al caso concreto *norme* differenti rispetto a quelle allegare dalla parte. Sulla questione cfr. ancora *infra* § 4.

opposte a quelle che tradizionalmente si ritiene di trarre dall'asserita vigenza del principio ³. In definitiva, proprio la negazione della necessità di un tale p., ove si riguardasse al fenomeno da un punto di vista di teoria generale del processo, postula che la sua eventuale vigenza debba essere rigorosamente verificata sulla base dei dati emergenti dall'analisi dell'ordinamento positivo.

Per addentrarsi maggiormente nella questione, è ineludibile lo snodo dell'affermazione dei limiti entro i quali ci preme verificare la vigenza del p. ricordato, atteso che il ricorso ad esso s'intende, almeno, sotto due accezioni completamente diverse, seppure in comunicazione tra loro e capaci, se non correttamente tenute

³ Cfr., sul punto, quanto sostenuto da SATTÀ, «*Iura novit curia*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 381, il quale afferma «il principio *iura novit curia*, che è tradizionalmente affermato, non è coesenziale alla logica del giudizio», e ciò è detto nella peculiare visione di S. in cui il *diritto* viene considerato strutturalmente identico al *fatto* nel rapporto in cui entrambi si trovano col *giudizio* che il magistrato dovrà svolgere nel processo, volto all'attribuzione del diritto soggettivo dedotto. V. anche ID., *Commentario al codice di procedura civile, Libro I. Disposizioni generali*, Milano, 1959, 440; MICHELI, «*Jura novit curia*», in *Riv. dir. proc.*, 1961, 581; PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965, 16, 20; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967, 115, per il quale: «il regolamento positivo dell'iniziativa del giudice nella ricerca e nell'interpretazione della norma, secondo la comune opinione, non presenta aspetti problematici. Ciò può sorprendere chi rilevi la mancanza, nell'ordinamento, di una norma che sia da sola sufficiente a giustificare l'idea, comunemente accolta, che l'ufficio possa discostarsi dalle indicazioni della parte o addirittura sostituirsi ad essa nell'operare la qualificazione del fatto»; quest'ultimo è seguito sul punto da TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, 680, nt. 66; VERDE, voce «*Domanda (principio della)*. I, *Diritto processuale civile*», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 5, che, però, ritiene desumibile il p. dal sistema nel suo complesso, sebbene si ammetta la carenza di una norma che lo disponga espressamente; EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, 2000, 30, «en el proceso se produce un reparto de tareas entre el Juez y las partes. Con carácter general, al primero le corresponde la investigación del Derecho y a las segundas la prueba de los hechos. Esta distribución, lejos de ser consustancial con la idea de proceso, se justifica exclusivamente por razones prácticas» (corsivi aggiunti).

distinte, di creare aree di reciproche sovrapposizioni.

Ci riferiamo, come già tratteggiato nella prima parte di questo scritto, alla riconduzione della sfera d'influenza del p. sia all'area della *conoscenza*, da parte del giudice, del diritto oggettivo, sia a quella della sua libera *applicabilità* al di là – e a dispetto – dell'*allegazione*, in tale direzione formulata dalla parte che domanda ⁴.

Le ricerche effettuate, in particolare sull'origine storica e la diffusione del brocardo – svoltasi tutta nel lungo periodo di vigenza del diritto comune – hanno messo in evidenza come l'*humus* della massima, divenuta principio solo in periodo tardo ⁵, e con un significato in parte traslato rispetto al contesto primo d'origine, fosse quello della complessa situazione politica e giuridica in cui si trovava la Francia medioevale, in particolare quanto alla stratificazione delle fonti del diritto ⁶. Non vi sono

⁴ V., CALAMANDREI, *Diritto consuetudinario in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, II, 120, 121; ID., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, 110, 111; SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia» e il problema della prova delle leggi straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 42; GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 117, 121, che distingue tra i piani della *prova* e quello della *rilevazione*; EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación*, cit., 24, 25; MEROI, *Iura novit curia y decisión imparcial*, in *Rev. ius et praxis*, 13, 2007, 382; CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010, 19, 20, 22.

⁵ Secondo CAPONE, *Iura novit curia*, cit., 17, l'adagio si sarebbe via via diffuso in Europa nel significato complesso che abbiamo ereditato, a partire dal secolo XVII; SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia»*, cit., 45, ritiene che tale diffusione si sia verificata intorno al XVIII secolo.

⁶ V. ancora CAPONE, *Iura novit curia*, cit., 15, 16, 18, in cui si dà conto della «prassi giuridica del regno di Francia, dove, come riferisce Baldo, vigeva il divieto di allegare in giudizio le leggi e le costituzioni imperiali». C. continua chiarendo che, per l'autore francese (Nicolas Bohier) vissuto a cavallo tra XV e XVI secolo, che per primo ha introdotto l'espressione che poi si convertirà nel brocardo noto oggi, l'origine della prassi per cui i giudici dei supremi collegi giudiziari francesi ammonivano le parti di andare al fatto, senza disperdersi in disquisizioni giuridiche relative alle leggi e alle costituzioni

altresì dubbi circa il fatto che, nel periodo intermedio, il giudice potesse integrare o correggere *in iure* quanto allegato dalle parti, con il solo limite, in generale, delle leggi conoscibili, quindi escludendo dalla regola le consuetudini, gli statuti di città diverse da quelle sede di giudizio, le disposizioni *extravagantes*⁷.

I brevi cenni storici appena svolti son certamente capaci di far comprendere la sovrapposizione di piani concettuali in cui l'incerto formarsi della regola – nei termini in cui è attualmente intesa – si sia inserito; al contempo è sicuro che il problema della reperibilità delle fonti, in un periodo in cui particolarmente evidente era la loro complessità e stratificazione, fosse l'angolo visuale dal quale il problema venisse principalmente riguardato.

Par corretto inferire che il passaggio logico, pur non esplicito, fosse nei termini di dire: se il giudice è sovrano della legge che è in grado di conoscere, ed in questa attività di ricerca della fonte è autonomo⁸, allo stesso modo deve essere considerato nella sua applicazione al caso concreto.

Con la sensibilità odierna, tuttavia, e grazie all'affinamento delle tecniche d'indagine acquisite dalla scienza processuale, non può sfuggire che si pongano su piani completamente diversi le

imperiali, trovasse fonte «nelle peculiarità politiche e giuridiche d'oltralpe, ossia nel fatto che la Francia si considerava suddita dell'Impero ma non dell'Imperatore, oppure nel fatto che la fonte primaria del diritto non era il diritto scritto, ma la consuetudine».

⁷ In questi termini, cfr. AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932, 40; VENTURINI, *Il principio «iura novit curia» e le leggi straniere*, in *Annali di dir. int.* (1951), 1953, 20; SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia»*, cit., 46, 47; DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. a cura di GIUSSANI e ROTA, Bologna, 1991, 202, nt. 31; ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Madrid-Barcelona, 2007, 22, (il quale ultimo richiama l'insegnamento di COING, *Europäisches privatrecht*, I, *Älteres gemeines Recht, 1500 bis 1800*, München, 1985, 87, 132); CAPONE, *Iura novit curia*, cit., 15.

⁸ Si riferisce al p., sotto il solo profilo della *prova* del diritto, CAPORALI, voce «*Iura novit curia*», in *Dizionario pratico del diritto privato*, III, 2, Milano, 1923, 116 ss.

attività: *a.1) d'invocazione (allegazione) di una certa fonte del diritto; a.2) d'invocazione (allegazione) di una certa regola (norma) che si afferma applicabile al caso concreto; b.1) di conoscenza (prova) del diritto sul mero piano della cognizione delle sue fonti; b.2) di conoscenza⁹ del diritto come rilevazione ed individuazione¹⁰ della regola (norma)¹¹ da applicarsi al caso concreto; ed, infine, c) di applicazione della specifica *regula iuris* al caso sottoposto all'attenzione del giudice. Si badi che noi intendiamo per attività di *conoscenza* del diritto da parte del*

⁹ Ricorda che l'attività di individuazione della norma e di determinazione del suo contenuto, tende a risolvere un problema di *conoscenza* dell'ordine giuridico, quale esso appare nella realtà, PUGLIATTI, voce «*Conoscenza*», in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, 90.

¹⁰ Si sofferma particolarmente su questo specifico profilo dell'attività del giudice, tanto da rinvenirvi l'essenza medesima dell'attività giurisdizionale, PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 18, ove si afferma che «l'autonomia del giudice nella *rilevazione* della norma è essenziale per connotare la funzione giurisdizionale, ed è coordinata all'esigenza di fedeltà del giudice alla norma, giacché il giudice non può soddisfare quest'esigenza, se è privato del potere di *individuare* qual'è la norma alla quale si deve essere fedeli» (corsivi aggiunti), v. altresì, per la conferma di tale assunto, *op. cit.*, 20, 23, 25, 61; cfr., poi, la condivisibile considerazione relativa alla circostanza che la norma non si trovi «bella e pronta», sì che sia solo necessario conoscerla per applicarla (così facendo – avverte P. – si commetterebbe un'indebita sovrapposizione tra *fonte della norma* e *norma* medesima) (*op. cit.*, 8), dalla quale si deduce che la norma, per poter essere interpretata e applicata, «deve essere innanzitutto individuata *tota lege perspecta*, deve cioè essere rilevata in base al canone della totalità ermeneutica, e quindi, determinata in relazione alla singola vicenda di vita» (*op. cit.*, 10). Cfr. anche GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 19, 20 e, in particolare, 105, ove G. parla di *rilevazione* della norma individuata (che comprenderebbe le valutazioni relative alla sua esistenza ed alla sua validità giuridica) e la sua *interpretazione* finalizzata alla determinazione degli effetti che l'ordinamento ricollega alla fattispecie prevista in astratto, pur con un uso non perfettamente sovrapponibile dei termini utilizzati da P. e da G.; con la medesima avvertenza, cfr. altresì BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936, 309, 310.

¹¹ Nel richiamo, rispettivamente, alla «fonte del diritto» e alla «regola» del caso concreto, s'intende fare un rinvio – almeno quanto alle fonti scritte – alla nota contrapposizione tra *disposizione* e *norma*, intendendo la prima come la lettera della legge, mentre la seconda come ogni singolo contenuto precettivo

giudice, quella da lui svolta in assoluta libertà ed avente come risultato la costruzione della regola che egli utilizzerà come *parametro* per lo svolgimento del giudizio conclusivo.

Ebbene, non sono d'interesse per il presente studio i problemi posti dalle attività che riguardano i modi della *conoscenza* del diritto, sotto entrambi i profili evidenziati, in quanto essi involgono prospettive del tutto differenti rispetto a quelle qui seguite e, per le quali, non ci si sente di dubitare della vigenza del p. *iura novit curia*, nel senso, cioè, che sia certamente compito del giudice quello di svolgere, in modo autonomo, le attività legate alla costruzione di quello che diverrà il criterio del suo giudizio.

D'altronde, è da considerarsi vero che la conoscenza delle fonti e la loro interpretazione è certamente un compito tipico della giurisdizione, in particolare quando essa viene esercitata da funzionari di professione, scelti proprio in considerazione delle loro conoscenze tecniche, così come avviene nel nostro ordinamento. Non si può, inoltre negare che la questione abbia perso buona parte del proprio fascino (e delle incertezze ad essa connesse) in seguito all'introduzione, ad opera della legge di riforma del diritto internazionale privato, di due articoli che regolano in modo esplicito tale attività, proprio in quel settore – appunto quello della conoscenza della legge straniera da parte del giudice italiano – che maggiormente aveva animato il dibattito sul punto ¹².

che dall'interpretazione dell'enunciato contenuto nella prima si può ricavare; v. sul tema, GUASTINI-(PIZZORUSSO), *La Magistratura*, I, in BRANCA-PIZZORUSSO (fondato e continuato da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 152, 154, 184; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in SCIALOJA-BRANCA-GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile*, 2° ed., Bologna-Roma, 2011, 172, 173, con amplissimi riferimenti di dottrina.

¹² Si fa naturalmente riferimento agli artt. 14 (Conoscenza della legge straniera applicabile) e 15 (Interpretazione e applicazione della legge straniera), della legge 31 maggio 1995, n. 218, i quali, rispettivamente, dispongono: «1. L'accertamento della legge straniera è *compiuto d'ufficio dal giudice*. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia

1.2. (segue) *Autonomia di un profilo rispetto all'altro. Esistenza, in realtà, di due differenti principî, fusi in un unico brocardo tradizionale che non ne facilita la distinzione e la precisa delimitazione. Si pone il problema della verifica della vigenza di ciascuno dei due principî all'interno del nostro ordinamento positivo. La sussistenza del primo potere-dovere in capo al giudice, non predica nulla rispetto alla vigenza del secondo principio.*

L'idea, espressa da parte della dottrina che il p. *iura novit curia* si risolva proprio nell'espressione dell'essenza della funzione giurisdizionale, la quale ultima viene rinvenuta nel «potere del giudice di rilevare e di determinare autonomamente la norma»¹³, ci sembra certamente condivisibile, sebbene in un significato parzialmente diverso rispetto a quello ad essa attribuito.

Infatti, chi sostiene la detta tesi, ritiene che da essa discenda come corollario, l'assoluta libertà del giudice (col solo limite del rispetto del «titolo» della domanda¹⁴) di applicare alla

e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate. 2. Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, *neanche con l'aiuto delle parti*, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana», «1. La legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo» (corsivi aggiunti). Si v., sull'intenso dibattito sviluppatosi prima della riforma, senza alcuna pretesa di completezza: VENTURINI, *Il principio «iura novit curia»*, cit., 19 ss.; SATTI, *«Iura novit curia»*, cit., 382 s.s.; MICHELI, *«Jura novit curia»*, cit., 577 ss.; SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia»*, cit., 68 ss.; PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 111 ss., 144 ss.; CAPPELLETTI, *«Iura novit curia» e impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato*, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1403 ss.; FRANCHI, *«Iura novit curia» e obbligo di decidere*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1283 ss.

¹³ Così, PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 20, 25 e riferimenti *supra* nt. 10.

¹⁴ In tali termini, PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 80, 82, sebbene P. non fornisca alcun elemento per comprendere quale sia il significato da attribuire alla locuzione. Si aggiunge, però, che la questione di diritto non può essere elemento della domanda, in quanto nulla ha a che fare con il p. dispositivo,

controversia portata avanti a lui le norme che questi ha liberamente rilevato e determinato, dall'analisi di *tutto* l'ordinamento¹⁵.

Ma tale illazione non può in alcun modo essere collegata alla premessa rispetto alla funzione essenziale del giudice nella rilevazione e determinazione della norma applicabile al caso concreto. Oltre a qualche fraintendimento¹⁶ posto alla base del ragionamento, sul quale ci soffermeremo più avanti, valida

atteso che esso si riconnette primariamente a ragioni di opportunità, in quanto nessuno meglio delle parti è in grado di riferire i fatti che dovranno emergere dalla dialettica processuale (*op. ult. cit.*, 68, 69, 73, 74, 81), nonché ad alcune disposizioni del c.p.c. – segnatamente quelle sul contenuto dell'atto di citazione, sulle ragioni della sua nullità e sulla modificazione della domanda – (*op. ult. cit.*, 80). Ad ogni modo, allo scopo prefissatoci in questa parte del presente lavoro, si può intendere tale limitazione come riproposizione di quanto già da noi in principio chiarito: e cioè che, nei limiti in cui il p. della domanda attribuisce alle parti determinati poteri, questi non possono essere certamente riconosciuti al giudice in via concorrente; si ribadisce, però, che non vale automaticamente la proposizione reciproca.

¹⁵ V. PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 80, per il quale: «infatti per il soggetto che chiede la tutela giurisdizionale il titolo della pretesa non può essere cristallizzato nel singolo articolo di legge, così come, per il giudice, la rilevazione della norma non può esaurirsi nella considerazione della singola disposizione positiva», nonché, *op. ult. cit.*, 78, 18, in cui si chiarisce che «è infatti intuitivo che, se il giudice dovesse limitarsi a giudicare secondo il criterio predeterminato dalle parti attraverso l'allegazione, potrebbe anche essere condotto a giudicare disapplicando le norme di diritto, ogni qualvolta il criterio offerto dalle parti non coincidesse con queste norme». In termini analoghi, cfr. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 141, per il quale «il giudice è vincolato in quanto non può scegliere la norma fuori dal campo legislativo; ma entro questo campo si muove con perfetta libertà, anche rispetto alla iniziativa delle parti».

¹⁶ In particolare quello in base al quale, all'opposto opinando (*i.e.*: ritenendo vincolanti le allegazioni in diritto svolte dalle parti), sarebbe giocoforza ammettere che al giudice sia concesso svolgere la sua ineliminabile attività di rilevazione e determinazione della norma, esclusivamente basando il proprio ragionamento sulle disposizioni esplicitamente invocate dalle parti nei loro atti (su cui v. PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 79, 80, e nt. precedente), senza poter svolgere tale compito, *tota lege perspecta*, come implica, invece, a detta di P., il p. *iura* etc.

dimostrazione di quanto appena detto proviene proprio da altre pagine dello stesso Autore.

Punzi, con la formulazione della sua teoria riguardo al pregnante significato attribuito al p. *iura novit curia*, ritiene che il p. in parola sia strettamente legato all'esercizio stesso della giurisdizione e che, come tale, sia elemento costante in un vasto numero di tradizioni processuali. Con l'intento di suffragare la propria intuizione ricostruttiva, e meglio chiarire la portata di quanto sostenuto, viene riscontrata e descritta la sua presenza all'interno di differenti esperienze storiche del processo, nonché in vari ordinamenti nazionali.

È proprio nel commentare il processo attico, in cui il giudice risultava tendenzialmente vincolato alle allegazioni in diritto svolte dalle parti – vincolo da intendersi in senso *forte*, tale da far sì che esse costituissero le *uniche fonti* dalle quali poter ricavare la disciplina giuridica applicabile al caso di specie –, che l'Autore contesta l'opinione secondo cui tale processo antico fosse retto dal principio *iura non novit curia*, invece sostenuta da altri.

Egli così argomenta: «quanto, poi, all'attività di *rilevazione* della norma è vero che l'allegazione di una legge fatta dalle parti costituiva un limite alla libera rilevazione del diritto, ma è altrettanto vero che questa allegazione *non precludeva al giudice la possibilità di ricercare e di determinare*, sia pure entro i limiti concessi dalla legge, la norma che assicurasse la giustizia del caso concreto»¹⁷.

¹⁷ Così, PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 27, corsivi aggiunti. Il quale, poi, aggiunge, in altra parte della Sua opera che «a parte ogni problema di allegazione in giudizio e di verifica di questi elementi attraverso le prove, si deve ammettere che *anche rispetto al fatto* si pone per il giudice un problema di rilevazione e di determinazione» (*op. ult. cit.*, 15 – corsivi aggiunti). Dal che non si può che trovare un'ulteriore conferma del fatto che la “rilevazione e la individuazione” (essenza della giurisdizione e del p. *iura* etc. a detta di P.), ben possono svolgersi ancorché sia richiesta l'allegazione (ed addirittura la prova) del materiale su cui le dette operazioni debbono essere compiute; ovvero, detto in altri termini, che “la rilevazione e l'individuazione” (del fatto

È certo, dunque, che nel pensiero dell'Autore si possa pianamente parlare di *rilevazione* della norma, anche quando questa possa svolgersi non con lo sguardo libero su *tutto* l'ordinamento, ma limitato solamente alle specifiche allegazioni giuridiche effettuate dalle parti. Fermo restando che una tale ricostruzione della nozione di rilevazione è molto diversa da quella che noi intendiamo adottare, la quale certamente si riferisce a *tutto* l'ordinamento¹⁸, ai presenti e limitati fini, le considerazioni appena esposte sembrano da sole sufficienti a privare di pregio il principale argomento utilizzato dall'Autore per fondare, nel nostro ordinamento, l'assoluta libertà del giudice nell'applicazione del *diritto*, cui sopra si è accennato.

Quella che potrebbe apparire una digressione un po' polemica, in realtà, è un'analisi strettamente funzionale alla migliore precisazione dei limiti del significato da attribuire al nostro riconoscimento della piena potestà del giudice nello svolgimento delle attività indispensabili per giungere alla *conoscenza* del diritto. Come si è cercato di mettere in evidenza, non pare che sia possibile instaurare un automatismo tra l'affermazione del ricordato potere ed il riconoscimento in capo al giudice di un potere *diverso* rispetto al primo, e cioè quello – su cui abbiamo focalizzato la nostra analisi – di applicare, senza alcun vincolo, i risultati della rilevazione ed individuazione della norma alla *res in*

o del diritto) rimesse al giudice, nulla di per sé implicano rispetto al diverso problema della vincolatività dell'allegazione (e persino della prova) del materiale su cui (per P.) operano.

¹⁸ Con la differenza, però, rispetto a quanto sembra ritenere Punzi, che l'annoverare tra i poteri del giudice quello di ottenere la *conoscenza* della norma come rilevazione ed individuazione di essa a partire da un'analisi di tutto l'ordinamento – secondo noi – non implica in alcun modo il diverso potere di applicarla liberamente al caso sottoposto alla sua attenzione. Ma, al contrario – anticipando quanto in seguito verrà meglio sviluppato – riteniamo che la norma così individuata (sempre che tale rilevazione sia necessaria per risolvere la controversia) altro non sia che il *parametro* che il giudice utilizzerà per il suo giudizio, senza che egli, sulla base di questa, possa attribuire quanto richiesto da chi agisce, in assenza della sua invocazione.

iudicium deducta. Così che ci è sembrato assai utile riaffermare la differenza tra i due poteri ricordati e la loro non necessaria comunicabilità, al di là dell'adesione – pur parziale – ad alcune teorizzazioni che, invece, tale comunicabilità sono parse ritenere.

Poche note, infine, merita la considerazione, *in nuce* già desumibile dalle premesse svolte in questo paragrafo, per cui nulla impedisca di immaginare varî sistemi in cui le soluzioni dei problemi della *conoscenza* del diritto (come disposizione – da provare – e come norma – da rilevare ed individuare –), e della vincolatività (o meno) dell'*allegazione* della fonte o della norma, siano combinate tra loro in maniera composita. In base alla differente nozione che si adotta di *rilevazione* ed *individuazione* del diritto (in senso *stretto*, ovvero in senso *proprio*¹⁹) possono mutare le eventuali connessioni che s'instaureranno tra le singole scelte operate in concreto dal sistema; quello che non cambia, invece, sono i risultati cui si giunge, rispetto al problema dell'indipendenza logica tra le soluzioni da offrire alle due distinte questioni della *conoscenza* (prova) e dell'*invocazione* (*allegazione*) del diritto. Ai fini della presente ricerca ci basterà mettere in evidenza ciò immaginando fissati in capo al giudice i poteri relativi alla *conoscenza* del diritto.

Ove di *rilevazione* si dia il significato ristretto di mera attività di ricostruzione concreta della *regula iuris*, indipendentemente dall'estensione dell'ambito su cui essa potrà operare (da una singola disposizione sino a tutto l'ordinamento): se l'*allegazione* della fonte del diritto fatta dalla parte fosse vincolante per il giudice, solo si restringerà l'ambito entro cui il giudice potrà compiere la sua attività di rilevazione della norma; se si ritenga vincolante anche l'*allegazione* della norma individua, non solo resterà invariato il problema della prova della fonte da cui deriva la detta norma, ma sarà comunque salvo il potere di *rilevazione* della

¹⁹ E cioè, avendo riguardo solamente alle fonti allegate dalle parti (*rilevazione* in senso *stretto*), ovvero all'ordinamento nella sua totalità, al di là delle fonti che sono state effettivamente allegate dalle parti (*rilevazione* in senso *proprio*).

norma riconosciuto in capo al giudice (pur ristretto nella sua estensione operativa a causa della vincolatività dell'allegazione). Infatti, anche nell'ultimo caso ricordato, ben potrà il giudice – pur sulla base dei soli *allegata partium* quanto a fonte del diritto – rilevare la norma del caso concreto ed in base a quella esprimere il suo giudizio (che potrà solo essere di rigetto, nel caso in cui la regola ricostruita non sia corrispondente a quella invocata in modo vincolante dall'attore).

Pur non condividendo, come detto, una tale nozione ristretta di *conoscenza* del diritto sotto il profilo della sua rilevazione ed individuazione, qui preme mettere in evidenza semplicemente che il riconoscimento di certi poteri in capo al giudice rispetto alla *conoscenza*, non implica alcuna soluzione obbligata concernente il diverso profilo della *invocazione (allegazione)* del diritto. Semmai, il rapporto di causa-effetto su base logica, si potrà spiegare in senso inverso, cioè tanto più estesi saranno i poteri della parte rispetto alla vincolatività dell'allegazione delle fonti del diritto oggettivo, tanto più ristretto sarà il campo entro il quale il giudice potrà procedere alla *rilevazione* della norma individua.

E a maggior ragione avrà valore quanto detto, se con *rilevazione* ed individuazione s'intende sempre l'attività compiuta dal giudice su tutte le fonti dell'ordinamento (in senso *proprio*), in quanto attività intellettuale di costruzione della regola del caso concreto, cioè del parametro in base al quale si svolgerà il giudizio rimesso al giudice dall'ordinamento. In questa ricostruzione – che pare poi l'unica compatibile con la regola di rango costituzionale in base alla quale il giudice è «soggetto soltanto alla legge»²⁰ – non

²⁰ Come dispone l'art. 101, co. 2, Cost., su cui, più ampiamente, v. *infra* § 2.2. Pare infatti radicalmente in contrasto con la richiamata disposizione – quindi non immaginabile come vigente nel presente momento storico in Italia – la ricostruzione che obbligasse il giudice a ricavare la norma da utilizzare come regola di giudizio dalle sole fonti vincolativamente evocate dalle parti, perché così facendo, di fatto, si consentirebbe al giudice di applicare una *norma* (per rigettare, ma anche per accogliere), ricavabile non dal sistema della legge, bensì dal “micro sistema” creato *ad hoc* dall'attività delle parti, al quale, per

può sfuggire l'indipendenza assoluta ²¹ tra la soluzione data al problema dell'attività di *conoscenza* del diritto oggettivo (che spetta certamente al magistrato), e quella data alla diversa questione dell'attività di *allegazione* della(e) fonte(i) e della norma di diritto, in forza della quale ultima la parte si afferma titolare di un diritto soggettivo ²². Si può infatti risolvere questo secondo gruppo di questioni (ferma l'attribuzione del potere rispetto alle prime al giudice), sia nel senso di ritenere vincolante quanto invocato *in iure* dalla parte, sia in quello opposto di considerare il giudice munito del potere di attribuire il bene della vita conteso, pur fondando la sua decisione su una norma differente rispetto a quella rilevata (e allegata) dalla parte.

La differente impostazione, evidentemente, esplicherà effetti sul piano dell'esito dei giudizi, mai su quello dei poteri del giudice quanto alla *conoscenza*; egli sempre potrà rilevare ed individuare la norma analizzando tutte le disposizioni vigenti, al di là della non necessaria prova fornita dalle parti. Tanto che, in un sistema in cui

ogni singola causa, verrebbe così ridotto l'ordinamento.

²¹ Non reputiamo sia ricordata a sproposito l'affermazione di CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 121, che, pur riferita al problema dell'allegazione e della prova dei *fatti*, tuttavia (e certamente nei limiti del ragionamento svolto *supra* nel testo), è perfettamente estendibile alla diversa questione dell'allegazione e della prova del *diritto*. «Il rapporto tra i poteri che competono rispettivamente alle parti e al giudice sull'uno [introduzione] e sull'altro [accertamento] piano, non è necessariamente il medesimo, né – come si dirà – è effettivamente il medesimo».

²² Un cenno nel senso della esistenza di una correlazione tra i due principî, in ogni caso non in senso meccanistico tale da consentire di affermare un rapporto di causa-effetto, v. SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia»*, cit., 45; il quale, tuttavia, ritiene pacificamente vigente il p. sotto il profilo del dovere del giudice di applicare d'ufficio la legge. Per S., semmai, una delle conseguenze della vigenza nel sistema dell'obbligo del giudice «di applicare d'ufficio la norma» (*op. ult. cit.*, 55, 64), è proprio l'esistenza del p. *iura* etc., inteso come *non* necessità della prova del diritto, a carico della parte; nello stesso senso, GUASTINI, *La Magistratura*, cit., 186 (pur limitatamente alla legge formale).

l'allegazione giuridica sia vincolante per il giudice, questi non avrà il potere di applicare liberamente la diversa norma che egli abbia ricavato dalle attività di rilevazione, al fine di accogliere la domanda; certamente, però, la potrà utilizzare come parametro di giudizio in base al quale rigettarla. Parallelamente, in un sistema in cui le allegazioni in diritto *non* saranno vincolanti, il parametro del giudizio, sempre costruito attraverso l'analisi di tutto l'ordinamento, consentirà non solo il rigetto, ma anche l'accoglimento della domanda, sebbene in forza di norma mai invocata da chi ha agito.

Il problema che abbiamo detto di voler affrontare, sin dal principio di questa parte dello studio, rimane pertanto intatto, anche ammettendo che rientri nell'*officium iudicis* (e pare che non vi siano ragioni per dubitarne) il potere di acquisire nella più assoluta libertà non solo la *conoscenza* (prova) della (vigenza e del contenuto testuale della) fonte del diritto, ma anche quello di ricavare dalle spesso complesse disposizioni legislative la norma individua che al meglio rispecchi le peculiarità del caso concreto.

È dunque ora ineludibile la verifica della sussistenza nell'ordinamento di qualche elemento di diritto positivo su cui costruire la vigenza dell'altra diversa regola in cui tradizionalmente viene declinato il p. *iura novit curia*, a mente della quale il giudice *non* sarebbe vincolato dalle allegazioni in diritto effettuate dalle parti e che, dunque, questi avrebbe il potere di attribuire il “bene della vita” conteso anche sulla base di una norma mai invocata da chi ha agito.

2.1. *Non appaiono idonee a fornire una soluzione al quesito della vigenza: la riconduzione del principio iura novit curia al contenuto dell'art. 113 c.p.c.*

E' quasi un luogo comune della letteratura che ha dedicato un qualche approfondimento al tema di nostro interesse, quello

secondo cui il p. *iura novit curia* trovi il proprio fondamento positivo nella disposizione dell'art. 113, co. 1, c.p.c.²³, la quale, come noto, dispone che «nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità».

Dall'obbligo sancito testualmente per il giudice di *seguire* le norme del diritto, salvo specifiche ipotesi in cui è ammesso che questi decida affidandosi a un parametro di giudizio differente, si deduce che il giudice sia istituzionalmente tenuto ad applicare le norme del diritto al caso concreto che è sottoposto alla sua attenzione.

Sicché, al fine di fondare la ricostruzione proposta, – in tanti casi, probabilmente, in modo nemmeno del tutto avvertito – si attribuisce alla disposizione ricordata un significato precettivo ben più esteso (ed eterogeneo) rispetto a quello che possiede per inequivoco tenore testuale, facendo scivolare il suo senso da quello dell'individuazione del parametro che il giudicante è tenuto a

²³ Cfr., MICHELI, «*Jura novit curia*», cit., 576, 577, «è certo invece che se è vero che in altri periodi storici il momento della decisione è stato tenuto distinto dal momento della ricerca del diritto, attualmente nella maggioranza dei paesi civili il giudice è tenuto a «seguire le norme del diritto», a *dare attuazione alle norme giuridiche positive* non solo per il generico obbligo che ha ciascun cittadino di osservare le norme stesse, *ma in virtù della specifica funzione statutale che il giudice civile esercita*» (corsivi aggiunti); SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia*», cit., 55, 63, 77, «il principio *iura novit curia* [inteso come dovere del giudice di conoscere il diritto] non è che una conseguenza di quello fondamentale in virtù del quale *il giudice deve applicare d'ufficio la norma*, principio riconfermato nel nostro ordinamento dall'art. 113 c.p.c.» (corsivi aggiunti); PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 16-19, 78; SANTULLI, «*Jura novit curia*» e *processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1981, I, 536, la quale ritiene che la non vincolatività della qualificazione giuridica fatta dalla parte, «trov[i] testuale conferma nella previsione dell'art. 113 cod. proc. civ., nonché nel 2° comma dell'art. 101 Cost., che assoggetta i giudici esclusivamente all'osservanza della legge»; CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, VII, Torino, 1991, 74; BARLETTA, *Extra e ultra petizione. Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*, Milano, 2012, 33, 34, ma v. anche 38, nt. 83, in cui si invocano a fondamento, tuttavia, altre disposizioni di legge.

seguire nel (necessario) giudizio, a quello dell'estensione dei suoi poteri attivi sulla *res in iudicium deducta*.

È del tutto evidente che non vi sia alcuna implicazione tra la fissazione del criterio di giudizio – la cui individuazione è indispensabile sol che si voglia evitare che la decisione del giudice sia manifestazione di una pura volizione ²⁴, dipendente esclusivamente dal soggetto che è chiamato ad emetterla – e l'ulteriore (disomogenea) illazione – per cui rispetto a “ciò che è

²⁴ Timore espresso anche in sede di Assemblea Costituente, in seno alla discussione relativa al testo di quello che è divenuto l'attuale art. 101, co. 2, su cui v. la posizione assunta dall'on. Ruini, riportata da GUASTINI, *La Magistratura*, cit., 144, e quella di Calamandrei, *op. ult. cit.*, 144, nt. 19, 183, nt. 2; sul punto v. anche le notazioni di VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 170, nt. 3. Circa la questione, completamente differente rispetto a quella qui affrontata, ma certamente connessa, dei timori espressi dalla dottrina del primo Novecento – e ancora oggi di piena attualità – rispetto ai pericoli insiti nell'attribuzione di un ruolo eccessivamente ampio alla *volontà* del giudice, e alla conseguente ricostruzione della sentenza quale atto puramente volitivo, piuttosto che come atto principalmente logico, di *conoscenza*, con tutte le imprevedibili e certamente relevantissime ricadute che tale premessa potrebbe avere rispetto ai fondamentali valori (prima che principî) della Legalità e dello Stato di diritto, v. l'interessante studio di NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2012, in particolare 275-282; 292-301; nonché, le fondamentali pagine di CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., 124-128, che tanta linfa hanno fornito alla cennata analisi.

dedotto”²⁵, il “bene materiale”²⁶ richiesto può essere *attribuito* per qualunque ragione giuridica che il giudice ritenga confacente al caso di specie, al di là della sua invocazione da parte di chi ha formulato la domanda.

Al riconoscimento – *in ogni caso* – a favore di chi domanda dell'effetto richiesto, si riduce, a ben guardare, la presa di posizione della dottrina che pretende dedurre dalla regola generale – in base alla quale il criterio di giudizio che il giudice deve «seguire» è, di regola, quello rappresentato dal diritto oggettivo – il potere del giudice di applicare qualsiasi norma emergente dall'ordinamento, senza che sia necessaria la sua previa invocazione da parte dell'attore.

²⁵ La locuzione è volontariamente atecnica e generica, in quanto nell'analisi ora condotta non assumono rilevanza tutti i complessi problemi riconnessi con la fissazione dell'ambito oggettivo della domanda giudiziale e, segnatamente, quelli relativi alla delimitazione della questione di fatto (intesa in senso storico-materiale) di modo che essa sia in grado – al di là della narrazione svolta dall'attore – di condurre alla *individuazione* del singolo diritto effettivamente dedotto. Si badi che, come si è già fatto notare *supra*, Parte I, § 3.2.1.2, ntt. 105, 106, testo e note, non è criterio capace di risolvere il problema qui ricordato, quello di considerare semplicemente come “*res in iudicium deducta*” il materiale fattuale narrato dalle parti, in concreto, nel processo. Interessanti, a questo proposito, sono anche le notazioni di ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia*, cit., 101-104, che ricorda come siano da tener ben distinti i fatti allegati *tout court* – al di là della loro valorizzazione alla stregua di «fatti giuridici», anzi, spesso in quanto considerati come meri eventi storici che, rispetto alla prospettazione avanzata, non svolgono alcun ruolo, se non di completezza del racconto –, da quelli allegati e considerati *rilevanti* rispetto ad una *certa* qualificazione giuridica esplicitamente svolta in seno al processo. Resta ferma, naturalmente, (e proprio qui si annida il problema) la possibilità che da tutto l' “episodio” oggetto di narrazione, ove considerato da un differente punto di vista giuridico, possano distillarsi fatti che, in quanto analizzati sotto la lente fornita da norme diverse da quelle originariamente invocate, diano luogo ad un effetto *analogo* a quello nascente – secondo la narrazione atòrea – dalla *prima* qualificazione. Cfr. pure le notazioni di ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, 3° ed., Padova, 1999, 102.

²⁶ Vale anche qui la notazione di cui alla nt. precedente, relativa alla deliberata atecnicità dell'espressione cui si è fatto ricorso nel testo.

Ebbene, della ricordata interpretazione è difficile reperire una qualche base testuale; essa, anzi, pare fondata sulla sola forza nascente dalla sua invocazione e sul richiamo del tutto accidentale, considerato il contesto in cui vien fatto, alle «norme del diritto». Invero, l'art. 113 quando indica la regola generale, lo fa con un obiettivo ben preciso, ed è quello di stabilire l'unica ipotesi ammessa in cui, al ricorrere di certe condizioni, il giudice possa distaccarsi dalle norme del diritto, e sia autorizzato a riferirsi ad altro *metro di valutazione* rispetto al quale decidere il caso sottoposto alla sua attenzione: l'equità, appunto ²⁷.

Non possono dunque sorgere dubbi attorno al fatto che la disposizione così di frequente invocata, si preoccupi di fissare la direttiva generale (e le eventuali deroghe), con riferimento al solo *criterio* su cui il giudice dovrà saggiare la misura della giuridicità di ciò che è stato richiesto dalla parte, in quanto affermato come diritto soggettivo. Il contenuto della pur importante disposizione, non consente di trarre elementi in base ai quali affermare che il giudice, atteso che deve riferirsi al diritto oggettivo quale parametro della sua decisione, debba necessariamente cercare nell'ordinamento l'esistenza di una norma che, rispetto ad una

²⁷ Evidenza molto perspicuamente tale profilo GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 116, per il quale «sarebbe illusorio considerare la libera ricerca della *regula iuris* da parte del giudice una necessaria conseguenza del principio di legalità per il quale «nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto» (art. 113 cod. proc. civ.). Quel principio vale ad imporre all'ufficio il divieto di decidere disapplicando il diritto positivo, ossia seguendo criteri extragiuridici, ed emettendo, fuori dei casi esplicitamente previsti, quel giudizio secondo equità che nello stesso contesto (dell'art. 113) è posto come antitetico al giudizio secondo diritto». In termini, v. altresì, ID., *Dei poteri del giudice*, sub art. 112, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1262, 1263. Nella stessa direzione si leggano anche le parole di SATTA, «*Iura novit curia*», cit., 380, secondo cui «la regola [quella sancita coll'art. 113] significa solo che il giudice deve nel suo giudizio osservare come un dato ineliminabile la norma giuridica regolatrice del caso concreto, alla quale non gli è lecito sostituirla con un'altra, tratta da altre fonti (es. equità), salvo che la legge a ciò espressamente lo autorizzi».

certa situazione di fatto, costituisca il presupposto logico dell'effetto materiale domandato, nonostante la parte non vi abbia fatto alcun riferimento.

Queste ultime considerazioni danno l'occasione di chiarire quanto sopra si era solo lasciato all'intuizione, e cioè che, in definitiva, secondo i sostenitori della teoria qui avversata, l'art. 113 c.p.c. regola il dovere del giudice di attribuire a chi domanda il bene giuridico richiesto qualunque siano le ragioni di diritto da porre a fondamento della decisione, e non solo (e non tanto) il *quid alii* effettivamente disposto dalla sua lettera, la quale ha esclusivo riguardo alla fissazione delle regole concernenti il metro che il giudice è obbligato a rispettare come base del proprio giudizio.

Sulla base di tale ultima osservazione, tuttavia, una volta di più emerge la tautologia in cui incorrono i detti autori. Essi attribuiscono all'espressione «seguire le norme del diritto», un particolare significato che (tra l'altro) non emerge in alcun modo dalla lettera e dal contesto in cui la disposizione s'inserisce – cioè quello di considerare dovere del giudice l'*attribuzione, à tout prix*, dell'utilità invocata dalla parte, qualunque sia la ragione giuridica che sia in grado di supportare il relativo effetto –; su questa base pretendono, poi, di trarre il fondamento positivo del p. *iura novit curia*. L'errore di metodo è però palese, in quanto nella premessa della dimostrazione, si pone proprio il *thema demonstrandum*.

Rimane, forse, da sgombrare il campo da un'obiezione²⁸ che è stata mossa alla posizione da noi assunta, a mente della quale – sebbene si ammetta che l'art. 113 regolamenti il ricorso alle norme del diritto come criterio di giudizio, straordinariamente sostituibile dall'equità – si aggiunge che esso si preoccupa di regolare esclusivamente *una* (tra le tante) delle possibili eccezioni astrattamente immaginabili alla regola così fissata in linea generale, di talché essa non potrebbe in alcun modo fondare la facoltà del

²⁸ PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 16-19, 78, 79.

giudice di ricorrere nel suo giudizio a criteri differenti rispetto a quelli predisposti tassativamente dalla legge²⁹.

Un argomento di questo genere, tuttavia, potrebbe avere un qualche significato solamente assumendo come premessa che l'escludere la libertà del giudice nell'applicare (*i.e.*: di riconoscere la domanda come fondata) una norma differente rispetto a quella allegata dalla parte, implichi di necessità che il magistrato possa «anche essere condotto a giudicare disapplicando le norme di diritto, ogni qualvolta il criterio offerto dalle parti non coincid[a] con queste norme»³⁰. Orbene, come già sopra si è accennato, è frutto di un errore pensare che, ove si escludesse la libertà del giudice nell'applicazione del diritto, lo si *obbligherebbe* a giudicare esclusivamente secondo quanto risulti allegato in diritto

²⁹ Se bene s'intende l'argomentare un po' criptico seguito da Punzi, in particolare con riferimento a quanto sostenuto in ID., *Jura novit curia*, cit., 17, 79, ove si afferma: «in realtà i possibili criteri di giudizio non si esauriscono nella dicotomia diritto-equità, ma vanno dalla *voluntas principis*, all'interesse della comunità «storica e razziale», all'interesse all'edificazione di un determinato regime politico, e *sino alla stessa volontà delle parti*. Quindi il disposto dell'art. 113 c.p.c. deve essere interpretato nel senso che il giudizio secondo diritto deve essere rispettato dal giudice come unico criterio di giudizio ammesso, sostituibile, solo eccezionalmente, dal giudizio di equità» (corsivi aggiunti).

³⁰ Così, PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 18. In senso simile si v. SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia»*, cit., 64, «se si ammettesse al contrario la possibilità per il giudice di giudicare *contra legem*, ciò varrebbe a consentirgli poteri assolutamente estranei alla funzione giurisdizionale. Per di più se il giudice dovesse decidere fra le *opposte affermazioni delle parti* senza addurre alcun suo specifico apporto, la sua attività si sostanzierebbe in una attività da imparziale arbitratore, sulla base delle norme che le parti sarebbero riuscite a provare [in questo argomentare il ragionamento è estensibile alla sola allegazione, v. *infra*] come esistenti; l'attività del giudice invece, quale aspetto della funzione giuridica, è volta all'attuazione della legge imponendogliene l'osservanza nel caso concreto, con assoluta indipendenza da ciò che *vogliono* o *sappiano* le parti» (corsivi aggiunti); il quale ultimo parafrasa le parole già autorevolmente utilizzate da LIEBMAN, *Sui poteri del giudice nella questione di diritto ed in quella di fatto*, in *La Corte di Cass.*, 1925, 173.

dalle parti. Non è dubbio, infatti, che se quanto da ultimo riportato fosse vero, si determinerebbe una violazione della regola di cui all'art. 113, dato che, in spregio ai limiti da essa positivamente fissati, si obbligherebbe il giudice a non «seguire» né «le norme del diritto», né a «decidere secondo equità»; così infrangendo la rigida dicotomia sancita dalla legge.

Il punto è che vi è perfetta conciliabilità tra la ipotetica vincolatività delle allegazioni giuridiche svolte dalla parte, e l'obbligo in capo al giudice di «seguire» le norme del diritto, purché alla disposizione codicistica si attribuisca il senso «fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse»: appunto quello per cui essa fissa il *criterio* che in sede di decisione il magistrato dovrà seguire per rendere, “secondo diritto”, il proprio verdetto.

Se l'allegazione giuridica (o una delle più allegazioni) della parte sarà corrispondente con quella che è in grado di giustificare l'attribuzione del diritto per il cui riconoscimento si è agito, in applicazione del metro di giudizio costruito dal giudice – attraverso un'analisi volta alla rilevazione e all'individuazione della norma-criterio che, se necessario, potrà liberamente estendersi a *tutto* l'ordinamento –, questi accoglierà la domanda. Se, invece, *a*) in quanto dall'analisi di un singolo elemento della fattispecie allegata in fatto ed in diritto emerga la non corrispondenza (vuoi sotto il profilo fattuale, vuoi sotto quello della costruzione del singolo fatto giuridico (qualificazione)), ovvero *b*) dal raffronto tra il *fatto qualificato giuridicamente* (globalmente inteso) e la *norma-criterio di giudizio*, il giudice raggiunga una conclusione negativa, questi altro non dovrà fare che rigettare la domanda, in quanto infondata.

Ebbene, in nessuna delle due ipotesi – almeno così ci pare – il magistrato è costretto a *disapplicare* le norme del diritto ³¹: egli

³¹ Osserva SPAGNA MUSSO, voce «Giudice (nozione)», in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, 931, che «giudice [è] considerato sia colui che *ius dicit* nel senso che pone direttamente in essere la norma di regolazione del caso

sempre le ha applicate (nel senso di avervi fatto ricorso come parametro del proprio giudizio, di averle *seguite* ³²), mai vi ha fatto deroga. Semplicemente non ha proceduto, ove ne fossero ricorsi i presupposti di fatto (cosa per nulla scontata sol che si consideri come mai, in un ordinamento positivo, esistano più norme che collegano effetti identici a fattispecie identiche ³³), al riconoscimento di un effetto *analogo* a quello postulato, a favore di chi domanda, in forza di norma da quest'ultimo non allegata.

concreto oggetto di giudizio, sia colui che soltanto *indicat*, cioè perviene alla definizione del giudizio applicando una norma preesistente».

³² Appare in linea con quanto qui sostenuto l'affermazione di TAVORMINA, *Diritto e processo rivisitati*, in *Jus*, 2013, 78, nt. 42, il quale esclude che l'art. 12, co. 3, del c.p.c. francese (che recita: «toutefois, il [le juge] ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat») sia una deroga alla libertà giudiziale nello svolgimento del giudizio di diritto, in quanto «spetta comunque al giudice di valutare se si tratti o meno di elementi idonei a fondare la pretesa che dovrebbero giustificare (ed a questa valutazione il giudice dovrà comunque procedere *utilizzando la sua scienza privata dell'intero ordinamento*)» (corsivi aggiunti). Peraltro, non ci appare nemmeno casuale che il medesimo codice di procedura d'Oltralpe, mentre al comma 1 del citato articolo dispone in modo analogo al nostro art. 113, co. 1 («le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables»), subito dopo si preoccupi, al comma seguente («il [le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée»), di precisare la vigenza della regola sulla quale qui siamo ad interrogarci, con il che – sembra – presupponendo che essa non si possa inferire dalla semplice vigenza di quella contenuta nel primo comma; sul punto si v. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, Bruxelles-Paris, 2004, 340, 341, 457 ss. E' da prendere in considerazione, sul punto, l'opinione espressa da SATTI, «*Iura novit curia*», cit., 381, il quale, pur giungendo ad altre conclusioni rispetto a quelle che noi intendiamo attingere, ritiene che la norma nella dichiarazione del diritto sia «un *criterio* del giudizio che ha per suo oggetto un diritto soggettivo della parte» in quanto, attraverso l'esercizio dell'azione «si tende all'affermazione e dichiarazione del diritto soggettivo (che si postula) garantito da una norma» (corsivi aggiunti).

³³ In questi termini, v. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 249. Si rinvia, quanto al connesso problema dell' "unità minima"

Alla luce di questi argomenti, pare perdere mordente la precisazione relativa al contenuto dell'art. 113 svolta da Punzi, in quanto essa, sebbene in astratto condivisibile, non appare in grado di costituire un argomento contrario alla sostenuta ricostruzione del suo significato, nei termini che gli sono effettivamente proprî. Tale argomento, d'altronde, sconta gli stessi limiti del ragionamento seguito da altri autori e sopra evidenziato, cioè dà per presupposto il risultato che si vorrebbe corroborare suo tramite.

Sicché, pur aderendo alla teoria contro cui l'illustre autore si prodiga, a nostro modo di vedere restano salve le conclusioni alle quali egli stesso giunge quando afferma che «l'autonomia del giudice nella rilevazione della norma è essenziale per connotare la funzione giurisdizionale, ed è coordinata all'esigenza di fedeltà del giudice alla norma, giacché il giudice non può soddisfare quest'esigenza, se è privato del potere di individuare qual'è la norma alla quale si deve essere fedeli»³⁴. Con una postilla, come detto: tale libertà resterà impregiudicata nella sua dimensione

fattuale alla Parte I, §§ 3.2.2 e 3.2.2.1, ntt. 114, 127, testo e note, nonché alle considerazioni sul problema della delimitazione del fatto storico svolte in questa Parte, *supra*, nt. 25, coi richiami ivi contenuti. Di particolare interesse, anche per la loro eterodossia rispetto al metodo d'indagine seguito nella dottrina italiana, sono le considerazioni, tutt'altro che superficiali, sviluppate da DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., 199, le quali evidenziano centralissimi nodi problematici della tematica: «almeno nelle fasi iniziali della causa il giudice ha poche possibilità di partecipare alla formulazione delle questioni di diritto: non ha dimestichezza con i fatti. Ma immaginiamo che dopo un certo tempo egli cominci a tracciare un proprio percorso, andando al di là dei parametri adottati dalle parti, in cerca della migliore configurazione giuridica del caso. Poiché però egli deve limitarsi ai fatti allegati dalle parti, *la sua ricerca giuridica autonoma sarà spesso futile*. La sua impostazione può aver bisogno dell'*accertamento di fatti che i litiganti si rifiutano di introdurre* nella causa. Anche se egli rimane rigorosamente all'interno dei confini fattuali della lite, la sua infelice sortita al di là delle tesi giuridiche prospettate dalle parti può minare la coerenza del processo come risoluzione di conflitti» (corsivi aggiunti).

³⁴ Così, PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 18.

intellettuale (quella che rileva rispetto al problema in parola), non si estenderà sino ad investire il potere di riconoscere il “bene giuridico” dedotto in giudizio in forza di una norma non invocata (diverso problema, questo, di cui, tuttavia, non s'incarica di fornire una soluzione la disposizione analizzata).

2.2. (segue) *ovvero dell'art. 101, co. 2 Cost.*

Considerazioni analoghe a quelle sino a qui sviluppate ³⁵, a nostro avviso, valgono anche rispetto a chi rinviene nell'art. 101, co. 2, Cost., il fondamento del p. *iura novit curia* ³⁶. È noto come il

³⁵ In questo stesso senso, v. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 116, 117, «la regola non risolve però il problema se il giudice, che non ritenga applicabile al caso concreto la norma indicata dalle parti, possa sostituirla con altra liberamente scelta, o se, mantenendosi nell'ambito dei quesiti proposti, debba rigettare la domanda perché «non fondata in diritto»; [...]. Anche in quest'ultimo caso, infatti, egli pronuncia *secondo diritto*, ma nella più stretta osservanza della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato. *L'osservazione che precede vale anche per escludere che il fondamento positivo del principio iura novit curia possa sicuramente rinvenirsi nel testo costituzionale per il quale «i giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, 2° co., Cost.)» (corsivi aggiunti).*

³⁶ V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 325, «che la qualificazione giuridica prospettata dall'attore non vincoli il giudice, risulta in termini inequivocabili dall'art. 101, co. 2, Cost., sotto ogni profilo illustrato»; SANTULLI, «*Iura novit curia*», cit., 536; PIZZORUSSO, *Sulla distinzione fra accertamento dei fatti ed applicazione delle norme giuridiche*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, II, 1, Milano, 1984, 627, 628; nonché, quasi perfettamente in termini, ID., voce «*Iura novit curia. I) Ordinamento italiano*», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 1; CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 125, 126, «difatti, è proprio l'usbergo costituzionale dell'art. 101, secondo comma, Cost. che, in ultima analisi, consente al giudice di applicare al caso concreto una norma diversa da quella indicata dalle parti, proprio per adempiere al dovere di osservanza alla legge preservato da questa norma fondamentale»; BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, cit., 38, nt. 83, 119. Cfr. altresì, per l'ordinamento spagnolo, la cui Costituzione contiene all'art. 117, co. 1 una disposizione quasi testualmente sovrapponibile a quella del nostro art. 101, co. 1 e 2, («La

testo della disposizione costituzionale icasticamente affermi, con scarna quanto pregante formulazione, che «i giudici sono soggetti soltanto alla legge», e che lo faccia dopo che, al co. 1, ha solennemente chiarito che «la giustizia è amministrata in nome del popolo».

Così da sembrare inevitabile dedurre che la lettura dei due commi non possa che avvenire in modo reciprocamente coordinato. Da tale lettura interrelata emerge con grande evidenza come il rinvio al popolo, nel nome del quale si esplica la funzione giurisdizionale, lungi dall'essere una mera declamazione retorica, dal forte impatto emotivo, sia piuttosto il richiamo – e la miglior chiarificazione – di quello che solo il secondo comma renderà esplicito³⁷: attraverso le forme della democrazia rappresentativa, il popolo crea e plasma quella legge, alla quale solo – ma ad essa certamente – i giudici sono soggetti. Sicché, il retto e pieno significato da attribuire alla disposizione costituzionale appare chiarificarsi, e a rendere progressivamente evidente la sua precipua

justicia emana del pueblo y se administra [...] por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial [...] sometidos únicamente al imperio de la ley»), sebbene in termini non espliciti, EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación*, cit., 26, 27.

³⁷ Solo in parte è d'accordo con la classica impostazione qui proposta ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 827, 828, per il quale il primo comma dell'art. 101 dev'essere necessariamente letto in uno con il disposto dell'art. 24, co. 1, Cost. Da ciò deriverebbe che – fermo quanto detto rispetto al rapporto tra popolo e legge – un'ulteriore manifestazione di influenza del popolo rispetto allo svolgimento della funzione giurisdizionale si manifesterebbe nel *diritto d'azione*, il quale costituirebbe ulteriore strumento – diretto, non mediato dagli strumenti della rappresentanza – di svolgimento di quell'attività ordinante che di necessità fa capo alla collettività, tale per cui tutto l'ordinamento possa concretizzarsi attraverso il giudizio (su cui v. già SATTÀ, voce «*Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*», in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, 818). Anzi, esso rappresenterebbe l'indispensabile completamento della «funzione di componimento dell'ordine giuridico collettivo (se si vuole, una quota di sovranità), persino nella forma della costante cooperazione al consolidamento dei «comandi» dettati *in capite* dalle autorità normative».

sfera di precettività³⁸.

Essa è fondamento del principio di legalità³⁹ nella sfera della giurisdizione – e per tal via della sovraordinazione della volontà popolare legittimamente manifestatasi nelle forme (e necessariamente nei limiti) dell'attività legislativa – ma, al contempo, dell'assoluta indipendenza del potere giurisdizionale da qualsiasi altro potere, nell'esercizio delle funzioni sue proprie. Tale norma, dunque, rappresenta, al contempo, espressione dello statuto di autonomia ed indipendenza dei giudici nell'esercizio della loro funzione⁴⁰, ed il limite invalicabile fissato al suo – altrimenti libero – esplicarsi.

Questo basta, a nostro avviso, a comprendere il significato complesso e profondo (nei limiti a cui noi in questa sede interessa) dell'articolo della legge fondamentale di cui si discute. Appare infatti superfluo scendere ulteriormente nel dettaglio delle straordinarie implicazioni, quanto alle regole di costruzione del

³⁸ Decisamente in tale direzione, GUASTINI, *La Magistratura*, cit., 166-169, in particolare si v., 170, ove G. afferma «il primo comma dell'art. 101 cost. non fa che anticipare la norma espressa (meglio) dal secondo comma [...], ed è normativamente ridondante rispetto ad esso»; per nulla esclusa, come detto *supra*, ma solo ulteriormente integrata da ESPOSITO, *Iurisdiction in genere sumpta*, cit., 824, 825. V. altresì, nella medesima direzione, FOIS, voce «Legalità (principio di)», in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, 684, 685.

³⁹ V. sul punto, con incisiva chiarezza, FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 682, 683, il quale rinviene nell'articolo il fondamento *tout court* del p. di legalità costituzionale, a cui è informato l'intero ordinamento.

⁴⁰ Si cfr. le pagine di VERDE, *Il difficile rapporto*, cit., 182, 183, il quale, appurata la difficoltà di mettere in atto il precetto costituzionale della subordinazione del giudice alla legge nel suo senso proprio e pieno, chiarifica, con una considerazione estremamente interessante sul significato da attribuirsi al lemma «soltanto», che «se si guarda non al disegno astratto, ma alla situazione reale, la soggezione dei giudici alla legge vale pienamente ancora unicamente per l'avverbio «soltanto», che esprime l'insopprimibile ed inconculcabile esigenza di indipendenza e di autonomia dei giudici» (corsivi aggiunti). Cfr. anche ZANON-(BIONDI), *Il sistema costituzionale della magistratura*, 4° ed., Bologna, 2014, 86, 87, che evidenzia il ruolo centrale svolto dall'art. 101, co. 2, a tutela dell'*indipendenza* dei singoli giudici.

criterio di giudizio da parte del magistrato, che, intuitivamente, sono riconnesse alla formale soggezione del giudice «soltanto» alla legge.

Nel contesto delineato, tuttavia, risulta particolarmente importante dedicare qualche attenzione al significato da attribuire al lemma «soggezione» cui la Costituzione ricorre. Autorevole dottrina afferma che: «l'enunciato «i giudici sono soggetti (...) alla legge» non può non significare almeno questo: che i giudici sono incondizionatamente obbligati ad applicare la legge, nel senso che non possono in alcun caso *rifiutarne* l'applicazione, (anche se, come diremo, possono *sospenderla*, qualora nutrano dubbi intorno alla sua legittimità costituzionale)»⁴¹.

A nostro avviso si tratta di intendersi. Infatti, il *punctum dolens* è, come *supra* già abbiamo avuto modo di osservare, quello riguardante il significato da attribuire alla nozione di “applicazione della legge”.

Pur col rischio di ripetersi, reputiamo assai opportuno chiarire che tale termine possa essere inteso: *a) vuoi* nel senso di riferire, in ogni caso, ai fatti storici narrati al giudice la norma che, previa sua rilevazione, questi ritiene la più aderente alla concreta situazione materiale, così da consentirgli di attribuire, a vantaggio di chi domanda, l'effetto giuridico da essa disposto⁴² (“attuazione” in

⁴¹ Così, GUASTINI, *La Magistratura*, cit., 175; che ripropone la stessa idea quasi testualmente in ID., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, 105. V. pure FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 683, il quale afferma che «la legalità rappresenta il criterio in base al quale il giudice deve, nei singoli casi, impostare la risposta al quesito relativo a quale «comando», «precetto» o «regola» egli debba considerare applicabile, o comunque utilizzare, nella soluzione delle [...] controversie»; ZANON, *Il sistema costituzionale*, cit., 85, che interpreta la «soggezione» come l'*impossibilità* per il giudice di disapplicare la legge, al quale è invece concesso di disapplicare gli atti normativi non primari; risolvendone il significato – così pare – in una regola sulla differente vincolatività per il giudice delle varie fonti del diritto.

⁴² GUASTINI, *La Magistratura*, cit., 186, pur non diffondendosi sulla questione, quando afferma che il p. *iura novit curia* (inteso nel senso della *conoscenza* –

senso *forte*); *b*) *vuoi* nel senso di valutare la completa richiesta formulata in concreto dalla parte rispetto a un *criterio* che lo stesso giudice liberamente trae da tutto l'ordinamento, potendo egli riconoscere l'effetto domandato, tuttavia, esclusivamente ove esso sia congruo con la postulazione (in fatto, in diritto e quanto all'effetto medesimo) svolta da chi chiede ⁴³ (“attuazione” in senso *debole*).

Tanto che il *rifiuto* dell'applicazione della legge, nella seconda

prova – della norma) discende dalla «soggezione» del giudice alla legge, e, dunque, rappresenta un p. (implicito) di rango costituzionale, afferma altresì che «il giudice deve applicare la legge di cui sia a conoscenza, anche se le parti la ignorano o comunque non ne domandino l'applicazione». In questo modo, pur senza particolare enfasi né specifica motivazione, G. sembra propendere per l'accezione *forte* di “applicazione” della legge. Pur senza negare questo dato di fatto, sottolineiamo come non vi sia alcuna contraddizione tra i corollari discendenti dalla soggezione di cui all'art. 101, co. 2, Cost., e l'accezione *debole* di “applicazione”; si pensi al (*op. ult. cit.*, 183-187): 1) dovere di fondare ogni provvedimento giurisdizionale su una specifica norma di legge (espressa o implicita); 2) dovere che ogni provvedimento giurisdizionale sia conforme alla legge; 3) dovere di limitarsi all'applicazione della legge senza crearne di nuove; 4) dovere di conoscere le leggi; 5) dovere di non rifiutare l'applicazione della legge (su cui *v. supra* nel testo), nemmeno di quella incostituzionale. Che G. si riferisca al p. *iura* etc. sotto il solo profilo della *conoscenza* della legge, sembra confermato dal fatto che, quando tratta la stessa questione di cui sopra in altra sede, ID., *Il giudice e la legge*, cit., 50, egli parli solo di *conoscenza* della legge nel caso di invocazione della medesima, e non dell'altra questione della vincolatività della sua invocazione, cui non fa alcun cenno (sebbene essa sia riproposta, in modo testuale rispetto a *La Magistratura*, cit., in *Il giudice e la legge*, cit., 119). Cfr. anche PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 170, 222, 478, che pure sovrappone i piani dell'allegazione e della prova senza fornire alcun chiarimento, né spiegazione rispetto al fondamento del principio. Di implicazione necessaria tra *soggezione* («osservanza») e “applicazione della legge” in senso *forte* parla anche CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio*, cit., 125.

⁴³ Si esprime proprio nel senso della perfetta compatibilità tra la seconda soluzione prospettata, ed il disposto dell'art. 101, co. 2, CAPONE, *Iura novit curia*, cit., 24, 56, «la soggezione soltanto alla legge infatti non sarebbe messa in discussione da un diverso sistema nel quale, anche per quanto riguarda il diritto, il giudice fosse costretto a tenersi strettamente nei limiti di ciò che gli viene allegato e provato dalle parti: se la norma invocata dall'attore non fosse

accezione, si concreterebbe nel caso del giudice che non prenda in considerazione una legge (non incostituzionale) volta ad *escludere* l'applicabilità della norma invocata dalla parte, e che riconosca, comunque, l'effetto a vantaggio di quest'ultima, o che rigetti pur essendo stata correttamente rilevata ed individuata dall'attore la norma applicabile al caso.

Risulta, poi, particolarmente convincente a fondare la propensione da noi manifestata per la seconda accezione, la considerazione che, senza dubbio, la funzione giurisdizionale venga posta in essere non solo quando il giudice accolga la domanda, ma certamente anche quando la rigetti ⁴⁴. Ebbene, proprio in tale ipotesi, di importanza sistematica e concettuale non minore rispetto alla reciproca (ben più tenuta in considerazione),

idonea a giustificarla, il giudice, proprio applicando la legge, potrebbe semplicemente respingerne la pretesa»; nonché, sebbene nei soli limiti del luogo in cui richiama l'art. 101, co. 2, Cost., VERDE, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Bologna, 2010, 113, in cui dice: «nel momento della decisione egli [il giudice] dovrà valutare il fatto, così come accertato e ricostruito nel processo, *secondo criteri di valutazione precostituiti*. Questi criteri egli li rinviene – come già afferma solennemente l'art. 101, 1° [rectius: 2°] co., Cost. – nella legge. Di conseguenza l'art. 113, 1° co., c.p.c., [...], finisce con l'essere la puntuale attuazione di un'esigenza già espressa dalla Carta fondamentale» (corsivi aggiunti).

⁴⁴ Lo spunto in tale direzione ci è stato offerto dalle illuminanti parole di SATTA, voce «*Giurisdizione (nozioni generali)*», in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 221, ove S. afferma che «diritto e fatto sono oggetto di giudizio, e quindi esistono solo attraverso il giudizio, e non possono essere riportati ad una anteriore, nemmeno ipotizzata esistenza [...]. *La prova migliore si ha considerando la negazione del fatto, l'assoluzione: quindi «attuazione della legge» non c'è né si può trovare nulla, con la migliore buona volontà del mondo*. Eppure la massima manifestazione della giustizia, in cui la giurisdizione sembra realizzarsi nella sua assolutezza, è proprio l'assoluzione» (corsivi aggiunti); nonché, ben più modestamente, da alcune considerazioni di SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia»*, cit., 60, 61, pur svolte su basi per nulla condivisibili quanto alla natura della sentenza di rigetto per mancanza di una norma applicabile ai fatti narrati. Si v., inoltre, le considerazioni svolte da ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 17, 18, formulate in seno all'analisi relativa all'essenza della funzione giurisdizionale.

si annida il seme della smentita della teoria da noi avversata. Infatti, quando il giudice rigetta, non *attua* (in senso *forte*) alcuna legge (dal momento che essa non esiste, in ipotesi, ovvero non si applica alla situazione fattuale narrata) ma, sicuramente, vi deve fare ricorso utilizzandola come parametro rispetto al quale assumere la sua decisione (la *attua*, cioè, in senso *debole*). Sicché, seguire la prima accezione di attuazione, obbligherebbe a considerare attività non giurisdizionale (in quanto non di “attuazione della legge”) quella che si dovesse concludere con una sentenza di rigetto. Il che è palesemente insostenibile.

Se quanto detto non dovesse apparire sufficientemente persuasivo, si aggiunga, su di un piano eminentemente esegetico, che – fermo restando come non sembri così evidente il passaggio “interpretativo” dalla situazione giuridica soggettiva della *soggezione* all'attività materiale dell'*attuazione*, risultando, semmai, più congruo, a tal fine, il richiamo al significato da attribuire alla “funzione giurisdizionale” nel sistema costituzionale⁴⁵ – la nozione di *soggezione* implica una situazione di assoluta *passività*, che è quanto diametralmente si oppone alla propensione *dinamica* insita nel primo significato descritto di *attuazione*.

Il giudice *soggetto* alla legge è certamente quello che la rispetta, integralmente, in quanto manifestazione della volontà popolare, e che, nel rispettarla laddove svolge la sua sovrana funzione di giudizio, ad essa si riferisce come indefettibile *parametro* delle sue decisioni. Ci pare francamente distante dall'immagine del giudice *soggetto* soltanto (e proprio) alla legge (che quindi non può creare diritto, che deve sottoporsi all'obbligo di motivare i suoi provvedimenti, che non può decidere della validità del suo parametro di giudizio), quella del magistrato *attivo*, cui è

⁴⁵ Cosa che, peraltro, fa lo stesso GUASTINI, *La Magistratura*, cit., 147, 148, ma che, ancora una volta, non risolve il problema del significato da attribuire all'espressione “applicazione della legge”. Sempre, poi, che di essa sia corretto parlare e non sia meglio riferirsi più sobriamente – quanto meno per la giurisdizione civile –, alla “risoluzione dei conflitti secondo la legge”.

attribuito il compito di riconoscere, sempre e comunque, quanto non è richiesto nemmeno dalla parte.

Sicché pare innegabile, conclusivamente, che da tale «soggezione» – sul cui significato profondo si è già detto – non si possa desumere il rilievo addirittura costituzionale del potere del giudice di attribuire *sempre* alle parti le utilità materiali che emergono, secondo diritto, dalla narrazione dei fatti storici giunti a sua conoscenza. E questa negazione, non solo non si pone in alcun contrasto con l'art. 101, Cost., ma gli restituisce il significato suo proprio e più profondo di cui, da principio, abbiamo discorso e che si riconnette alla dipendenza dalla volontà popolare, da un lato ⁴⁶, e alla libertà da qualunque altra influenza proveniente da qualsiasi potere ⁴⁷, dall'altro.

Infine, ritenere che dall'art. 101, co. 2, discenda il potere del giudice di applicare la legge senza riguardo alla sua invocazione ad opera delle parti, pare in diretto contrasto con lo spirito (se non addirittura con la lettera) della disposizione. Giacché, a seguire tale interpretazione, si giungerebbe all'assurdo che una legge, espressione della volontà popolare cui il giudice è «soggetto», non potrebbe *mai* prevedere che al magistrato venga attribuito il potere di applicarla *esclusivamente* nei casi in cui ciò gli sia richiesto dalle parti. La facile obiezione – per cui tale argomento prova troppo –, in quanto ad ogni interpretazione della Carta fondamentale

⁴⁶ Se vuoi, con ESPOSITO, *Iurisdiction in genere sumpta*, cit., 825, 827, che si manifesta, una volta ancora (dopo averlo già fatto con la legge), nel caso concreto in cui, come singolo, dà occasione al giudice di svolgere la propria funzione, attraverso l'esercizio dell'azione, che è *postulazione* di giudizio rispetto ad uno specifico diritto soggettivo, comprensivo di fatto e di diritto oggettivo (inteso, sattianamente, alla stregua di un indefettibile elemento logico della fondatezza della pretesa, quale elemento del “*fatto*”, in definitiva).

⁴⁷ Forse è proprio in questo che l'interpretazione prospettata dell'art. 101, co. 2, Cost., si differenzia da quanto disposto dall'art. 104, co. 1, Cost.: e cioè che in assenza del primo, probabilmente si sarebbe dovuto concludere che nemmeno nei confini detti, i giudici sarebbero stati sottoposti alla volontà sovrana che si esprime nelle forme del potere legislativo.

consegue una limitazione per il potere legislativo, e non certo rispetto ad essa si può vagliare la bontà della prospettata soluzione, pare non essere evocata a proposito.

Difatti, il problema non risiede nella costrizione del potere legislativo in sé, quanto nella intrinseca contraddittorietà che così si determinerebbe – nella ricostruzione del significato delle disposizioni oggetto d'analisi – tra il loro sicuro intendimento testuale – in base al quale il limite invalicabile dell'esplicarsi della funzione giurisdizionale è la sola *legge*⁴⁸ –, e l'ulteriore corollario che si pretenderebbe trarre da queste. Esso sarebbe tale da costituire nient'altro che una limitazione al potere sovrano che risiede nel popolo, il quale ultimo, invece, dovrebbe essere investito (anche) del potere di stabilire attraverso la legge processuale⁴⁹ le *modalità* – compatibili con la Costituzione (che, si ripete, è muta in senso testuale sul punto) – attraverso cui la funzione giurisdizionale debba esplicarsi.

Senza considerare, poi, ben più prosaicamente, che tutte le limitazioni normative poste ai poteri del magistrato (e sono cospicue⁵⁰, per non dire che tutta la legge processuale altro non è

⁴⁸ Chiarisce GUASTINI, *La Magistratura*, cit., 160, che «la riserva di legislazione a favore di un «legislatore» (il parlamento) si riduce ad una serie di divieti rivolti ai giudici; e simmetricamente la riserva di giurisdizione a favore dei giudici si riduce ad una serie di divieti rivolti al legislatore».

⁴⁹ Alla quale la fissazione di tale disciplina viene riservata, pur nelle molte incertezze interpretative, proprio dall'art. 111, co. 1, Cost, quando dispone che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»; su cui v., le considerazioni svolte e le informazioni aggiornate fornite da VERDE, *Il difficile rapporto*, cit., 53 ss., in particolare 55, nt. 9.

⁵⁰ Si pensi agli esempi formulati *infra* al § 2.4, che ben si potrebbero estendere, a tutte le regole (per quanto dai contorni incerti) che discendono dai pp. della domanda e dispositivo. In particolare, riguardo allo specifico problema della libertà del magistrato rispetto alla “questione di diritto”, si pensi a tutte le limitazioni che, in modo più o meno ampio (rispetto alle dottrine seguite e alle categorie di “diritti” di volta in volta dedotti nel processo) sono – aggiungeremmo: di necessità – ammesse pacificamente dagli studiosi del processo e vengono attuate nella sua concreta applicazione di tutti i giorni (si pensi, in modo particolare, all'ampia categoria delle domande nelle quali la

che una tale limitazione) sono pacificamente considerate costituzionalmente legittime; questione su cui, almeno pare, non vale la pena diffondersi ancora.

Conclusivamente, anche il richiamo all'art. 101, co. 2, Cost., reputiamo non sia per nulla in grado di fondare (in questo caso persino ad un livello di fonte superprimaria) la vigenza nell'ordinamento italiano del p. *iura novit curia* nell'accezione presa in considerazione nel presente studio.

2.3. (segue) e neppure la sua deduzione dall'art. 12 delle preleggi, dagli artt. 2 e 3, l. sulla responsabilità civile dei magistrati, dall'art. 65, ordinamento giudiziario, ovvero dall'art. 384, co. 2 e 4, c.p.c.

Davvero poche battute, infine, merita l'analisi delle altre disposizioni che da alcuni ⁵¹ sono citate come (a volte ulteriore)

qualificazione giuridica confluisce nel *petitum* – e.g.: diritti autodeterminati, rapporti giuridici fondamentali, etc. – per tali profili, naturalmente, non può che rinviarsi alle considerazioni svolte *supra*, Parte I, *passim*, e, segnatamente, §§ 4, 5). Sia concesso aggiungere che, portando la nozione di “attuazione della legge” in senso *forte* sino alle sue estreme conseguenze concettuali, risulterebbe che costituiscono sue limitazioni tutte le disposizioni che impediscono al giudice: di cercare i fatti, di esperire qualsivoglia mezzo di prova, anche non previsto dall'ordinamento, di utilizzare le proprie conoscenze private, di attribuire liberamente efficacia ai mezzi di prova tipici, di riconoscere effetti non richiesti che, tuttavia, discendono *automaticamente* dalla semplice applicazione del diritto a una vicenda fattuale concreta. Sarebbe necessario indagare, per salvare tali disposizioni, in quali limiti, effettivamente, esse rappresentino l'attuazione di altri principî costituzionali (e.g.: quello d'imparzialità e terzietà del giudice), e poi, ancora, verificare, che tali principî siano da considerare *preminenti* rispetto a quello – verrebbe da dire: *di sistema* – dell'attuazione *piena* (in senso *forte*) della legge, sancito – *in thesi* – dall'art. 101, co. 2, Cost.

⁵¹ Si fa riferimento, in particolare, a VERDE, voce «Domanda (principio della). I, Diritto processuale civile», cit., 5, nonché, con l'aggiornamento dei richiami normativi, a ID., Diritto processuale civile, cit., 91, per il quale «stranamente questo principio non trova una norma che lo preveda espressamente. Esso è deducibile dal sistema nel suo complesso: esistono, per la verità, disposizioni

riprova della vigenza del principio.

Si fa in particolare riferimento all'art. 12 delle preleggi, agli artt. 2 e 3, l. n. 117/1988 sulla responsabilità civile dei magistrati, all'art. 328, c.p., all'art. 65, R.D. n. 12/1941 sull'ordinamento giudiziario, all'art. 384, co. 2 e 4, c.p.c.

Il motivo per cui, a nostro avviso, non è necessaria un'analisi particolarmente diffusa, si fonda sulla incontrovertibile circostanza che in nessuna delle elencate disposizioni vi è alcun minimo cenno al problema della vincolatività per il giudice delle allegazioni in diritto avanzate dalle parti, quand'egli è chiamato a svolgere il proprio giudizio. Certo, la loro applicazione *potrebbe* avere come *presupposto* il libero esercizio di quel potere, ma, ugualmente, la loro precettività – pur in diversi limiti, da tracciarsi come corollario della premessa, non come diretta promanazione del testo normativo – resterebbe intatta se, di contro, si aderisse all'opposta teoria.

Così, non è per nulla vero che l'art. 12, co. 2 delle preleggi, presuppone l'obbligo del giudice di applicare le norme ancorché non invocate dalle parti, in quanto è disposizione – dal notevole valore sistematico – che però solo stabilisce i *criteri* che il giudice è tenuto a seguire per la rilevazione ed individuazione della norma applicabile al caso concreto, nell'assenza di disposizioni esplicite; e non si occupa certo del ben diverso profilo se tali norme (pur non direttamente emergenti dai testi della legge) debbano, oppure no, essere previamente invocate dalle parti.

del codice civile (es., art. 12 disp. prel.), del codice di procedura civile (es. art. 55 [ora: artt. 2, 3, l. n. 117/1988]) e del codice penale (es., art. 328) che *prevedono l'obbligo del giudice di pronunziarsi anche quando le parti non abbiano indicato le norme giuridiche da loro ritenute applicabili*» (corsivi aggiunti); nonché, quanto all'art. 384, co. 2 (attuale co. 4), c.p.c., ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., 325, per il quale «né è inopportuno soggiungere e precisare che la distinzione del titolo dalla qualificazione giuridica è data per presupposta dall'art. 384, co. 2 cod. proc. civ., il quale consente alla Cassazione di correggere gli errori di diritto, che inficiano la motivazione, e non anche il dispositivo, delle sentenze di merito».

Ancora, la responsabilità per atto commesso con dolo o colpa grave ovvero per denegata giustizia, cui si riferiscono gli artt. 2 e 3, l. n. 117/1988⁵², non sembra per nulla implicare l'obbligo del giudice di pronunciare in assenza dell'allegazione di parte delle norme; giacché è logicamente precedente (e autonoma) la verifica della sussistenza di tale dovere (*thema demonstrandum*), rispetto all'integrazione delle ipotesi di responsabilità previste in astratto⁵³. Che poi sia compito rimesso al giudice quello della *rilevazione* ed *individuazione* in piena libertà della norma da utilizzare come *parametro* di giudizio del caso concreto, non è mai stato messo in dubbio⁵⁴.

Infine, quanto alla c.d. funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, sancita in via di principio dal rinomato art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario e attuata anche attraverso gli

⁵² Infatti, dispone l'art. 2, co. 2 e 3: « 2. Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'*attività di interpretazione di norme di diritto* né quella di valutazione del fatto e delle prove. 3. Costituiscono colpa grave: a) la *grave violazione di legge* determinata da negligenza inescusabile»; mentre l'art. 3, co. 1, così afferma «1. Costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel *compimento di atti del suo ufficio*» (corsivi aggiunti).

⁵³ Il medesimo argomento, in termini logici integralmente coincidenti, dev'esser svolto rispetto al richiamo effettuato all'art. 328, c.p. (Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione), a mente del quale: «1. Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che *indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia* o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, *deve essere compiuto senza ritardo*, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. 2. Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse *non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo*, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa» (corsivi aggiunti).

⁵⁴ Cfr. *supra*, in questa Parte, quanto detto ai §§ 1.2, 2.1. Si dubita, tuttavia, che l'attività di interpretazione *tout court*, possa rientrare tra quelle fondamentali che caratterizzano la giurisdizione e dunque risultare protetta a livello costituzionale; così, GUASTINI, *La Magistratura*, cit., 165, 194.

istituti previsti dai commi 2 e 4 dell'art. 384, c.p.c., gli argomenti da spendersi sono assimilabili a quelli sopra tratteggiati.

In particolare, rispetto alla c.d. “pronuncia di merito” della Suprema Corte, è evidente come l'istituto sarebbe perfettamente compatibile con un sistema in cui si ritenessero vincolanti le allegazioni giuridiche delle parti, dato che a essa ben si potrebbe far ricorso tutte le volte in cui il giudice del merito abbia accolto o rigettato la domanda proposta, fondandola su ragioni giuridiche *non* invocate o, rispettivamente, invocate, dalla parte. Infatti, ferma la ricostruzione in punto di fatto, la Corte di Cassazione avrebbe tutto lo spazio per pronunciare in senso opposto rispetto al provvedimento impugnato, proprio in forza di una corretta *rilevazione* della norma applicabile, che, di volta in volta, potrà essere stata *non* coincidente (in caso di accoglimento da parte del giudice *a quo*) ovvero coincidente (nel caso di rigetto) con l'argomentazione o con una delle argomentazioni in diritto formulate (anche in via alternativa) dalla parte.

Quanto poi, all'ipotesi della sola correzione della motivazione, sancita dall'art. 384, co. 4, c.p.c., oltre ad essere valide, in senso speculare, le osservazioni appena enunciate (in base al tipo di errore in cui è incorso il giudice *a quo*⁵⁵), ci si potrebbe spingere sino ad ammettere – vista la spiccata funzione di tutela dello *ius constitutionis* (risultando assente qualsivoglia profilo di protezione dello *ius litigatoris*) connessa con l'istituto – il ricorso della Cassazione a questo tipo di sentenze, tutte le volte in cui ben abbia fatto il giudice di merito a rigettare la domanda (proprio in aderenza allo stretto principio di corrispondenza immaginato), ma

⁵⁵ E cioè: se questi abbia, rispettivamente, *accolto*, 1. fondando la propria decisione su una norma non invocata, quando una corretta rilevazione della norma allegata dalla parte avrebbe ben potuto comunque condurre all'accoglimento; ovvero *rigettato*, 1. avendo erroneamente ritenuto applicabile una norma *diversa* da quella invocata, quando il rigetto poteva essere correttamente fondato sull'inesistenza della norma invocata; 2. avendo mal *rilevato* ed *individuato* una norma allegata, la quale ultima, se rettamente intesa, avrebbe comunque condotto al rigetto della domanda.

la corretta rilevazione del diritto avrebbe potuto condurre, ove esso fosse stato allegato, all'accoglimento ⁵⁶.

2.4. (segue) *né la rispondenza del principio iura novit curia all'esigenza generale di realizzazione dell'ordinamento, o, ancora, all'esigenza di uniformità del giudizio su casi identici – che sarebbero soddisfatte tramite la sua vigenza –. La funzione giurisdizionale può esplicarsi solo nei limiti tracciati dalle leggi sostanziali e processuali.*

Riteniamo così necessario concludere – come già fatto, peraltro, da autorevole e attenta dottrina ⁵⁷ – che al p. manchi un fondamento *de lege lata*.

⁵⁶ La presente conclusione è da formularsi in termini dubitativi, ma, al limite, come chiusura del sistema e punto di emersione dei nuovi equilibri che si instaurerebbero – senza alcun detrimento per la funzione nomofilattica della Corte – tra le due sfere (*ius constitutionis* e *ius litigatoris*), la cui tutela è commessa dall'ordinamento al Supremo Collegio. Essa, tuttavia, deve necessariamente essere corredata da due precisazioni: 1. questa attività *non* potrà essere svolta dalla Suprema Corte, ove la questione di diritto, nel caso sottoposto al suo vaglio, risulti un elemento di *identificazione* della domanda (in base alla teoria adottata e, in generale, alla possibilità – astrattamente concepibile – che il diritto oggettivo *comunque* individui il diritto soggettivo dedotto in giudizio). Giacché, altrimenti, l'immaginata pronuncia andrebbe ad incidere su di un diritto *diverso*, che ne risulterebbe *pregiudicato* (in senso tecnico), in violazione del p. della domanda; 2. questa attività potrà essere svolta dalla Suprema Corte a condizione che si sia in presenza di casi in cui la ricostruzione del fatto effettivamente svolta dal giudice di merito, consenta la sua autonoma sussunzione (totale o parziale) in altra norma, dunque senza che sia necessario *immaginare* il verificarsi di ulteriori elementi di fattispecie che non emergono dal materiale di causa. Sempre che, ovviamente, tale sussunzione non abbia ad oggetto un *diverso* diritto. Cfr., sulle tematiche tratteggiate, i rilievi svolti *supra* alla nt. 25 e gli ulteriori rimandi ivi contenuti.

⁵⁷ In particolare, cfr. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 115. Ma v. pure VERDE, voce «Domanda (principio della)», cit., 5, per il quale «stranamente questo principio non trova una norma che lo preveda espressamente»; egli, tuttavia, come detto *supra*, lo ritiene desumibile dal sistema nel suo complesso, attraverso l'interpretazione di alcune disposizioni; su cui v., ampiamente, il precedente §.

Per tale ragione, si è cercato di rinvenirlo in *interessi*, in senso lato generali, del sistema, rappresentati «dall'esigenza che il diritto sia applicato, ossia che l'ordinamento trovi in ogni caso attuazione»⁵⁸, nonché dall'esigenza che «tutti i possibili casi particolari identici siano decisi nello stesso modo, quindi con identica applicazione di diritto»⁵⁹.

Quanto al primo profilo, è particolarmente interessante rilevare come a esso, a ben guardare, si siano rivolti assai di frequente anche quegli autori che pretendono di rinvenire il fondamento del p. in qualcuna delle disposizioni alle quali abbiamo già dedicato la nostra attenzione. E ciò è vero al punto da far sì che il più profondo argomento che traspare – quasi in controluce, verrebbe da dire – dal pensiero di molti, non verta tanto (o solamente) sul significato che rettamente dev'essere attribuito alle disposizioni regolanti, in diversa guisa, il principio di legalità, sotto il profilo della soggezione del giudice soltanto alla legge, o alle altre disposizioni cennate, quanto sull'assunto che la funzione giurisdizionale si risolva nell' «attuazione della legge» (in senso *forte*, evidentemente)⁶⁰, quale strumento di

⁵⁸ In questi termini, GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 119. Intorno alla questione, v. anche quanto detto *supra*, Parte I, § 3.2.1.2, in particolare nel testo alle ntt. 93-103.

⁵⁹ Così, espressamente, SATTA, «*Iura novit curia*», cit., 382; poi ribadito in ID., *Commentario al codice*, cit., 440; testualmente ripreso da GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 119; e seguito anche da VERDE, voce «*Domanda (principio della)*», cit., 5, per il quale «se non ci fosse tale principio, andrebbe smarrita ogni certezza giuridica e soprattutto sarebbe compromessa la stessa eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (solamente in questo modo è possibile, infatti, garantire che il giudice si ponga di fronte al problema tendenzialmente nella stessa maniera in tutti i casi singoli)»; che lo conferma in ID., *Diritto processuale civile*, cit., 95, e in ID., *Il difficile rapporto*, cit., 178, 181, chiarisce come quello della parità di trattamento sia uno dei valori che i sistemi basati sulla separazione dei poteri, con maggior forza intendono difendere e attuare in concreto.

⁶⁰ I riferimenti fatti alla funzione ultima della giurisdizione, quale strumento deputato all'attuazione della legge e, suo tramite, di tutto l'ordinamento, sono comuni. V., già LIEBMAN, *Sui poteri del giudice*, cit., 171, 173, ove «risolvere la

concretizzazione, latamente intesa, dell'ordinamento⁶¹. Innanzitutto, val conto di richiamare le considerazioni anzi svolte⁶² rispetto all'impossibilità di accettare la nozione di "attuazione della legge" (o dell'ordinamento), come idonea espressione dell'essenza della giurisdizione, in quanto essa sarebbe strutturalmente incapace di abbracciare l'ipotesi – di rilevanza in tutto equivalente alla sua opposta – del *rigetto* della domanda. È innegabile, infatti, che non sia pensabile alcuna "attuazione della

questione di diritto vuol dire trarre dall'unità profonda del sistema del diritto la volontà regolatrice del caso concreto ed affermarla ed imporla in virtù del potere che la legge stessa conferisce al giudice», nonché «nella concezione moderna dello Stato, unico ed esclusivo custode dell'integrità dell'ordinamento giuridico, [il p. *iura* etc.] assurge alla dignità di principio essenziale e caratteristico dell'attività giurisdizionale»; e BETTI, *Diritto processuale civile*, cit., 14 ss., 311, ove «l'apprezzamento del giudice [nei giudizi di diritto] è libero dalle direttive che gli propongono le parti, e anche di fronte a un loro accordo difforme, resta assolutamente sovrano [...]. Tale sovrana libertà discende dalla natura stessa della funzione giurisdizionale». Cfr.: MICHELI, «*Jura novit curia*», cit., 577, 578, il quale parla di «dare attuazione alle norme giuridiche [...] in virtù della specifica funzione statale che il giudice civile esercita»; SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia»*, cit., 55, nt. 36, 48, nt. 27, che parla di «giurisdizione come esercitata nell'interesse pubblico primario dello Stato, inteso ad attuare il diritto obiettivo e contestualmente nell'interesse del privato inteso ad ottenere la restaurazione dell'interesse violato e con ciò (e per ciò) l'attuazione del diritto» tanto che «la risoluzione della questione di diritto [...] si compendia nel desumere dall'unità del sistema del diritto la volontà regolatrice del caso concreto ed affermarla ed imporla in virtù del potere che la legge stessa conferisce al giudice»; PUNZI, *Jura novit curia*, cit., 14, «l'opera del giudice è essenziale per il concretamento dell'ordine giuridico, giacché questo non può realizzarsi meccanicamente. E se si riconosce nel giudice l'organo al quale è attribuita la funzione di concretare l'ordine giuridico nella singola vicenda di vita, si finisce necessariamente per porre al di fuori della disponibilità delle parti la determinazione della norma in base alla quale si deve giudicare»; BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, cit., 125, 119, «l'accertamento della lesione permette di evidenziare la specifica responsabilità istituzionale del giudice, ai sensi dell'art. 101 Cost., nella «concretizzazione» dell'ordinamento. Il carattere *pubblico* del dovere decisorio del giudice non può essere ricondotto al mero accertamento della fondatezza della affermazione circa l'esistenza della *res in iudicium deducta*, bensì deve giustificarsi anche (e necessariamente) sul piano

legge” in senso *forte*, quando il giudice altro non faccia che dichiarare proprio l'*inesistenza* di una volontà astratta di legge, in grado di regolare il caso a lui sottoposto.

Ci preme però aggiungere – allorché si ritenesse di poter superare l'obiezione appena ribadita – come, ancora una volta, i fautori dell'idea da noi non condivisa sembrano invertire i termini del problema e, così facendo, utilizzino come punto di partenza del ragionamento quello che dovrebbe, invece, rappresentarne il punto di arrivo; quanto meno perché in esso pretendono di rinvenire le fondamenta di una regola processuale che – possiamo dire essere ormai certo – non risulta da alcuna disposizione espressa.

Non pare quindi necessario scendere nella complessa, e a tratti astratta, discussione sull'essenza ultima della funzione giurisdizionale, essendo sufficiente considerare come essa debba essere affrontata partendo dalla disciplina positiva dettata per regolare lo strumento processuale.

Il quale ultimo, sebbene rimanga testualmente agnostico rispetto al problema di cui ci stiamo occupando ⁶³, è generalmente fondato su

oggettivo. [...] È solo di fronte alla soggezione del giudice alla legge, ai sensi degli artt. 113 c.p.c. e 101 Cost., e alla prova circa l'effettivo ricorrere di una situazione di contrarietà all'ordinamento che l'applicazione delle norme giuridiche rilevanti diviene allo stesso tempo *doverosa e limitata*, a norma dell'art. 112 c.p.c., riguardo al diritto (*i.e.*: effetto giuridico) indicato dall'attore, tra le varie altre disposizioni giuridiche «disponibili».

⁶¹ Dell'impronta fortemente pubblicistica di cui risente la ricostruzione della funzione giurisdizionale in termini di *realizzazione* o *concretizzazione* dell'ordinamento, sembra trovare traccia un osservatore “esterno” dei sistemi di *civil law*, quale DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., 202, il quale rinviene l'origine della persistenza della regola della libera qualificabilità giuridica dei fatti ad opera del giudice nel «carattere del potere giudiziario tradizionale nel Continente» il quale ha dunque impedito «una più completa realizzazione degli istituti del processo corrispondenti all'ideale della risoluzione dei conflitti».

⁶² Cfr., quanto affermato *supra*, alla nt. 44 e al relativo testo.

⁶³ Semmai occupandosi della questione sotto altri più limitati profili e, al massimo, lasciando intendere, mai con argomento decisivo, che quel che

criterî che, sotto svariati profili, altro non fanno che stabilire *limiti* ai poteri del giudice nello svolgimento della sua funzione, ove la si immaginasse nella sua massima estensione, cioè in quella in cui al magistrato fosse concesso di intervenire in ogni situazione in cui l'essere (cioè la vicenda storica verificatasi *inter privatos*), si distanzia dal *dover essere* (rappresentato dal diritto oggettivo), con lo scopo ultimo di far coincidere – sempre e comunque – il primo con il secondo ⁶⁴.

Non sembra revocabile in dubbio che il nostro ordinamento processuale civile si proponga come estremamente distante dalla visione – certamente in astratto concepibile – testé tratteggiata. Esso sembra porsi come obiettivo principale, quantomeno per quanto concerne i diritti disponibili, proprio quello di far sì che l'iniziativa della tutela e – di principio – l'estensione di quanto è sottoposto all'attenzione del giudice, siano rimessi alla valutazione esclusiva delle parti.

L'evocare sommariamente in questa sede principî generali (della domanda e dispositivo) la cui vigenza è sostanzialmente pacifica ⁶⁵, non ci induce (né ci consente) a concludere che in forza di tale richiamo il giudice sia *vincolato* alle allegazioni in diritto

preme all'ordinamento: è evitare l'*arbitrio* del giudice, imponendogli di *seguire* le norme del diritto (art. 113 c.p.c.), è garantire che anche da un punto di vista giuridico le parti sostanzino le proprie ragioni nell'atto introduttivo, indirizzato alla controparte e al giudice medesimo (art. 163, co. 3, n. 4, c.p.c.), è far sì che tali ragioni di diritto debbano essere esposte anche nel provvedimento giudiziale conclusivo (art. 132, co. 2, n. 4, c.p.c.), il quale deve, di necessità, corrispondere alle “richieste” formulate dalla parte (art. 112 c.p.c.). In proposito, cfr. quanto sostenuto da GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 116.

⁶⁴ E garantire, così, la piena attuazione dell'ordinamento. Estremamente stimolanti le considerazioni sviluppate da ATTARDI, *Diritto processuale*, cit., 100-102, rispetto alla relatività del contenuto del p. della domanda, con particolare riferimento alle interazioni tra vincolo imposto dalle parti al giudice quanto ad oggetto del processo, e operatività del p. *iura* etc.

⁶⁵ Pur nelle ben note incertezze riguardanti la loro effettiva estensione. Per riferimenti v. quelli svolti *infra*, in particolare alle ntt. 80, 81, 86 ed il relativo testo.

formulate dalle parti, ma ci sembra sia sufficiente per contrastare le affermazioni, a tratti quasi scandalizzate, fatte da chi ammonisce rispetto all'assoluta necessità che il giudice sempre applichi il diritto nel caso concreto. Si pretende, insomma, che egli sia istituzionalmente tenuto ad attribuire alla parte quello che nemmeno essa ritiene di meritare, tanto da non averci nemmeno pensato nel delicato momento in cui ha argomentato in diritto la propria domanda.

Lo stesso scandalo, infatti, non si percepisce quando il giudice, non essendo stata raggiunta la prova circa la veridicità di una certa allegazione fattuale, non possa “attuare l'ordinamento”, pur essendo a conoscenza, ad esempio per scienza privata, del modo di essere di quell'accadimento che condurrebbe all'accoglimento della domanda. Per non parlare, poi, della normale situazione in cui si trova il giudice civile (e non solo in materia di diritti disponibili), quando è obbligato a restare spettatore *inerte* rispetto alla violazione dell'ordinamento che si manifesta davanti ai suoi occhi, senza nulla, evidentemente, poter fare, affinché il diritto oggettivo (e quindi l'ordinamento) si attui. Oppure, ancora, quando, trattandosi di un diritto c.d. autodeterminato, il giudice non possa accogliere la domanda, attribuendo una differente qualificazione giuridica alla situazione soggettiva invocata (es. usufrutto, invece di proprietà), sebbene tutti gli elementi raccolti nel giudizio (di fatto e di diritto, pur nel pieno rispetto del p. dispositivo) depongano in quella direzione, malauguratamente non prospettata dalla parte⁶⁶.

Verrebbe agevole replicare che in tali ipotesi l'ordinamento, secondo le sue regole, si sta *comunque* attuando; il che – probabilmente vero – è però solo sufficiente a dimostrare che l'*attuazione* dell'ordinamento (se mai di questo sia corretto parlare quando si cerca di individuare l'essenza dell'attività giurisdizionale) non esiste come parametro assoluto (il quale, anzi,

⁶⁶ Cfr. quanto più ampiamente esposto sul punto *supra*, Parte I, § 4.

è recisamente negato dal sistema) ma, per definizione, si *modula* sulle scelte contingenti effettuate dal legislatore in un certo periodo storico.

Dunque, la *deduzione* (da superiori – ma dubbi – principî generali del sistema) svolta da chi ritiene il magistrato libero da qualsivoglia allegazione in diritto effettuata dalla parte, è viziata dallo stesso metodo seguito: infatti, solo in via *induttiva*, a partire dalla disciplina positiva regolante l'attività del giudice, sarebbe ammissibile costruire un tale principio⁶⁷. Ciò non risulta però possibile, come abbiamo detto.

I richiami effettuati a più riprese all'art. 113, co. 1, c.p.c., nonché all'art. 101, co. 2, Cost., da chi pretende di trovare in essi il fondamento del p., sono prova, a nostro avviso, della correttezza di quanto appena esposto, e tradiscono il tentativo di legittimare su base positiva, quella che, altrimenti, rimane una semplice asserzione, osteggiata in senso lato – a tacer d'altro – dalla generale impostazione del sistema⁶⁸, considerato nel suo complesso.

Da ultimo, resta da verificare la sostenibilità della teoria di chi vede nel p. dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, la ragione profonda della libertà del giudice rispetto alle allegazioni

⁶⁷ In questi termini, molto chiaramente, PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 672, per il quale sono da intendersi come principî generali «le indicazioni di massima che è possibile ricavare, generalmente *a posteriori*, mediante un processo logico di astrazione generalizzante, dalla disciplina legislativa di una certa materia o settore del diritto positivo».

⁶⁸ Quella in base alla quale il sistema tende a porre limiti, nel settore civile, all'*attuazione* della legge (in senso *forte*, o dell'ordinamento) per il tramite del giudice, persino nel caso in cui i presupposti su cui certi principî generali si fondano son venuti meno nel caso concreto (si pensi all'ipotesi della conoscenza diretta del fatto da parte del giudice), ovvero quando all'allegazione giuridica si attribuisce un ruolo nella individuazione dell'oggetto del processo. In quest'ultima ipotesi, addirittura, si consentirebbe senza soverchie difficoltà – accettando per un attimo la teoria avversata – che un p. dal sapore pubblicistico (che rappresenta addirittura il cardine di tutto l'ordinamento) sia derogato, per immolarlo sull'altare di esigenze, al postutto, di ordine privatistico (circa quest'ultimo profilo, cfr. le osservazioni svolte *supra*, Parte I, § 3.2.1.2, nel testo alle ntt. 93 e ss.).

giuridiche di parte. Fermo restando quanto saggiamente rilevato rispetto all'uniformità di trattamento la quale «è più un'aspirazione che un obiettivo realmente conseguibile»⁶⁹, si deve aggiungere che l'eguaglianza, in sé e per sé considerata, ha un significato solo a condizione che si stabilisca qual'è la situazione rispetto cui essa debba essere verificata.

Naturalmente, ove si prenda come parametro per svolgere la verifica la vicenda storica, così come è accaduta nella realtà, prima e al di fuori del processo, e s'immagini il giudice come colui che *sempre* deve applicare al fatto il diritto⁷⁰, quale pieno potere di attribuire “ciò che spetta” a “colui cui spetta” – in sostanza, se ci s'immagini di trovarsi in quell'ordinamento ideale già sopra sommariamente descritto –, si potrebbe scorgere un problema di diseguaglianza nel trattamento, se si ritenesse che la norma invocata dall'attore costituisce un limite a tale attribuzione.

Sappiamo, però, che per entrambe le sfere rilevanti nell'analisi – quella del fatto e quella del diritto – non valgono le premesse poste sopra.

Non è pensabile, nel processo, un fatto che non sia quello narrato e provato⁷¹ (quindi *contingentemente* delimitato

⁶⁹ VERDE, *Il difficile rapporto*, cit., 181.

⁷⁰ Peraltro, non esistendo nel nostro ordinamento l'obbligo per il giudice di adeguarsi al precedente giudiziario (essendo tale vincolo addirittura costituzionalmente illegittimo, secondo quanto sancito dalla Carta fondamentale, in particolare all'art. 101, co. 2 – cfr. GUASTINI, *La Magistratura*, cit., 191, 192; ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta*, cit., 830, 832; *contra*, però, PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 725, 726, che si riferisce, però, principalmente, all'efficacia c.d. “persuasiva” e richiama proprio il p. di eguaglianza), né potendo ritenersi accettabile l'illusione giuspositivistica (ed illuministica prima), per cui esiste una «esatta» (e dunque univoca) interpretazione della legge, la non vincolatività per il giudice delle allegazioni giuridiche svolte dalle parti, non sarebbe comunque in grado di garantire un'assoluta ed effettiva parità di trattamento, nemmeno nel sistema immaginato.

⁷¹ Sono spunto di riflessione rispetto alla consistenza e alla natura del “fatto” in seno al processo, le parole di TAVORMINA, *Diritto e processo*, cit., 83, 84, che, nella sua peculiare visione “pansostanziale” dell'ordinamento, afferma: «ed

dall'attività – esclusiva o cooperativa – delle parti e del giudice), né è positivamente previsto un potere di applicazione ⁷² del diritto alla realtà materiale che possa integralmente prescindere da qualche vincolo: nel minimo, quello affinché qualcuno formuli una richiesta (per la tutela di un proprio *interesse* che afferma lesa), in via progressivamente più intensa, quello dettato dal limite della specifica situazione soggettiva dedotta.

Al di fuori di un sistema che sia in grado ⁷³ di prescindere da questi limiti, l'eguaglianza non può essere valutata in assoluto, ma esclusivamente rispetto al parametro di paragone, sicché, dal puro richiamo al principio non è possibile dedurre alcuna regola circa le modalità di svolgimento del giudizio.

Invero, il principio sarà certamente rispettato *sia* quando – sancita la libertà rispetto alle allegazioni giuridiche di parte – il

invero, sia le proposizioni normative, sia tutti i fatti dalle stesse descritti devono risultare e sia l'elencazione degli strumenti per farli risultare che lo *standard* probatorio fanno parte della norma (o delle norme), sicché solo gli elementi che risultano con quegli strumenti e con il grado di attendibilità determinato dallo *standard* probatorio possono considerarsi giuridicamente esistenti od avvenuti a prescindere dal fatto che se ne stia discutendo in un processo. Il significato di una disposizione può essere attendibile quanto un altro, ma solo uno dei due sarà quello “corretto”; *un quid di naturalisticamente risultante* (per esempio, un patto aggiunto o contrario – anteriore o coevo – al contenuto di un documento, un delitto non emergente che da una confessione ad un ministro di culto oppure probabilmente commesso ecc.), *che però risulti da una fonte esclusa dai predetti strumenti* (per esempio, testimonianze: art. 2722 c.c., art. 200 c.p.p.) *oppure che non risulti “al di là di ogni ragionevole dubbio”* (art. 533.1 c.p.c.), *giuridicamente non esiste neppure al di fuori di un processo»* (corsivi aggiunti).

⁷² In senso *forte*, naturalmente.

⁷³ Si ricorre a questa espressione, in quanto sembra che – quantomeno per il giudizio di fatto – sia proprio a causa di un limite (almeno attuale) delle capacità umane che risulti necessario il ricorso a strumenti (qui in senso lato) probatori, al fine di formare il convincimento del giudice circa le modalità di verificazione di un evento accaduto nel passato. Se fosse possibile avere un giudice onnisciente, infatti, le difficoltà – spesso insormontabili – di fornire la prova in giudizio sarebbero strutturalmente superate e, a ben guardare, nemmeno il giudizio di fatto, strettamente inteso, sarebbe più necessario.

magistrato *rigetti* perché un certo fatto costitutivo non è stato provato, ed in altra causa, rispetto a una vicenda storica identica alla precedente, invece, *accolga*, in quanto la prova rispetto al medesimo fatto è stata raggiunta; *sia* quando – stabilita la vincolatività delle allegazioni giuridiche della parte – egli *rigetti* perché il diritto invocato non è idoneo a fondare la richiesta formulata, ed in altra causa, rispetto a una vicenda storica identica alla precedente, invece, *accolga*, in quanto l'allegazione in diritto dell'attore è risultata confacente rispetto alla fattispecie concreta narrata.

Intendiamo poi tenere al di fuori della discussione le non risolubili questioni ⁷⁴ relative alla effettiva possibilità di sapere quando, anche solo a un livello meramente fenomenico, due vicende storiche siano *integralmente coincidenti* (ancorché tale difficoltà sarebbe già sufficiente per togliere vigore alla tesi che si sta discutendo, e per sconsigliare di affrontare la questione sulla base di puri criteri valoriali).

In considerazione di quanto evidenziato poc'anzi, pare evidente come la pretesa di risolvere il problema dell'eguaglianza di trattamento, in un campo complesso e *multifattoriale* come quello del processo, solo guardando al suo esito, per quanto rappresenti una prospettiva suggestiva, non sembra corretta. Cosicché, una volta chiarito quale debba essere la situazione di partenza (in altre parole: quali siano le regole in forza delle quali tale situazione s'individua) nei cui riguardi verificare il rispetto del p. di eguaglianza tra le parti del primo e quelle del secondo processo (immaginati aventi un oggetto perfettamente coincidente), l'esito in senso positivo o negativo di ciascuna controversia non è elemento rilevante. In definitiva, ciò che importa è solo l'osservanza di identiche regole per giungere alla decisione ⁷⁵, non l'esito concreto cui essa attinge.

⁷⁴ Che pur inevitabilmente si stagliano sul suo sfondo.

⁷⁵ Molto chiaramente sul punto, pur in seno ad altra discussione, scrive FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 200, «parità

Nemmeno l'invocazione del p. di eguaglianza, quindi, sembra in grado di garantire una base positiva al p. *iura novit curia*.

In conclusione, è prezioso sul punto ricordare il principio generale fissato in materia di norme di competenza – cioè di quelle norme attributive di *poteri* agli organi dello Stato – in virtù del quale: «i pubblici poteri possono compiere non già ogni atto che non sia loro vietato, ma anzi *solo quegli atti che siano loro espressamente consentiti*»⁷⁶.

Si è ora forse in grado di chiudere il ragionamento. Non vi sono disposizioni del nostro ordinamento che attribuiscono in modo espresso al giudice il potere di decidere liberamente la questione di diritto a dispetto delle allegazioni giuridiche svolte dalle parti; non è nemmeno possibile dedurre ciò in via interpretativa, a partire da altre disposizioni che si occupano, più o meno direttamente, di disciplinare la fase del giudizio; infine, nemmeno il richiamo ad ancor più generali principî superiori, che dovrebbero rappresentare interessi concreti, *desiderata* inespresi del sistema, è in grado – già dal punto di vista logico, prima di scendere sul piano della verifica degli strumenti di attribuzione formale di poteri pubblici – di condurre a una risposta positiva.

Ha forse ragione chi ritiene, partendo da un punto di vista differente, dunque scevro da inveterati pregiudizî, che le ragioni profonde dell'imperituro successo manifestato dal p. in parola, più che nell'invocazione di solenni ed augusti principî dell'ordinamento, siano da ricercare in esigenze di ordine pratico, volte a favorire (così si ritiene) il buon funzionamento della

nel processo significa attribuzione alle parti contrapposte di simmetrici poteri, facoltà, doveri, di uguali possibilità di agire e reagire; non può significare che l'esercizio di quelle posizioni da parte dei litiganti risulti – nel caso concreto – tale da realizzare un'effettiva uguaglianza: se fosse così, non vi sarebbe margine per errate o negligenti attività processuali di parte, e solo dalla parte disponibili; non vi sarebbero mai vincitori e vinti in conseguenza di esse».

⁷⁶ Così, GUASTINI, *La Magistratura*, cit., 158, ove ampie citazioni di dottrina conforme (corsivi aggiunti).

giurisdizione civile ⁷⁷.

Ferma l'opinabilità rispetto alla bontà dello strumento prescelto per il raggiungimento del fine, ci pare davvero troppo poco per riconoscere cittadinanza nel nostro ordinamento a una regola dalla portata sistematica e pratica tanto dirimente.

3. La mancanza di un'esplicita attribuzione del potere secondo i parametri pubblicistici e l'esigenza d'imparzialità del giudice, in cui alcuni autori hanno ritenuto di rinvenire il fondamento del p. dispositivo, e dunque il fondamento della necessaria allegazione di parte dei fatti, sembrano fondare valide ragioni di esclusione dei poteri di riqualificazione giuridica in capo al giudice. L'imparzialità del giudicante sarebbe infatti non meno turbata nello svolgimento della sua funzione, ove questi potesse attivamente ricercare una norma (su cui nemmeno la parte che invoca la tutela ritiene opportuno svolgere le proprie argomentazioni) capace di fondare la produzione di un effetto formalmente coincidente con quello postulato dal domandante nella propria richiesta.

Come pensiamo di avere dimostrato nei paragrafi precedenti, proprio la mancanza di una norma che attribuisca in modo espresso al giudice il potere di applicare alla situazione di fatto una diversa qualificazione giuridica, allo scopo di riconoscere in suo favore un effetto giuridico equivalente a quello richiesto, sarebbe di per sé sufficiente per escluderne la sussistenza.

A ben guardare, tuttavia, la tutela di principî ⁷⁸ ulteriori ed

⁷⁷ In questi termini si esprime CAPONE, *Iura novit curia*, cit., 25, studioso di diritto processuale penale, il quale esplicitamente parla di un tendenziale *favor actionis*, finalizzato a far sì che il sistema giurisdizionale civile non si presenti «agli occhi dei cittadini come una fortezza impenetrabile [tale da] trad[ire] il suo fondamentale scopo di giustizia».

⁷⁸ I quali debbono poter essere ricondotti nel novero di quei principî che rappresentano «indicazioni di carattere programmatico destinate ad orientare il legislatore (ed eventualmente l'interprete) nella redazione delle disposizioni più specifiche o nell'individuazione di norme da applicarsi a concrete fattispecie», e che svolgono «una funzione di indirizzo [...] nei confronti di

autonomi del processo rende comunque vietato al giudice l'esercizio di tali poteri.

Ci riferiamo all'imparzialità del giudice che rappresenta certamente, prima ancora che una centrale garanzia costituzionale volta all'attuazione del giusto processo, la condizione stessa della possibilità di concepirlo; così che, fondatamente, è inevitabile convenire sul fatto che non possa esistere un *processo* se non davanti a un giudice (terzo e) imparziale⁷⁹.

In tempi ormai non più recenti, si è autorevolmente sostenuto come il fondamento primo del p. dispositivo debba essere rinvenuto proprio nell'esigenza d'imparzialità del giudicante che, per pronunciare una sentenza giusta «desidera sentirsi libero da ogni legame o propensione, anche soltanto psicologica, verso una qualsiasi tra le diverse soluzioni possibili della questione sottoposta al suo giudizio»⁸⁰.

ulteriore attività normativa o anche di attività attuative del diritto vigente». Così, rispettivamente, PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., 670 e 672.

⁷⁹ Risultando superflue ulteriori citazioni, v., per l'incisività delle parole, FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, 36, «Ma che cosa è che consente al giudice di poter esercitare la sua funzione? È la sua autorità di organo dello Stato e, insieme, la sua posizione, la sua qualità di terzo imparziale e disinteressato», ricordato da FAZZALARI, *La imparzialità*, cit., 193, il quale è della medesima opinione, *op. ult. cit.*, 200; LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 12.

⁸⁰ Così, LIEBMAN, *Fondamento del principio*, cit., 14; che continua «onde può dirsi che egli non ha altro «interesse» nell'esercizio della sua funzione, all'infuori di quello di sentirsi in tutti i sensi veramente disinteressato». È d'accordo con l'assunto centrale di tale tesi, pur ritenendo di doverlo integrare sotto alcuni profili, MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 190, 191; CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondarii*, cit., 100, nt. 1 e ID., *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, ora in *Il giudice e la prova*, cit., 187; in generale, v. COMOGLIO, voce «Allegazione», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, I, Torino, 1987, 275, 277, 278; all'imparzialità si riferisce CONSOLO, voce «Domanda giudiziale», cit., 57, 58, pur considerandolo sotto il profilo del del p. della domanda, nonché TAVORMINA, *Diritto e processo*, cit.,

Liebman, naturalmente, riferendosi al p. dispositivo, si occupa del problema dell'imparzialità del giudice in rapporto alle iniziative in tema di prova e, quel che più ci interessa, a quelle concernenti l'allegazione dei fatti ⁸¹ che *non* costituiscono elemento di identificazione dell'oggetto del processo (rispetto ai quali ultimi, naturalmente, l'allegazione non è men doverosa, ma lo è già per ragioni di tutt'altra sorta, che si riconnettono alla natura disponibile dei diritti dedotti, ancor prima sul piano sostanziale).

102; CHIZZINI, *Contraddittorio, principio dispositivo e poteri del giudice nelle trasformazioni del diritto processuale civile*, ora in *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, 2° ed., Torino, 2014, 181. È in radicale opposizione rispetto a questa prospettiva, di recente riaffermata, TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Numero speciale, *La disponibilità della tutela giurisdizionale*, 2011, 101 ss., in particolare, 111, 113, il quale, tuttavia, si occupa principalmente del problema sotto lo specifico angolo visuale dell'esercizio dei poteri istruttori in senso stretto, riferendosi generalmente alla serenità giudiziale nella valutazione delle prove disposte d'ufficio.

⁸¹ Sulla duplicità dell'oggetto dell'analisi svolta da L. – fatti (*allegata*) e (*ac*) prove (*probata*) – non vi sono dubbi, cfr., in particolare, quanto affermato in LIEBMAN, *Fondamento del principio*, cit., 15, e, soprattutto, 4, nt. 5, «l'art. 115 non sancisce soltanto il divieto per il giudice di utilizzare il suo sapere privato [...] ma codifica proprio il principio dispositivo, per quel che riguarda le prove. È pacifico che lo stesso principio vale anche per le allegazioni dei fatti (salvo per il fatto che viene indicato come *causa petendi* [...]), la cui allegazione dalle parti rientra invece nel principio della domanda»; riferisce la ricordata teoria proprio ai fatti non individuatori e vi aderisce, CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, 1, Torino, 1980, 131; pur criticandola e riconducendola ai fatti costitutivi, BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 28-30. Peraltro, la distinzione del p. dispositivo rispetto al p. della domanda, è svolta in aperta polemica con quanto sostenuto da CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962, 357, 358, il quale si riferisce, invece, rispettivamente, al p. dispositivo in senso sostanziale e al p. dispositivo in senso processuale. Si v., sul punto, quanto precisato da L., *op. ult. cit.*, 4, nt. 3, nonché la replica di C., *op. ult. cit.*, 373, nt. 9. V. anche, con un'impostazione velatamente ideologica, i rilievi riassuntivi svolti in CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della*

Ora, non pensiamo che sia possibile ricondurre al p. dispositivo (naturalmente in senso stretto, potremmo dire: liebmaniano) anche l'allegazione in diritto che viene effettuata dalle parti. Ci pare, tuttavia, che se i pur differenti profili sono riguardati dal comune punto di vista dell'attitudine del giudice nei confronti del materiale di cognizione, le profonde ragioni che sono state poste a fondamento del p. da ultimo richiamato, possano, allo stesso modo, essere considerate idonee a fondare una regola positiva, da formularsi nei termini di un *divieto* per il magistrato di riqualificare giuridicamente i fatti di causa.

Alcuni chiarimenti sono ineludibili. L'intuizione sattiana dell'equipollenza⁸² funzionale del fatto e del diritto, rispetto alla soluzione della questione sottoposta al giudice, concernente il modo di essere di una determinata situazione sostanziale soggettiva, non autorizza, a nostro modo di vedere, un'equiparazione sotto tutti i profili⁸³ della questione di fatto e di quella di diritto nell'ottica della domanda giudiziale, ma è sicuramente rivelatrice di una strettissima contiguità logica – quasi un'equivalenza – rispetto al risultato *positivo* del «quesito» formulato al giudice. Sicché è certo vero, come anche innanzi si è sostenuto, che esiste una loro necessaria differenza quanto alle modalità tramite le quali il giudice ha accesso alla *fonte* della

struttura del processo, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 407 ss., 416, 417.

⁸² Si v. quanto sostenuto in SATTA, *Commentario al codice*, cit., 439, 440, nonché già in ID., «*Jura novit curia*», cit., 381, «la norma (rispetto al giudizio invocato) è un elemento costitutivo del fatto, più precisamente [...] *il fatto costitutivo del diritto risulta da una norma, la cui esistenza è invocata come fatto, e dal fatto concreto particolare*, che si assume corrispondente a quella determinata norma» (corsivi aggiunti).

⁸³ In quanto appaiono, *in linea di principio* convincenti le argomentazioni di GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 122, 106, «appunto perché la contrapposizione dei fatti di produzione giuridica ai fatti semplici, nell'ordinamento, è «convenzionale», essa si sovrappone ad ogni criterio «naturalistico» di identificazione, e all'interprete non è *mai* dato di restituire alla norma la sua essenza fattuale»; nonché quelle di MICHELI, «*Jura novit curia*», cit., 582.

rispettiva prova; ma pare altresì vero, che un discorso in parte diverso debba farsi per la loro *rilevazione ed individuazione*, nonché, in particolare, per la disciplina concernente l'iniziativa necessaria al fine di porli a fondamento della decisione finale.

Giacché ci pare di aver chiarito come il giudice sempre abbia la possibilità di ricorrere a qualunque fonte del diritto rispetto alla quale intenda trarre la norma che ritiene applicabile al caso concreto, mentre è certo che egli debba limitarsi alle sole fonti di prova che, nei confini tracciati dall'art. 115, c.p.c., siano state regolarmente dedotte, ammesse e, se necessario, assunte.

Il punto è che il p. della domanda, rispetto ai fatti individuatorî, ed il p. dispositivo, rispetto a tutti i fatti comunque rilevanti per la causa, non consentono al giudice di porre a fondamento della sua decisione il *fatto* come è emerso *sic et simpliciter* dalla fase istruttoria; bensì nei soli limiti in cui esso è, prima, stato narrato e, solo in seguito, è risultato confermato dalle fonti di prova legittimamente raccolte nel processo ⁸⁴. Questo,

⁸⁴ Ben complessa è la discussione sviluppatasi intorno alla categoria dei c.d. fatti secondari e, più ampiamente, rispetto a quelli c.d. non individuatorî, in particolare quanto all'esigenza della loro *allegazione* di parte e, soprattutto, se essa possa essere surrogata dall'*acquisizione* verificatasi attraverso l'assunzione dei mezzi di prova. Sulla questione cfr. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, cit., 339-353; CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari*, cit., in particolare, 116-132; con ampia impostazione del problema, MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. III, Milano, 1993, 23 ss.; BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, cit., 105-130. Nell'economia del presente studio non è possibile prendere esplicita posizione sulla questione, basti solo, però, evidenziare quanto ben è stato chiarito da FAZZALARI, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 593, «invero, quelli che chiamo fatti principali altro non sono che il risultato, per via d'induzione, dei fatti secondari, i quali ultimi costituiscono il vero oggetto della disposizione di parte, quale substrato di fatto del rapporto sostanziale e – sul piano processuale – della domanda» e – seppure su un piano completamente differente – da TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, 102, «basta ipotizzare l'applicazione di una norma diversa alla stessa situazione di fatto per individuare l'eventualità che una circostanza altrimenti irrilevante venga ad esse

appunto, per la natura privata dei diritti dedotti nel processo e (oppure *esclusivamente*, ove si tratti di diritti non disponibili ⁸⁵) per tutelare appieno l'imparzialità che solo l'assoluta estraneità del giudice al materiale di causa riesce a garantire ⁸⁶.

Quanto ai fatti, dunque, sembra che a turbare la serenità del giudice nell'esprimere il suo giudizio sia, prima di tutto, il contegno *attivo* da questi tenuto, con lo scopo di individuare (al fine di fornire) il sostrato logico alla propria decisione finale ⁸⁷.

Considerando che il fondamento logico del provvedimento

qualificata come «fatto principale», o venga a svolgere il ruolo di un «fatto secondario» rilevante sul piano probatorio».

⁸⁵ Sulla ben delicata questione si dipana buona parte del ragionamento svolto da LIEBMAN, *Fondamento del principio*, cit., 7 ss., il quale riconnette l'esigenza di *terzietà* del soggetto che introduce il materiale fattuale e probatorio, all'imparzialità del giudice e non alla natura disponibile dei diritti. Tale natura disponibile, ovviamente, svolge un ruolo, ma in senso negativo (cfr. LIEBMAN, *op. ult. cit.*, 15), rispetto al p. dispositivo, ed in senso positivo solo rispetto al p. della domanda, che proprio nella natura privata dei diritti in gioco trova la sua profonda ragion d'essere. Infatti, è proprio l'introduzione della figura del pubblico ministero cui il codice del 1940 attribuisce, nella materia dei diritti indisponibili, vasti poteri di iniziativa istruttoria e di iniziativa del processo *tout court*, che fornisce a L. l'argomento principale a sostegno della sua teoria. Circa la relazione tra diritti (tendenzialmente) indisponibili ed i confini di vigenza dei principî della domanda e dispositivo, v. lo studio di DANOVÌ, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, in particolare, 729-739.

⁸⁶ Fa correttamente notare CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondarii*, cit., 118, 115, nt. 38, che «per i fatti principali, sono operanti il divieto di extrapetizione e il principio dispositivo; per i fatti secondarii è, o può essere, operante *soltanto* il principio dispositivo».

⁸⁷ Non ci pare che in proposito valga l'obiezione svolta da MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere*, cit., 40, il quale ritiene sufficiente che il fatto (che non sia individuatore) *emerge* dagli atti di causa, per escludere il rischio di imparzialità del giudicante («L'ufficio è *estraneo alla presentazione del fatto*, si limita a *rilevarne gli effetti giuridici*. La *terzietà del giudice*, in ordine all'individuazione del materiale da porre a base della pronuncia, è assicurata»). Secondo quanto riteniamo, il rischio di perdita dell'imparzialità del giudice sta già nell'attitudine da questi dimostrata verso la ricerca (come condizione *attiva*) di elementi che – a ragione o a torto – sempre andranno a *favore* di una parte che non aveva inteso avvalersene. È certo, quindi, che se

conclusivo riposa, in misura equivalente, sulle considerazioni in fatto e sulle considerazioni in diritto, non ci pare che vi sia una seria ragione per sostenere che, ogni qual volta il giudice, distaccandosi dalle affermazioni giuridiche svolte dalla parte, *vada alla ricerca* di ragioni giuridiche diverse, rispetto alle quali pronunciare il suo provvedimento (di necessità favorevole a una delle parti), egli non si esponga al medesimo rischio di parzialità che su di lui incombe quando identica attività è compiuta rispetto a un fatto.

Ogni qual volta il giudice agisce nel modo descritto, sta tenendo un comportamento che ben più si addice alla parte (ed, *in primis*, al suo difensore tecnico) piuttosto che a colui che, – ci sentiremmo di dire, per definizione – deve apparire, ancor prima che esserlo in concreto, perfettamente equidistante dalle opposte istanze portate alla sua attenzione. Ed il *vulnus* che viene inflitto alla sua equidistanza, a nostro modo di vedere, si è già consumato nel momento stesso in cui il magistrato intraprende la ricerca di un qualsiasi elemento che possa condurre all'accoglimento ⁸⁸ della

un fatto proviene da una dichiarazione contenuta negli atti difensivi, sarà per tal via già stato portato dalla parte all'attenzione del giudice (che non verrà, quindi, chiamato a *rilevarlo*), diverso sarebbe, invece, se la circostanza emergesse da un documento (prodotto ad altri fini o in riferimento ad altre circostanze), ovvero fosse narrata spontaneamente da un testimone e non venisse in alcun modo valorizzata dalle parti. Ad ogni buon conto, resta fermo – attesa l'alterità strutturale tra *fatto e diritto* – : *a.* che per il secondo non potrebbe immaginarsi altra via di accesso nel processo (differente dal rilievo del giudice, per noi precluso per le ragioni già chiarite) che non sia quella della dichiarazione (dei difensori) delle parti negli atti difensivi scritti e orali; *b.* e che, per il diritto appunto, non può valere il p. di *acquisizione* previsto solo in materia istruttoria. Un'impostazione identica a quella di M. è seguita da BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, cit., 30, il quale, adducendo la sufficienza del divieto di scienza privata, dichiara (*op. ult. cit.*, 119) che «il rilievo d'ufficio di un fatto non viola l'imparzialità del giudicante». Par da dimostrare, tuttavia, che ciò sia vero, proprio rispetto alle osservazioni da noi formulate; sul punto v. già, VERDE, voce «*Domanda (principio della)*. I, *Diritto processuale civile*», cit., 8.

⁸⁸ Si parla di accoglimento non in modo casuale. Infatti, quanto al rigetto, è

domanda. Perché la disciplina finalizzata a garantire l'imparzialità del giudice, per definizione, è proprio volta ad evitare che il giudice possa trovarsi in una condizione tale da *indurlo* a non essere perfettamente imparziale. Va da sé, infatti, che se la parzialità dovesse essere valutata *in concreto*, nemmeno le ipotesi più tipiche, quale quella del magistrato avente un interesse diretto nella causa, potrebbero essere considerate tali da inficiare il canone, ove il giudice, persona retta e onestissima, abbia comunque giudicato in modo imparziale.

Sicché è la sola *propensione* alla ricerca di qualcosa, in fatto o in diritto, che le parti medesime non hanno mai valorizzato, a far sì che il giudicante rischi seriamente di perdere la propria indispensabile veste di soggetto imparziale. Proprio quest'ansia di essere addirittura «più realista del re»⁸⁹, più interessato all'esito positivo della lite di quanto lo sia la parte medesima, sembrano condizioni più che sufficienti per far sì che sorga il pericolo attuale che venga indotto nel magistrato quel turbamento e quella propensione – inevitabile ove si renda lecita tale sua attitudine –

incontroverso che il giudice debba pronunciarlo ogni qual volta anche uno soltanto degli elementi della fattispecie posta a fondamento della domanda risulti mancante (essi, evidentemente, possono essere allo stesso tempo di *fatto* e di *diritto*), non potendosi mai immaginare, rispetto a questa pronuncia, un'attività di ricerca che vada al di là di quella avente come obiettivo la verifica della sussistenza dei singoli fatti costitutivi. A ben guardare, un'ipotesi in cui si potrebbe riscontrare una ricerca *attiva* da parte del giudice di un elemento (di diritto, certamente, secondo quelli che ammettono l'equivalenza tra allegazione e acquisizione, anche di fatto), dal cui positivo riscontro scaturirebbe una decisione di rigetto, sarebbe da rinvenirsi nelle c.d. eccezioni in senso lato. Ma in tal caso è la stessa legge a prevederne in modo espresso il regime all'art. 112, c.p.c., ultimo periodo.

⁸⁹ Sono quanto mai significative, ancora una volta, le parole di LIEBMAN, *Fondamento del principio*, cit., 15, «lo Stato, in quanto ordine giuridico, *non si sente sufficientemente interessato all'esito del giudizio*, per lo meno non tanto quanto sarebbe necessario per farvi intervenire un proprio organo ad *integrare* eventualmente l'attività delle parti e per fargli affrontare le gravi difficoltà che incontrerebbe ad esercitare il suo ufficio in modo efficiente nei rapporti di indole meramente privata» (corsivi aggiunti).

verso una delle due parti, che l'ordinamento deve cercare di evitare a ogni costo.

La previsione, poi, ai sensi dell'art. 101, co. 2, c.p.c., dell'obbligatorietà del contraddittorio nei casi in cui tali poteri d'iniziativa officiosa vogliono essere esercitati – rispetto al pericolo di parzialità del giudice che tali rilievi compie – non sembra per nulla in grado di fornire idonea soluzione. Al contrario, proprio tale meccanismo par quasi mettere in evidenza il rischio cui noi facciamo riferimento.

Infatti, ciò che in presenza della compiuta e previa allegazione di parte, altro non sarebbe che una serena ponderazione *ex post*, svolta anche alla luce delle argomentazioni che attore e convenuto, nei rispettivi atti difensivi, hanno fornito al giudice, in seguito al rilievo officioso, non potrà che manifestarsi nella veste di una valutazione inevitabilmente inficiata dal *pre-giudizio*⁹⁰ già espresso con il rilievo unilaterale⁹¹. E non sarà importante

⁹⁰ Sembra essere esperienza più che frequente (e condivisa) quella in base alla quale è assai difficile discostarsi da un'opinione che è già stata pubblicamente espressa, ed è comune la tendenza, in seguito, ad attribuire valore ad ogni elemento che è capace di fornirne una conferma, così come, di converso, a sminuire quelli contrari. Proprio per queste ragioni non ci sentiamo di condividere quanto sostenuto da CHIZZINI, *Contraddittorio, principio dispositivo*, cit., 182, nt. 96, «vale la pena precisare che, solo mediante una piena e completa attuazione del contraddittorio si garantisce l'imparzialità del giudice e si assicura che il processo stesso esista», nella parte in cui ritiene che il contraddittorio *ex post* sia in grado di controbilanciare il pericolo di parzialità che, ormai inevitabilmente, corre il giudice che ha effettuato il rilievo. Ci troviamo integralmente d'accordo con C., invece, quando dà per presupposto che – in assenza di contraddittorio *ex post* – risulti quanto mai serio il pericolo di parzialità del giudice, in particolar modo in quei casi in cui questi faccia ricorso ai poteri officiosi riconducibili al p. *iura novit curia*. Sui rapporti tra il p. *iura* etc. e l'imparzialità del giudice, con particolare attenzione all'attuale momento storico in cui sempre maggiori sono le tensioni valoriali in cui il diritto oggettivo si trova immerso, v. MEROL, *Iura novit curia*, cit., 379 ss., in particolare, 385, 388.

⁹¹ Mi sembra particolarmente vicino alla nostra posizione il rilievo svolto da CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo 2° comma dell'art. 101 c.p.c.*, ora in *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, cit., 279,

verificare se, in effetti, i poteri officiosi ben sono stati esercitati, cioè se effettivamente il giudice abbia correttamente affrontato la questione che egli stesso ha rilevato; infatti, come messo in evidenza, l'imparzialità viene ad essere minata sol nel momento in cui il giudice s'industria nella *ricerca* di quel fatto ⁹², ovvero di quella norma giuridica, che sarà in grado di condurre all'accoglimento della domanda ⁹³.

Rispetto alle possibili interferenze tra l'esercizio dei poteri riconnessi al p. *iura novit curia* e la menomazione della posizione

per il quale il giudice «dovrà muoversi all'interno di prospettazioni assunte dalle parti o almeno, se rilevate d'ufficio, da queste ultime vagliate e discusse; il che significa, sul piano concreto, che la situazione sostanziale, anche per il profilo di sussunzione alla fattispecie, è – in via diretta o indiretta – sempre riconducibile alle affermazioni delle parti»; in particolare ove letto insieme a quanto sottolineato in *op. ult. cit.*, 268, in cui si evidenzia come quello dell'applicazione dell'art. 101, co. 2 al caso dell'esercizio dei poteri connessi con il p. *iura* etc., sia il vero *punctum pruriens* della questione. Tuttavia, non è possibile ignorare come la prospettiva *neo-isonomica* assunta da C. ammetta che la *referibilità* alle parti (anche) dell'affermazione giuridica possa essere recuperata in seguito al rilievo officioso, attraverso la stimolazione del contraddittorio. Cfr. altresì le considerazioni di TAVORMINA, *Diritto e processo*, cit., 104.

⁹² Non sembra invero casuale che proprio nel puro *rilievo* del fatto non allegato dalle parti la più attenta dottrina rilevi il rischio di parzialità del giudice, e (anche) per tale ragione consideri tale attività giudiziale non ammessa: v. CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petita partium"*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1931, rist. anastatica, vol. I, Milano, 1993, 176, «il campo del giudice e del difensore devono essere nettamente separati, perché una vera *incompatibilità psicologica* esiste tra l'ufficio di giudicare e l'ufficio di *ricercare* gli elementi di difesa delle parti. [...] E ciò dicasi tanto dei fatti costitutivi, quanto dei fatti giuridici in genere; quanto ancora dei semplici motivi. [...] Quindi il giudice non solo trae partito da un fatto non rischiarato dalla luce del contraddittorio, ma assumendo la veste di difensore d'una parte, offende il principio dell'eguaglianza delle parti» (corsivi aggiunti), che ribadisce letteralmente il suo pensiero in ID., *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 1923, 729; BETTI, *Diritto processuale*, cit., 308, 315, 316, «lo sforzo della ricerca individuale appassiona il ricercatore, *sopprimendo il distacco fra lui e l'oggetto indagato* e inducendolo a sopravvalutare i risultati raggiunti; e così *lo mette in una condizione di spirito che si addice piuttosto al difensore della parte* che

di assoluta imparzialità in cui deve trovarsi il giudicante, si è osservato che «il giudice deve sempre formarsi la propria opinione sulla *ratio iuris* della questione sottopostagli. Ne consegue che autorizzarlo a fondare la sentenza sugli argomenti giuridici che considera accertati, siano o non siano stati allegati dall'attore, non implica alcun pericolo di generargli un pregiudizio; d'altronde, anche se non gli si concedesse tale facoltà, rigettare o accogliere le ragioni giuridiche addotte dall'attore implicherebbe comunque un

non a giudice imparziale. Tutto ciò fa intendere la necessità di tener separata dall'attività di decisione riservata al giudice, l'attività di *ricerca* e di *scelta* dei fatti da accertare» (corsivi aggiunti); LIEBMAN, *Fondamento del principio*, cit., 15, «il legislatore ha cioè avvertito che l'imparzialità e la neutralità del giudice possano rimanere psicologicamente compromesse, qualora gli incomba anche il compito e la responsabilità di rilevare i fatti influenti per la decisione e di cercare i mezzi idonei a provarli: altri devono perciò essere i soggetti forniti dei poteri attivi necessari ad esercitare questi compiti, in modo da lasciare al giudice quello solo di giudicare con piena libertà di spirito sulle allegazioni e sulle prove altrui»; FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, 201, ove si richiede necessariamente l'allegazione dei fatti, per la sola conferma dei quali potranno essere assunte iniziative istruttorie officiose, allegazione comprensiva dei fatti c.d. secondari, come chiarito in ID., *I poteri del giudice*, cit., 593; MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio*, cit., 195, «si è tentati di parzialità a favore delle fonti di conoscenza che si sono personalmente ricercate e acquisite, ma non a favore di quelle che, da altri ricercate e acquisite, si prenda l'iniziativa di esaminare per il loro possibile uso», il quale aggiunge, *op. ult. cit.*, 205, che «non è difficile al giudice [...] agire sostanzialmente da difensore, superando addirittura il confine dello *iuxta alligata*».

⁹³ L'affermazione di CONSOLO, *Poteri di rilievo officioso, diritto di difesa e (proporzionate) garanzie costituzionali*, in *Jus*, 2012, 438, per cui «la terzietà ed imparzialità del giudice rischia di risultare compressa da un uso non accorto di tali poteri, ad esempio in materia [...] di rilievo officioso di questioni: la mancata significazione alle parti della questione si risolve in un indebito vantaggio per quella che dalla soluzione solipsistica trarrà vantaggio», è condivisibile solo in parte. Infatti, si tratta di intendersi: se il vantaggio *indebito* cui C. fa riferimento è da rinvenirsi nel *rilievo in sé* (cosa che, però, non sembra conciliabile con la tesi sostenuta nel testo), atteso che, in sua assenza, la parte non avrebbe potuto ottenere quello specifico beneficio che ha lucrato, allora ci troveremmo certamente d'accordo; altrimenti, pare che sia corretta l'osservazione di TAVORMINA, *Diritto e processo*, cit., 104, nt.

suo apprezzamento giuridico sulla base del quale si fondano i detti rigetto o accoglimento»⁹⁴.

In primo luogo, non crediamo sia corretto ritenere che il giudice, per assumere la sua decisione, sia *sempre* chiamato ad effettuare una ricerca su tutto l'ordinamento al fine di *rilevare* ed *individuare* la norma applicabile al caso concreto. Egli, come noto, ben potrebbe decidere verificando esclusivamente la mancanza di uno degli elementi della fattispecie invocata in fatto ed in diritto⁹⁵,

97, il quale evidenzia come se la soluzione data dal giudice alla questione rilevata d'ufficio risulti giusta, non vi sarà alcuna compromissione della sua terzietà ed imparzialità, perché non sarà *indebito* il vantaggio conseguito da una delle parti. Quel che in effetti difficilmente riesce a comprendersi, è come si possa ravvisare una menomazione dell'imparzialità del giudice nella circostanza che questi abbia *rilevato*, però senza stimolare il contraddittorio; come se, invece, stimolandolo, la sua parzialità potesse, per ciò solo, venir meno. Invero, come già chiarito, se essa si annida nel semplice fatto del *rilievo* di un elemento (ad es. di diritto) sulla cui base fondare l'accoglimento – come noi crediamo –, allora non solo il vizio non potrà essere sanato *ex post* attraverso l'esplicarsi del contraddittorio (perché, come abbiamo visto, il giudice, proprio in tal contesto, rischierà di manifestare tutta la sua *propensione* nel cercare le conferme della bontà del suo rilievo), ma il *vulnus* si sarà ormai verificato al di là della bontà o meno della soluzione adottata.

⁹⁴ Così, ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia*, cit., 96: «el juez siempre debe haberse formado su opinión sobre la *ratio iuris* del asunto, de donde se sigue que autorizarle para fundar la sentencia en los argumentos jurídicos que considera acertados, hayan sido o no alegados por el actor, no implica peligro de generarle perjuicio alguno, pues aunque no se le concediese dicha facultad, rechazar o aceptar las razones jurídicas aducidas por el actor implica de todos modos una apreciación jurídica propia con base en la que se fundan tales rechazo o aprobación». Il quale, poi, prosegue, rinvenendo nella previa stimolazione del contraddittorio la soluzione rispetto alla paventata parzialità del giudice. Analoga soluzione viene proposta da MEROI, *Iura novit curia*, cit., 387, 388. Su questo secondo profilo *adde* le citazioni e le considerazioni svolte *supra*, in questa Parte, alle ntt. 90 e 93 ed *infra* alla nt. 97.

⁹⁵ Essendo questo nient'altro che un corollario di ragion pratica di un principio di logica, come chiarisce SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, 160, il quale in proposito ricorda argutamente il principio, tramandato nell'applicazione fattane dalla teologia scolastica al problema morale, in base al quale «bonum ex integra causa; malum ex quocumque defectu».

ovvero, potrebbe rigettare *in limine* senza neppure svolgere alcuna attività istruttoria, ove accerti l'inapplicabilità alla vicenda narrata della norma invocata, o rilevi che l'effetto domandato non sia conseguente rispetto alle premesse fattuali e giuridiche formulate. Invero, solo per l'accoglimento della domanda sarebbe sempre necessaria la costruzione della norma del caso concreto al fine di verificare se essa corrisponde con quella allegata dalla parte. Il che, già, non è poca cosa e riduce notevolmente la portata dell'obiezione.

In secondo luogo, per quanto ci sembra, vi è poi dell'altro capace di dimostrare come l'osservazione non colga per nulla nel segno.

Difatti, il pericolo di parzialità non si annida nell'*eventuale* attività di rilevazione della norma, la quale non può, per definizione, che essere imparziale, in quanto svolta in scienza e coscienza dal giudice che non tradisce il suo mandato ⁹⁶; detto pericolo si manifesta proprio nell'attitudine alla *ricerca attiva* ⁹⁷ che, inevitabilmente, ben potrebbe avere il giudice al quale venisse riconosciuto il potere di applicare (per accogliere) una norma diversa rispetto a quelle prospettategli.

Negato detto potere, infatti, il giudice andrà alla ricerca della regola del caso concreto solo quando, dopo aver escluso la ricorrenza delle ipotesi sopra descritte, avrà raggiunto il proprio convincimento circa la corrispondenza al vero delle circostanze di

⁹⁶ Ché se poi il giudice, in concreto, non è uomo intellettualmente onesto e realmente disinteressato, la questione si sposta su un piano ben diverso rispetto a quello dell'attuale discussione.

⁹⁷ Scrive DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere*, cit., 199, «ogni qual volta egli [il giudice] estende l'ambito delle questioni di diritto, *aspetti potenzialmente decisivi che non dipendono dallo scontro delle parti fanno ingresso nella causa*, e la parte sfavorita dalla tesi cara al giudice può ritenere che questi abbia favorito la controparte in modo scorretto. Mentre è vero che il potenziale danno potrebbe essere *contenuto* sottoponendo la tesi autonoma del giudice al contraddittorio delle parti, la parte che ne è favorita non ha bisogno di dire nulla in proposito: *la «bilancia dei vantaggi» si è già mossa in suo favore grazie all'iniziativa autonoma della corte»* (corsivi aggiunti).

fatto narrate, nei limiti delle loro rilevanza ⁹⁸. E considerando la necessaria predeterminazione dell'area fattuale indagata, diverrà anche piuttosto remoto il caso in cui il magistrato si convinca che il fatto si sia verificato in modo tale da essere sussumibile in altra norma, da lui rilevata ed individuata, ma non invocata dall'attore. Questo, proprio perché l'istruttoria tenderà a svolgersi nel rispetto di uno stretto vaglio di rilevanza dei fatti, tale da non poter che attecchirsi sulla (vincolante) qualificazione giuridica effettuata dalla parte.

In via conclusiva, proprio in forza delle considerazioni anche funzionali testé sviluppate, reputiamo inevitabile affermare che solo la negazione in capo al giudice di qualsivoglia potere di *accogliere* la domanda proposta sulla base di una prospettazione giuridica non svolta dalla parte, sia in grado di garantire quella serenità d'animo e quell'equidistanza rispetto ai soggetti in conflitto, che sole possono assicurare una piena imparzialità del giudice e, in definitiva, consentire al *processo* di definirsi tale.

⁹⁸ La quale non può che stabilirsi attraverso il raffronto con una (o più) fattispecie astratta(e); su cui cfr. TARUFFO, *La prova dei fatti*, cit., 74 ss.

4. *Conclusioni. I poteri decisorî riconosciuti dall'ordinamento al giudice, nella loro massima estensione, sono da rintracciarsi nel principio della domanda (di diritto positivo). Non è corretto, però, dedurre che la domanda di parte sia l'unico limite imposto dall'ordinamento all'esplicarsi dei poteri decisorî del giudice. Pertanto, non è conseguenza necessaria, l'estensione dei poteri dell'ufficio proprio a partire da dove si arrestano i poteri delle parti rispetto alla fissazione dell'oggetto processuale. In ogni caso, l'eventuale accoglimento di una teoria dell'oggetto della domanda giudiziale (e quindi del processo) che ritenesse non rilevante a detti fini l'allegazione giuridica, nonché l'ipotetica assenza nel sistema di diversi limiti all'esplicarsi del potere decisorio del giudice che trovassero in altre norme o principî la loro fonte, dimostrerebbe l'esistenza del potere del giudice di applicare norme diverse da quelle allegate – nei ristretti limiti tracciati dalla domanda giudiziale –, ma non dimostrerebbe la vigenza del principio iura novit curia. La detta conseguenza pratica confermerebbe, di contro, la vigenza nell'ordinamento del solo principio della domanda. Esistono, tuttavia, i limiti sopra analizzati. Indipendentemente dalla soluzione proposta rispetto all'oggetto del processo, il giudice, allo stato attuale del nostro ordinamento, non ha il potere di accogliere la domanda propositagli per ragioni giuridiche che non siano state invocate dal domandante.*

Giunti al termine dell'ormai lungo discorso, ci pare sia necessario svolgere alcune precisazioni in ordine ai confini dei risultati che possono dirsi effettivamente conseguiti dalla presente ricerca, così riprendendo in parte il filo di argomentazioni che già sono state tratteggiate⁹⁹ nel corso del suo sviluppo.

Può considerarsi assodato che l'estensione *massima* dei poteri decisorî del giudice possa essere tracciata dalla sola domanda giudiziale, la quale opera come atto normativo – cioè costitutivo di doveri – nei confronti del magistrato investito della causa.

Con la lunga analisi delle prese di posizione dottrinali rispetto al rapporto esistente tra la delimitazione dell'oggetto del processo e la questione di diritto, svolta nella prima Parte, si sono messi in luce i più evidenti punti critici e, a tratti, i momenti di più forte

⁹⁹ Si v. i cenni già svolti *supra*, Parte I, § 2 ed in questa Parte, alla nt. 2.

frizione che ciascuna dottrina ha mostrato, rispetto alla tormentata conciliabilità tra l'insegnamento che oggetto del processo è la questione relativa al *modo di essere* di un diritto soggettivo, meramente affermato da colui che lo fa valere, e l'altro per cui *iura novit curia*.

Non è stata fornita alcuna soluzione alla ben complessa tematica relativa all'oggetto del processo, la quale esula dai confini della presente ricerca, sebbene siano stati forniti molteplici spunti critici – bisognosi certo di verifica – ma univoci nel segno: non è per nulla scontato che la questione di diritto sia cosa del giudice e che risulti così agevole escluderla dalla delimitazione del diritto, meramente affermato, rispetto alla cui esistenza si svolge il processo, se non a costo di non trascurabili forzature.

Sicché resta ancora aperta la possibilità che, in relazione alle singole categorie di situazioni soggettive – semplici o composite – idonee a costituire il potenziale oggetto del processo, il giudice abbia agio, più o meno marginale, nell'accogliere la domanda in forza di un elemento giuridico non invocato esplicitamente dall'attore.

Invero, è lo stesso art. 112 c.p.c. che sancisce il dovere del giudice di «pronunciare su *tutta* la domanda e non oltre i limiti di essa», dal che si tende¹⁰⁰ a dedurre che per tutta l'estensione in cui sorge il dovere, al giudice debba essere attribuito anche il relativo potere.

Pur volendo ammettere che dall'art. 112 non sorgano ai poteri del giudice demarcazioni che non siano tutte già riconducibili alla

¹⁰⁰ Non mancano interpretazioni che vedono il vincolo giudiziale alla corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato in termini più stringenti rispetto a quello che emergerebbe dalla sola domanda giudiziale, da intendersi come atto tramite il quale si delimita *ab origine* ed in modo tendenzialmente imm modificabile l'oggetto del processo; si pensi alla visione di Grasso, nonché a quanto sostenuto da Betti e da altri autori citati *supra* nella Parte I, alla nt. 105; per certi profili si pensi anche all'impostazione data da Chiovenda, su cui *supra*, in questa Parte, alla nt. 92 e in ID., *Identificazione delle azioni*, cit., 160, nonché il cenno di CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 95, nt. 376.

determinazione dell'estensione oggettiva della domanda ¹⁰¹, di certo non può dirsi che non possano esistere norme che trovano fonte in altre disposizioni o in altri principî generali ¹⁰², le quali creano, per ragioni diverse rispetto a quelle della delimitazione dell'oggetto del processo, limiti specifici ai poteri astrattamente conferiti al giudice dall'esercizio dell'azione.

Ebbene, noi riteniamo di rinvenire un tale limite proprio nell'esigenza assoluta dell'*imparzialità* del giudice, la quale costituisce elemento primo ed essenziale dell'esistenza medesima del processo. Come già esposto ¹⁰³, il conferimento del potere di rilievo autonomo di un elemento quale il diritto, che si pone, dal punto di vista logico, sullo stesso piano del fatto rispetto all'*accoglimento* della domanda, ci pare rappresenti un serissimo *vulnus* all'imparzialità giudiziale, tale da non poter essere tollerato dall'ordinamento.

Tale limite, unito alla dimostrazione che, nel diritto positivo italiano del presente momento storico ¹⁰⁴, non esiste alcuna traccia del fondamento della vigenza di un p. generale dal contenuto – invero piuttosto incerto quanto ad estensione – corrispondente a quello tralatziamente attribuito al p. *iura novit curia* (nel senso della libertà del giudicante rispetto alle argomentazioni giuridiche espresse da chi domanda) ¹⁰⁵, ci ha condotti a concludere nel senso del *divieto* per il giudice civile di accogliere la domanda, sulla base di ragioni *in iure* non invocate dalla parte.

Da tutto quanto sopra, infine, si deve poi trarre un ulteriore

¹⁰¹ Oltre alle osservazioni e ai richiami fatti nella nt. precedente, si pensi, ad es., al limite stabilito dal *quantum* richiesto dalla parte nelle azioni di condanna, all'atto della formulazione delle conclusioni, il quale, pur certamente non idoneo a costituire un elemento di identificazione del diritto dedotto, costituisce comunque un limite all'esplicarsi del potere-dovere giudiziale.

¹⁰² Nel senso specificato *supra*, in questa Parte, alla nt. 78 e non in quello – profondamente differente – descritto alla nt. 67.

¹⁰³ Cfr. *supra*, in questa Parte, al § 3.

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, in questa Parte, ai §§ 2.1, 2.2, 2.3, 2.4.

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, in questa Parte, ai §§ 1.1, 1.2.

corollario. Infatti, quand'anche si concludesse, come sempre sin'ora si è fatto – sebbene sulla base di ragioni e con limiti tra loro del tutto disomogenei ¹⁰⁶ – che il diritto non è *sempre* elemento d'identificazione dell'oggetto del processo, e si ritenesse che l'art. 112 non fissi al giudice limiti ulteriori che non siano quelli dettati dal diritto dedotto tramite l'affermazione e che, ancora, non siano esistenti limiti ai poteri giudiziali di fonte diversa, cionondimeno si dovrebbe concludere che il p. *iura novit curia* non ha cittadinanza nel nostro ordinamento.

Infatti, l'unico principio vigente sarebbe quello della domanda, sulla cui esclusiva base si dovrebbero marcare i confini dei poteri giudiziali di riqualificazione delle domande proposte. Il che non sarebbe un risultato meramente formale – di pura precisazione dell'ambito di operatività dei principi fondamentali in materia processuale, senza alcun rilievo pratico –, ma, al contrario, costituirebbe un elemento indefettibile con il quale la dottrina dell'oggetto del processo dovrebbe confrontarsi.

Invero, non poche sono in letteratura le dimostrazioni dell'esclusione del *diritto* oggettivo dal novero degli elementi di individuazione della domanda che ricorrono all'argomento esclusivo, o comunque, assai rilevante, costituito dall'invocazione della vigenza nell'ordinamento della massima di antica sapienza per cui: *iura novit curia*.

Cosicché, le conclusioni cui crediamo di essere giunti, ci paiono capaci di gettare nuova luce, in prospettiva, anche sull'annoso e ben delicato problema dell'identificazione dell'oggetto del processo.

¹⁰⁶ Su cui cfr. tutta l'analisi condotta *supra* nella Parte I.

BIBLIOGRAFIA

- ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 154 ss.

- ALLORIO, *Cessazione della proroga per necessità del locatore e problemi di estensione soggettiva della efficacia esecutiva della sentenza e dell'autorità della cosa giudicata*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2, 367 ss.

- ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979

- ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955

- ATTARDI, *La cosa giudicata*, II, *Il concetto e la natura*, in *Jus*, 1961, 184 ss.

- ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475 ss.

- ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, 3° ed., Padova, 1999

- AUGENTI, *L'onere della prova*, Roma, 1932

- BARLETTA, *Extra e ultra petizione. Studio sui limiti del dovere decisorio del giudice civile*, Milano, 2012

- BELLAVITIS, *L'identificazione delle azioni*, 2° ed., Padova, 1924

- BETTI, *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione in materia*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, II, 189 ss.

- BETTI, *Rivendicazione e azione di mero accertamento della proprietà*, in *Temi emiliana*, 1925, 695 ss.

- BETTI, *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, 544 ss.

- BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, 205 ss.

- BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2° ed., Roma, 1936

- BRUNELLI, voce «*Iura novit curia*», in *Nuovo dig. it.*, VII, Torino, 1938, 473 ss.

- BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001

- CALAMANDREI, *Diritto consuetudinario in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, II, 120 ss.

- CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, 22 ss.

- CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, 105 ss.

- CALAMANDREI, *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 65 ss.

- CAPONE, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova, 2010

- CAPORALI, voce «*Iura novit curia*», in *Dizionario pratico del diritto privato*, III, 2, Milano, 1923, 116 ss.

- CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano, 1962

- CAPPELLETTI, «*Iura novit curia*» e impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 1403 ss.

- CAPPELLETTI, *Iniziative probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 407 ss.,

- CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936

- CARNELUTTI, *Nuove riflessioni sul giudizio giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 81 ss.

- CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958

- CARRATTA-TARUFFO, *Dei poteri del giudice*, in CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2011

- CAVALLINI, *L'oggetto del processo di rivendica*, Napoli, 2002

- CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003

- CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondarii e fatti «rilevabili ex officio»*, ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 99 ss.

- CAVALLONE, *Le iniziative probatorie del giudice: limiti e fondamento. Ispezione giudiziale e consulenza tecnica*, ora in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 179 ss.

- CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, 1,

Torino, 1980

- CERINO CANOVA, *Unicità del diritto e del processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, 445 ss.

- CHIOVENDA, *Identificazione delle azioni. Sulla regola “ne eat index ultra petita partium”*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1931, rist. anastatica, vol. I, Milano, 1993, 157 ss.

- CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 1923

- CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, 2° ed., Napoli, 1935, rist. anastatica, Napoli, 1960

- CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, *Struttura e funzione*, Padova, 1992

- CHIZZINI, voce «Sentenza nel diritto processuale civile», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione civile*, XVIII, Torino, 1998, 236 ss.

- CHIZZINI, *Contraddittorio, principio dispositivo e poteri del giudice nelle trasformazioni del diritto processuale civile*, ora in *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, 2° ed., Torino, 2014, 161 ss.

- CHIZZINI, *Legitimation durch Verfahren. Il nuovo 2° comma dell'art. 101 c.p.c.*, ora in *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, 2° ed., Torino, 2014, 263 ss.

- COMOGLIO, voce «Allegazione», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, I, Torino, 1987, 272 ss.

- COMOGLIO, *Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 465 ss.

- CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955

- CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 215 ss.
- CONSOLO, voce «*Domanda giudiziale*», in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, VII, Torino, 1991
- CONSOLO, *Poteri di rilievo officioso, diritto di difesa e (proporzionate) garanzie costituzionali*, in *Jus*, 2012, 437 ss.
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2014
- CORDERO, *Considerazioni sul principio d'identità del «fatto»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 935 ss.
- DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino, 2008
- DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. a cura di GIUSSANI e ROTA, Bologna, 1991
- DANOVÌ, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 729 ss.
- DE STEFANO, *Per una teoria dell'oggetto del processo*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1958, 227 ss.
- ESPOSITO, *Iurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 812 ss.
- EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, 2000

- FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957
- FAZZALARI, *La imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 193 ss.
- FAZZALARI, *I poteri del giudice nel processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 586 ss.
- FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970
- FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975
- FOIS, voce «Legalità (principio di)», in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, 659 ss.
- FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999
- FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963
- FRANCHI, «*Iura novit curia*» e obbligo di decidere, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1283 ss.
- GAMBA, *Domande senza risposta. Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008
- GARBAGNATI, *Sulla domanda nuova per mutamento di «causa petendi»*, in *Foro pad.*, 1951, I, 371 ss.
- GARBAGNATI, *Azione ed interesse*, in *Scritti scelti*, Milano, 1988, 95, già in *Jus*, 1955, 316 ss.
- GIANNOZZI, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958

- GIANNOZZI, *Azioni reali, azioni personali, oggetto del processo, oggetto del giudicato*, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 317 ss.

- GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extrapetizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 387 ss.

- GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano, 1967

- GRASSO, *Dei poteri del giudice*, sub art. 112, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973

- GUASTINI-(PIZZORUSSO), *La Magistratura*, I, in BRANCA-PIZZORUSSO (fondato e continuato da), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1994

- GUASTINI, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995

- HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937

- HEINITZ, *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi del giudicato*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 755 ss.

- IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, 55 ss.

- LANCELLOTTI, *Sul concorso delle azioni (Vicende dottrinali ed autonomia di nozione)*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, II, 1, Milano, 1984, 375 ss.

- LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo*, trad. it. di MANDRIOLI, in *Jus*, 1953, 431 ss.

- LIEBMAN, *Sui poteri del giudice nella questione di diritto ed in quella di fatto*, in *La Corte di Cass.*, 1925, 169 ss.

- LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935

- LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1952

- LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 3 ss.

- LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 54 ss.

- LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, ora in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 177 ss.

- LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, 4° ed., Milano, 1980

- LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, 5° ed., Milano, 2009

- MANDRIOLI, *Riflessioni in tema di «petitum» e di «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 465 ss.

- MANDRIOLI-CARRATTA, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 11° ed., Torino, 2013

- MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987

- MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. III, Milano, 1993, 23 ss.

- MERLIN, *Mero accertamento di una questione preliminare?*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 193 ss.

- MEROI, *Iura novit curia y decisión imparcial*, in *Rev. ius et praxis*, 13, 2007, 379 ss.

- MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Milano, 1959

- MICHELI, «*Jura novit curia*», in *Riv. dir. proc.*, 1961, 575 ss.

- MONTESANO, *Invocazione per la prima volta in appello dell'usucapione a fondamento di un'azione di rivendica. Osservazioni in tema di «jus novorum» e di «causa petendi» in appello*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, I, 114 ss.

- MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189 ss.

- MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 15 ss.

- MONTESANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Le recenti riforme del processo civile: valutazioni e prospettive, Atti del XIX Convegno nazionale*, Milano, 1994, 173 ss.

- MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012

- NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva*, Milano, 1964

- NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano, 2012

- ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Madrid-Barcelona, 2007

- PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998

- PALEARI, *Il principio della doppia sentenza conforme nel processo canonico di Stato*, Milano, 1964

- PIZZORUSSO, *Sulla distinzione fra accertamento dei fatti ed applicazione delle norme giuridiche*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, II, 1, Milano, 1984, 627 ss.

- PIZZORUSSO, voce «*Iura novit curia. I) Ordinamento italiano*», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, 1 ss.
- PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in SCIALOJA-BRANCA-GALGANO (a cura di), *Commentario del codice civile*, 2° ed., Bologna-Roma, 2011
- POLI, *In tema di giudicato e di accertamento dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 581 ss.
- PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968
- PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, sub art. 99, in ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 2, Torino, 1973, 1046 ss.
- PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 386 ss.
- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss., ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, 195 ss.
- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, 35 ss.
- PUGLIATTI-FALZEA, *I fatti giuridici*, Messina, 1945, rist., Milano, 1996
- PUGLIATTI, voce «*Conoscenza*», in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, 45 ss.
- PUGLIESE, voce «*Giudicato civile (dir. vig.)*», in *Enc. del diritto*, XVIII, Milano, 1969, 785 ss.
- PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965
- RICCI E.F., *Sull'accertamento della nullità e della simulazione dei*

- contratti come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 652 ss.
- RICCI G.F., «*Individuazione*» o «*sostanziazione*» nella riforma del processo civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1227 ss.
 - ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006
 - SANTULLI, «*Iura novit curia*» e processo del lavoro, in *Foro it.*, 1981, I, 533 ss.
 - SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia» e il problema della prova delle leggi straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 41 ss.
 - SASSANI, *Mero accertamento del rapporto di lavoro, interesse ad agire e art. 34 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 626 ss.
 - SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989
 - SATTA, «*Iura novit curia*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 380 ss.
 - SATTA, *Commentario al codice di procedura civile, Libro I. Disposizioni generali*, Milano, 1959
 - SATTA, voce «*Domanda giudiziale (diritto processuale civile)*», in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, 816 ss.
 - SATTA, voce «*Giurisdizione (nozioni generali)*», in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Milano, 1970, 218 ss.
 - SENTÍS MELENDO, *El juez y el derecho*, Buenos Aires, 1957
 - SPAGNA MUSSO, voce «*Giudice (nozione)*», in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, 1969, 931 ss.
 - TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno*

all'oggetto del processo, in *Jus*, 1956, 266 ss.

- TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 253 ss.

- TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992

- TARUFFO, *Per una rilettura dell'art. 115 c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, *Numero speciale, La disponibilità della tutela giurisdizionale*, 2011, 101 ss.

- TAVORMINA, *Dedotto, deducibile e costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, 311 ss.

- TAVORMINA, *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli, 2003

- TAVORMINA, *Unicità del comportamento, pluralità di doveri ed oggetto del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 51 ss.

- TAVORMINA, *Diritto e processo rivisitati*, in *Jus*, 2013, 47 ss.

- TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, 637-684

- VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, Bruxelles-Paris, 2004

- VENTURINI, *Il principio «iura novit curia» e le leggi straniere*, in *Annali di dir. int. (1951)*, 1953, 19 ss.

- VERDE, voce «*Domanda (principio della)*». I, *Diritto processuale civile*», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.

- VERDE, *Sulla «minima unità strutturale» azionabile nel processo (a proposito di giudicato e di emergenti dottrine)*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 573 ss.

- VERDE, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Bologna, 2010
- VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012
- VOCINO, *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1951, 589 ss.
- ZANON-BIONDI, *Il sistema costituzionale della magistratura*, 4° ed., Bologna, 2014