

INTRODUZIONE

L'indagine che segue ha come obiettivo quello di offrire un contributo il più possibile utile alla tutela di chi versi in condizione di incapacità naturale e al contempo sia parte in un processo civile.

Quella della capacità processuale dell'incapace naturale è questione quasi del tutto pacifica: si riscontra infatti sia con riguardo alla dottrina che con riferimento alla giurisprudenza, anche costituzionale, una pressoché unanime opinione che sostiene l'irrilevanza processuale dell'incapacità naturale. A questa nettissima posizione rispondono rare voci dissenzienti che si faranno proprie nelle pagine che seguono.

Nel primo capitolo si illustreranno le nozioni di incapacità naturale e capacità processuale, nozioni che danno il titolo al presente lavoro, ponendo in evidenza le complesse problematiche originate dalla predetta ritenuta irrilevanza.

Nel secondo e nel terzo capitolo si tratterà, auspicando di riuscirvi, delle serissime conseguenze derivanti dalla partecipazione al processo di un soggetto inconsapevole, sia con riguardo a quest'ultimo che avendo riguardo a chi con lui si trova in giudizio. Al fine di rendere chiare le predette conseguenze si prenderanno in considerazione ipotesi specifiche relative all'omissione o al compimento di determinate attività processuali e si descriveranno altresì le conseguenze che da dette condotte discendono.

Nel quarto capitolo si condurrà la riflessione avente ad oggetto la prova della condizione di incapacità naturale, tentando di porre in luce l'intimissima correlazione che esiste tra questa ed il processo nell'ipotesi in cui la predetta condizione interessi una delle parti in giudizio.

Nel quinto capitolo, ed in conclusione, si porranno in evidenza le problematiche relative alla tutela dell'incapace naturale in riferimento all'accertamento contenuto nella sentenza che lo riguarda.

A motivare le riflessioni che seguono è stata la carenza di una tutela processuale in favore dell'incapace naturale, apparendomi questo un terreno, se non inesplorato, senza dubbio fertile.

I. LA CAPACITÀ PROCESSUALE DELLE PERSONE FISICHE

SOMMARIO: I.1. Nozione di capacità processuale. - I.1.1. La rappresentanza e l'assistenza. – I.1.2. L'interdetto. - I.1.3. L' inabilitato. - I.1.4 Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno. – I.2. Il problema della incapacità naturale. - I.2.1. La controversa applicabilità dell'art. 78 c.p.c. all'incapace naturale. – I.2.2. Segue: Gli inconvenienti derivanti dall'impossibilità di nominare un curatore speciale. - I.2.3. L'autonomia delle «ragioni di urgenza» ex art. 78, 1° comma, c.p.c.: prospettive ricostruttive per la nomina di un curatore speciale all'incapace naturale.

I.1. Nozione di capacità processuale

Da un punto di vista molto generale, la capacità è concetto riferibile a tutti i soggetti che partecipano ad un processo e altresì alle attività che questi compiono in esso¹. Per capacità agli atti processuali, si intende l'esistenza nell'agente delle qualità necessarie per l'esercizio del potere o per l'adempimento del dovere in cui l'atto si risolve². Il significato della locuzione "capacità processuale", che l'art. 75 c.p.c. non accoglie in senso così generale, concerne esclusivamente il soggetto che nel processo è parte³.

La teoria generale del diritto distingue tra capacità di essere soggetti di diritto e capacità di disporre delle situazioni giuridiche soggettive di cui si è titolari⁴. La distinzione tra capacità giuridica e capacità di agire di diritto sostanziale trova, secondo alcuni⁵, un'importante applicazione anche in sede processuale: così la titolarità di posizioni giuridiche processuali viene definita capacità di essere parte, considerata riflesso della capacità giuridica ex art. 1 c.c., mentre l'attitudine a compiere atti processuali è detta capacità processuale, riflesso della capacità di agire di diritto sostanziale⁶. Viste tali correlazioni, da un lato tra capacità giuridica (art. 1 c.c.) e capacità di essere parte, dall'altro tra capacità di agire (art. 2 c.c.) e capacità

¹ SATTA, S., *Capacità processuale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano 1960, p. 130.

² CARNELUTTI, F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, IV ed., vol. I, Roma, 1951, p. 306.

³ SATTA, S., *Capacità processuale*, *op. cit.*, p. 130.

⁴ D'ONOFRIO, P., *Commento al codice di procedura civile*, IV ed., vol. I, Torino, 1957, *sub art.* 75, p. 143.

⁵ CARNELUTTI, F., *Istituzioni*, *op. cit.*, p. 306; LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 87.

⁶ TOMMASEO, F., *Capacità processuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VI, Roma 1990, p. 2.

processuale, è stato affermato che in tema di capacità il legislatore abbia determinato una assoluta equiparazione tra diritto sostanziale e diritto processuale⁷.

Rispetto a tale impostazione si riscontrano in dottrina autorevoli dissensi⁸. Secondo tali posizioni, infatti, la distinzione summenzionata non corrisponde al vero in quanto prende in considerazione nozioni che nulla hanno a che fare con il diritto processuale: estraneo al diritto processuale è ciò che concerne la capacità giuridica dei soggetti di diritto⁹. La capacità di essere parte, riflesso della capacità giuridica di diritto sostanziale, se considerata in concreto non fa che identificarsi con la capacità processuale¹⁰. Infatti, se per parte deve intendersi il soggetto che agisce e contraddice nel processo, non ha alcun senso, probabilmente, affermare che i soggetti privi del libero esercizio dei diritti (quali minori, interdetti, inabilitati) siano capaci di essere parte. Questi, infatti, non possono né essere legittimi contraddittori, né espletare alcun tipo di attività processuale se non sono regolarmente rappresentati o assistiti¹¹.

D'altro canto, non può discutersi della necessità della capacità processuale, intesa come capacità di agire processuale. Il processo, infatti, anche se non è pura disposizione di diritti, comporta necessariamente assunzioni di responsabilità e compimento di atti (questi sì dispositivi!) in grado di incidere sulla sfera giuridica dell'agente. Basti pensare all'atto prodromico ed a quello che esaurisce la vicenda processuale: rispettivamente, la procura e l'accettazione della sentenza, entrambi atti dispositivi dell'azione. Soprattutto per quanto concerne l'accettazione, da questa dipende la stabilità della sentenza accettata e quindi non è configurabile se non a capo di un soggetto capace, o comunque, anche se incapace, regolarmente rappresentato o assistito¹². Proprio perché la capacità processuale è in funzione della stabilità della sentenza, il difetto di essa è rilevabile in ogni stato e grado del processo, così come la

⁷ ANDRIOLI, V., *Commento al codice di procedura civile*, III ed., Napoli, 1957, sub art. 75, p. 216.

⁸ SATTA, S., *Capacità processuale*, op. cit., spec. p. 132; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche. I soggetti e gli atti*, II ed., vol. I, Torino, 2010, p. 319-320 che pone l'accento sulla presenza necessaria del difensore. È infatti vero che l'ordinamento non considera idonea la parte sia in ordine alla partecipazione nel processo, che al compimento degli atti processuali. Proprio per tale inidoneità, la parte è priva dello *ius postulandi* conferito esclusivamente, salvo casi eccezionali, al difensore. In questo modo si garantisce anche l'ordinato svolgimento del processo. Questo però, non pone in discussione in nessun modo la titolarità dell'azione che è e resta della parte.

⁹ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, sub art. 75, p. 257.

¹⁰ SATTA, S., *Capacità processuale*, op. cit., p. 130.

¹¹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 319.

¹² SATTA, S., *Capacità processuale*, op. cit. spec. p. 132.

manifestazione di volontà del soggetto divenuto capace, finalizzata a regolarizzare il contraddittorio, raggiunge lo scopo con effetto retroattivo¹³.

Non si dubita della rilevanza sistematica della distinzione (capacità di essere parte - capacità processuale), nel caso in cui si voglia sottolineare la differenza tra l'ipotesi in cui ci sia un soggetto totalmente incapace o semi-incapace¹⁴, che può quindi legittimamente agire e contraddire solo se regolarmente rappresentato o assistito, dall'ipotesi in cui tale limite soggettivo non esista¹⁵.

Al fine di giustificare la distinzione in discorso, la stessa è stata ricondotta ad una esigenza di simmetria¹⁶. Nel criticare la tradizionale distinzione tra capacità di essere parte e capacità processuale, si afferma che in realtà la nozione di capacità di essere parte nasce come conseguenza della correlazione tra capacità processuale e capacità di agire riconosciuta dalla tradizionale dottrina. In altri termini, vista la presenza della capacità processuale, concetto ritenuto corrispondente alla capacità di agire, diviene inevitabile e necessario il dover individuare un concetto corrispondente anche alla capacità giuridica. Tale concetto viene appunto indicato con l'espressione "capacità di essere parte".

Al contempo però, viene sottolineato come la legge processuale in realtà non menzioni affatto tale nozione o comunque non faccia mai riferimento ad un concetto corrispondente alla capacità giuridica; sarebbe infatti inutile prenderla in considerazione, in quanto il significato della capacità giuridica in campo processuale non diverge, e non potrebbe farlo, dal significato della capacità giuridica di diritto sostanziale¹⁷.

In riferimento alla lettera dell'art. 75 c.p.c. lo stesso, al suo 1° comma, attribuisce la capacità processuale ai soggetti che hanno il libero esercizio dei diritti che vi si fanno valere. Con la locuzione "libero esercizio dei diritti", sembra accogliersi un concetto più ampio rispetto a quello di capacità di agire di diritto privato; più ampio anche nel senso che, a volte, il libero esercizio dei diritti non è altro che il riconoscimento *ex lege* della sussistenza della capacità processuale in capo ad un soggetto (come avviene, ad

¹³ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, *sub art. 75*, p. 257; Cass., 13 dicembre 1952, n. 318.

¹⁴ La parola è del CARNELUTTI, che la pone come sinonimo di capacità parziale: CARNELUTTI, F., *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, p. 364.

¹⁵ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. I, p. 319.

¹⁶ MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, tomo 2, Torino, 1973, *sub art. 75*, pp.881-907.

¹⁷ MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario*, *op. cit.*, *sub art. 75*, p. 885.

esempio, quando *ex art. 716 c.p.c.* la legge attribuisce all'interdicendo e all'inabilitando la capacità processuale nei procedimenti promossi nei loro confronti)¹⁸.

Inoltre, sembra che il riferimento vada ad estendersi fino a ricomprendere questioni attinenti alla legittimazione a disporre dei diritti controversi. In ordine all'accertamento sulla sussistenza della capacità processuale, il legislatore non si limita a richiedere una valutazione relativa alla sola capacità d'agire, ma pretende un'indagine relativa anche alla sussistenza del potere di disporre del diritto controverso. In altri termini, nel caso in cui manchi al soggetto agente il potere di disporre del diritto controverso, allo stesso manca la legittimazione processuale¹⁹.

Il concetto di legittimazione processuale o formale o *legitimatio ad processum*, non ha una precisa definizione²⁰. Ciò è dovuto, in primo luogo, alla tradizionale opinione che identifica la legittimazione processuale con la capacità processuale²¹. In secondo luogo, all'eccessiva sintesi terminologica operata dal legislatore che, pur rubricando l'art. 75 semplicemente «capacità processuale», in realtà opera una commistione di più concetti: la capacità processuale, intesa come capacità di agire nel processo, e la legittimazione processuale, che corrisponde invece alla titolarità del potere di proporre la domanda e in genere di compiere tutti gli altri atti processuali²². La capacità viene definita come l'idoneità della persona ad agire in giudizio desunta dalle sue qualità personali; la legittimazione invece fa riferimento alla posizione che il soggetto assume nei confronti della lite. Risulta necessaria la distinzione, anche se si riconosce che entrambe le nozioni rilevano in riferimento al medesimo soggetto agente²³.

Il legislatore ha voluto esprimere con un solo concetto (capacità processuale o, con l'espressione corrispondente, capacità di stare in giudizio²⁴) sia l'idoneità della parte da un punto di vista fisiopsichico (capacità), sia la titolarità dei poteri necessari al

¹⁸ SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XII ed. a cura di PUNZI, C., Padova, 1996, p. 123; SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, *sub art. 75*, p. 257.

¹⁹ TOMMASEO, F., *Capacità processuale*, *op. cit.*, 1990, p. 3.

²⁰ TOMMASEO, F., *Legittimazione processuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990, p. 1.

²¹ CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, III ed., Napoli, 1923, p. 588 ss; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1935, p. 239; CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., vol. II, Padova, 1943-44, p. 239; REDENTI, E., *Atti processuali civili*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 105 e ss. e spec. p.112; LUGO, A., *Manuale di diritto processuale civile*, XVII ed., Milano 2009, p. 107;

²² TOMMASEO, F., *Capacità processuale*, *op. cit.*, p. 2.

²³ CARNELUTTI, F., *Sistema*, *op. cit.*, p. 364.

²⁴ MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, XXI ed. aggiornata a cura di CARRATTA, A., vol. I, Torino, 2011, p. 355.

compimento degli atti processuali, primo fra tutti, la titolarità del potere di agire, cioè di proporre la domanda (*legitimatio ad processum*)²⁵.

La distinzione tra capacità processuale e legittimazione formale e la rilevanza della stessa, risulta evidente nell'ipotesi di rappresentanza legale degli incapaci. Il soggetto terzo cui la legge conferisce la legittimazione processuale, agisce in nome e per conto del rappresentato, realizzando così, sul piano giuridico, una scissione della legittimazione formale dalla qualità di parte²⁶.

Ancora, la distinzione citata appare chiara se si procede all'analisi delle conseguenze derivanti dal difetto di capacità processuale, rispetto a quelle che si riscontrano nel caso in cui a mancare sia la *legitimatio ad processum*. In ordine alla prima situazione, è necessario dire che la capacità processuale è un presupposto processuale e come tale necessario alla valida costituzione del rapporto processuale²⁷; se manca, cioè, se la domanda viene proposta da o nei confronti di un soggetto legalmente incapace, la domanda stessa è viziata da nullità, non è idonea a produrre gli affetti che le sono propri e il rapporto processuale non potrà costituirsi regolarmente.

Se a mancare, invece, è la *legitimatio ad processum*, tale difetto comporterà la nullità della domanda, e quindi la legittimazione stessa potrà assurgere a presupposto processuale, solo nell'ipotesi in cui si faccia riferimento al difetto di legittimazione relativo all'atto introduttivo; se, invece, si fa riferimento ad altri atti processuali compiuti in carenza di legittimazione formale, da tale difetto conseguirà esclusivamente un vizio di nullità dell'atto compiuto dal soggetto non legittimato, condizionato dalla natura dell'atto stesso e dalle regole dell'estensione delle nullità *ex art. 159 c.p.c.*²⁸

La *legitimatio ad processum* nulla a che fare poi, con la *legitimatio ad causam*²⁹, ossia la legittimazione ad agire, anche se non manca in dottrina chi tenta di ricondurre a questa seconda categoria la prima menzionata. Secondo alcuni³⁰ infatti, la *legitimatio ad causam* comprende in sé la *legitimatio ad processum*. Si è affermato che «mentre la

²⁵ DI MATTEO, F., in AA. VV., *Codice di procedura civile commentato* a cura di COMOGLIO, P., VACCARELLA, R., III ed., Torino, 2010, *sub art.75*, pp. 391- 392; NAPPI, P., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art. 75*, p. 708; MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario, op. cit.*, *sub art. 75*, p. 894.

²⁶ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 88.

²⁷ Cass., 25 marzo 2000, n. 3612; Cass., 11 gennaio 1995, n. 267.

²⁸ TOMMASEO, F., *Legittimazione processuale, op. cit.*, p. 2.

²⁹ CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1935, p. 164; TOMMASEO, F., *Lezioni di diritto processuale civile. Disposizioni generali*, II ed., vol. I, Padova, 2005, p. 171; LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 107.

³⁰ MONACCANI, L., *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, p. 377.

legittimazione ad agire (e a contraddire) si profila come il potere di provocare, attraverso la proposizione della domanda giudiziale, l'esercizio del potere giurisdizionale, in merito ad una concreta volontà di legge, ed alle situazioni giuridiche subiettive da essa scaturienti, la legittimazione processuale si può concettualmente definire, con riferimento ad ogni singolo atto processuale – dell'attore o del convenuto - diretto a provocare l'emanazione di un provvedimento istruttorio od ordinatorio, ovvero ad incidere con i suoi effetti sullo svolgimento del processo, o sul contenuto del provvedimento giurisdizionale dichiarativo alla cui emanazione è coordinato»³¹. Da ciò si evincerebbe che non esiste una sola *legitimatō ad causam*, o meglio, che la *legitimatō ad causam* certo non esaurisce in sé tutte le manifestazioni della legittimazione in campo processuale. Esisterebbero infatti delle legittimazioni minori, definite «molteplici attitudini soggettive processuali»³², relative a situazioni e atti processuali.

A questo si aggiunge che in realtà, la *legitimatō ad processum* non sarebbe solo riferita ai singoli atti del processo, bensì dovrebbe essere considerata a più ampio respiro come legittimazione relativa all'intero processo, considerato nella sua totalità³³. Si tratta di individuare un fenomeno che sia connotato in un duplice senso: che investa l'intera vicenda processuale e che sia concretamente distinguibile dalla *legitimatō ad causam*.

Per quanto concerne la terminologia, spesso ritenuta molto confusa in questo tema³⁴, si è affermato che: con legittimazione processuale si dovrebbe intendere, in modo molto generico, qualsiasi legittimazione a compiere o a ricevere atti di natura processuale. Tale legittimazione comprenderebbe anche quelle "attitudini soggettive processuali" relative a singole situazioni del processo cui prima si faceva riferimento; la legittimazione processuale, che nell'ambito del processo stesso assume maggiore rilevanza, sarebbe la *legitimatō ad causam*, definita come la legittimazione ad ottenere in proprio nome il provvedimento di merito. La locuzione *legitimatō ad processum* starebbe ad indicare la legittimazione a compiere attività processuali atte all'emissione di un provvedimento di merito.

³¹ GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, p. 158 e ss.

³² MONACCIANI, L., *Azione e legittimazione*, op. cit., p. 379.

³³ MONACCIANI, L., *Azione e legittimazione*, op. cit., p. 380: l'Autore, infatti, accetta l'idea che la *legitimatō ad causam* è la legittimazione tipica e principale, ma che allo stesso tempo non sia l'unica legittimazione che occorra in concreto nel processo. Nello stesso senso vedi anche GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale*, op. cit., p. 158 e ss.

³⁴ MONACCIANI, L., *Azione e legittimazione*, op. cit., p. 384.

I.1.1. La rappresentanza e l'assistenza

A norma dell'art. 75, 2° comma, c.p.c., «le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti non possono stare in giudizio se non rappresentate, assistite o autorizzate secondo le norme che regolano la loro capacità».

Il richiamo alle persone che non hanno il libero esercizio dei diritti, comprende tutti i soggetti incapaci d'agire, ma si estende anche oltre. Si faccia l'esempio del fallito che, se pur capace di agire, non ha la capacità processuale nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento³⁵. In tema di incapacità, visto il richiamo dell'art. 75, 2° comma c.p.c., alle norme di rappresentanza sostanziale³⁶, appare chiaro che il legislatore, anche in campo processuale, abbia voluto offrire a chi non abbia il libero esercizio dei diritti, ma voglia esercitarli, i medesimi strumenti di rappresentanza e assistenza che gli sono offerti sul piano sostanziale³⁷. Da ciò consegue che il minore non emancipato e l'interdetto staranno in giudizio per mezzo del loro rappresentante legale³⁸; nel dettaglio, il minore starà in giudizio per mezzo di un suo genitore e l'interdetto per mezzo del tutore. I minori emancipati e gli inabilitati, invece, staranno in giudizio con il curatore.

La rappresentanza legale si riferisce agli incapaci totali³⁹: per mezzo della stessa, viene attribuita ad un soggetto terzo, diverso dalla parte, la legittimazione processuale, cioè il potere di stare in giudizio in nome e per conto dell'incapace, restando l'incapace stesso unico destinatario degli effetti degli atti processuali compiuti dal rappresentante⁴⁰.

È stato affermato, con espressione sicuramente efficace, che i soggetti indicati dal 2° comma dell'art. 75 non possono stare in giudizio come soggetti degli atti, ma possono starvi come soggetti degli effetti, cioè possono starvi con il nome⁴¹.

Nella rappresentanza infatti sono coinvolti sempre due soggetti: l'autore dell'atto (il rappresentante) e il soggetto cui gli effetti dell'atto stesso si riferiscono (il rappresentato). Tale imputazione di effetti è conseguenza del fatto che l'autore dell'atto

³⁵ TOMMASEO, F., *Rappresentanza processuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXV, Roma 1990, pp. 2-3.

³⁶ TOMMASEO, F., *Rappresentanza processuale*, *op. cit.*, p. 2.

³⁷ ARIETA, G., DE SANTIS, F., MONTESANO, L., *Corso di base di diritto processuale civile*, IV ed., Padova, 2010, p. 217.

³⁸ LUISO, F. P., *Diritto processuale civile, I principi generali*, VI ed., Milano, 2010, p. 209.

³⁹ SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XII ed. a cura di PUNZI, C., Padova, 1996, p. 123.

⁴⁰ ARIETA, G., DE SANTIS, F., MONTESANO, L., *Corso*, *op. cit.*, p. 217.

⁴¹ MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario*, *op. cit.*, sub art. 75, p. 890.

agisce *nomine alieno*, esercitando un potere conferitogli dalla legge⁴². Oltre al conferimento *ex lege* del potere, ciò che rileva è una «concreta auto manifestazione»⁴³ da parte del rappresentante, che renda noto agli altri soggetti del processo che il suo agire è un agire rappresentativo, finalizzato cioè a produrre i suoi effetti in capo al rappresentato (c.d. *contemplatio domini*)⁴⁴. È necessario che risulti chiaro in quale veste il rappresentante partecipa al processo⁴⁵. La *contemplatio domini* è relativa a tutti gli atti del processo, anche se in realtà è sufficiente che la stessa venga compiuta nel momento di proposizione della domanda⁴⁶. Il concorrere della *contemplatio domini* con il conferimento del potere rappresentativo, dà luogo all'effetto rappresentativo, a quell'effetto grazie al quale, come detto, l'imputazione degli effetti degli atti processuali si realizza direttamente in capo al titolare del rapporto, che è e resta il rappresentato, colui che non ha il libero esercizio dei diritti⁴⁷.

È necessario ora distinguere: se ad essere incapace è la parte attrice, il legale rappresentante dovrà, per promuovere il giudizio e compiere in esso gli atti processuali, esibire al giudice le prescritte autorizzazioni; se invece, d'altro canto, ad essere incapace è il convenuto, questo deve essere posto nella condizione di potersi difendere⁴⁸. Quando l'incapace sia il convenuto, questo è coinvolto nel processo poiché nei suoi confronti viene proposta una domanda, o meglio lo stesso sarà coinvolto validamente se la domanda venga proposta nei confronti di un soggetto munito di potere rappresentativo e, dunque, di legittimazione processuale rappresentativa⁴⁹.

L'assistenza, anch'essa ritenuta necessaria ai fini dell'integrazione della capacità⁵⁰, si riferisce ai semi-incapaci, minori emancipati ed inabilitati che sono privi del libero esercizio dei diritti.

I semi-incapaci possono stare in giudizio solo assistiti secondo le norme che regolano la loro capacità. Con questa espressione, così come avveniva per la rappresentanza, il legislatore vuole fare riferimento alle norme di diritto sostanziale. Precisamente si rimanda all'art. 394, 2° comma, c.c., relativo ai minori emancipati, ma che, visto il

⁴² PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 325.

⁴³ MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario*, op. cit., sub art. 75, p. 890.

⁴⁴ MANDRIOLI, C., *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957, p. 179.

⁴⁵ Cass., 20 Aprile 1963, n. 973.

⁴⁶ MANDRIOLI, C., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, p. 264.

⁴⁷ GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale*, op. cit., p. 258.

⁴⁸ REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, p. 71.

⁴⁹ MANDRIOLI, C., *La rappresentanza*, op. cit., p. 117.

⁵⁰ TOMMASEO, F., *Rappresentanza processuale*, op. cit., p. 2.

richiamo *ex* 424, è applicabile anche agli inabilitati. *Ex* art. 394, 2° comma, «il minore emancipato può con l'assistenza del curatore riscuotere i capitali sotto la condizione di un idoneo impiego e può stare in giudizio sia come attore sia come convenuto».

L'attività processuale qui descritta, fa riferimento allo strumento grazie al quale diviene possibile lo stare in giudizio dei semi incapaci: l'assistenza⁵¹. La norma non fa alcun riferimento all'oggetto sostanziale del processo e questo fa propendere per il generale impiego dello strumento dell'assistenza, qualunque sia l'attività processuale che il semi-incapace è chiamato a compiere e qualunque sia l'oggetto sostanziale del giudizio in cui esso è parte⁵². Tutto questo tenendo conto che l'assistenza stessa «trova la sua ragione d'essere solo nei casi in cui i poteri siano stati effettivamente sottratti dalla legge a determinati soggetti»⁵³.

L'incapace di agire in alcuni casi conserva una limitata capacità. Lo stesso può rendere testimonianza⁵⁴, può essere chiamato a rispondere all'interrogatorio libero, ma non a quello formale⁵⁵. Per quanto riguarda la capacità del rappresentante, questi può rendere una confessione e dichiarare quindi fatti sfavorevoli per l'incapace e favorevoli per l'altra parte, solo se il rapporto di rappresentanza è attuale, cioè in vita al momento della confessione, dovendosi escludere in mancanza l'efficacia confessoria delle dichiarazioni rilasciate⁵⁶.

Problematica rilevante poi è quella relativa alla capacità processuale dell'interdicendo e dell'inabilitando. Ai sensi dell'art. 716 c.p.c. l'interdicendo e l'inabilitando possono stare in giudizio e compiere da soli tutti gli atti del procedimento.

La sussistenza della capacità processuale in capo all'interdicendo e all'inabilitando, relativamente al giudizio di interdizione e inabilitazione, è conseguenza della *ratio* della norma in parola, che è quella di consentire a detti soggetti di poter contestare personalmente l'affermazione della loro incapacità⁵⁷. Da ciò deriva che l'interdicendo e

⁵¹ MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario, op. cit., sub art. 75*, p. 898.

⁵² D'ONOFRIO, P., *Commento al codice di procedura civile, op. cit., sub art. 75*, p. 146; ANDRIOLI, V., *Commento, op. cit., sub art. 75*, p. 219.

⁵³ MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario, op. cit., sub art. 75*, p. 899.

⁵⁴ Corte cost. 11 Giugno 1975, n. 139.

⁵⁵ NAPPI, P., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice, op. cit.*, p. 708.

⁵⁶ Cass., 3 Dicembre 2008, n. 28711; *contra* Cass., 6 Aprile 1995, n. 4015 secondo la quale l'art. 2731 c.c., che lega l'efficacia probatoria della confessione alla capacità di disporre del diritto a cui i fatti si riferiscono, riguarda la capacità e la legittimazione ad agire e non la capacità processuale richiesta *ex* dall'art. 75 c.p.c., con la conseguenza che la capacità di stare in giudizio (con l'autorizzazione del giudice tutelare o senza, per le liti passive) del rappresentante non implica la capacità di questo di rendere confessione dei fatti sfavorevoli al minore e favorevoli all'altra parte.

⁵⁷ SORACE, F., *Interdizione (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1960, p. 953 e ss. spec. p. 973.

l'inabilitando mantengono la capacità processuale relativamente ai procedimenti di interdizione e inabilitazione, anche qualora venga nominato loro un tutore o curatore provvisorio⁵⁸. Relativamente agli altri giudizi civili nei quali siano parte l'interdicendo e l'inabilitando questi, intervenuta la nomina di tutore provvisorio o curatore provvisorio cui ora si è fatto cenno, perdono invece la capacità processuale⁵⁹.

I.1.2. L'interdetto

L'incapacità processuale dell'interdetto, a differenza di ciò che avviene per il minore, non dipende da uno stato fisiopsichico, bensì, dalla privazione della capacità di agire intervenuta per mezzo di un provvedimento giudiziale. Nell'appena citato provvedimento viene indicato il soggetto cui viene conferito il potere rappresentativo e, conseguentemente, la legittimazione processuale⁶⁰.

Per quanto riguarda l'interdetto, questo starà in giudizio per mezzo del tutore⁶¹, sia esso definitivo sia esso provvisorio⁶². Il tutore, inoltre, rappresenterà l'interdetto e amministrerà il suo patrimonio sin dalla pubblicazione della sentenza di interdizione (art. 421 c.c.). Per espressa disposizione, la legge richiama, in tema di tutela degli interdetti, la normativa applicata alla tutela dei minori⁶³. Il richiamo operato dall'art. 424 c.c. rende infatti applicabili agli interdetti, in quanto compatibili, le disposizioni sulla tutela di minori.

Parte della dottrina⁶⁴ giustifica il rinvio sulla base di una corrispondenza di strutture e funzioni che si riscontra da un lato, relativamente alla tutela degli interdetti e quella dei minori, e dall'altro in ordine alla curatela degli inabilitati e quella dei minori

⁵⁸ SANTAGATA, F., in VACCARELLA, R., VERDE, G., *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, sub art. 75, p. 622; Cass., 4 Giugno 1975, n. 2227; Cass., 1 Febbraio 1988, n. 4913; Cass., 22 Marzo 1983, n. 2016; Corte cost. ord. 13 Gennaio 1988 n. 41.

⁵⁹ SANTAGATA, F., in VACCARELLA, R., VERDE, G., *Codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 75, p. 622; Trib. Min. Roma, 13 Novembre 1984.

⁶⁰ MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario*, op. cit., sub art. 75, p. 892.

⁶¹ TOMMASEO, F., *Capacità processuale*, op. cit., p. 2; TOMMASEO, F., *Rappresentanza processuale*, op. cit., p. 3

⁶² COSTANZO, A., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, sub art. 75, p. 28.

⁶³ GIARDINA, F., *L'interdizione giudiziale*, in LIPARI, N., RESCIGNO, P., *Diritto civile. Fonti, soggetti, famiglia*, Milano, 2009, p. 307 e ss. spec. p. 311.

⁶⁴ BISEGNA, U., *Tutela e curatela*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VII, Torino, 1968, p. 924 e ss. spec. p. 943; SCARDULLA, F., *Interdizione (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 932 e ss. spec. p. 950.

emancipati. Altra parte della dottrina⁶⁵ è invece critica circa il rinvio operato dall'art. 424 c.c. Si sostiene infatti, che le esigenze di un minore, rispetto a quelle di un maggiore d'età che per infermità psichica vede interdarsi, possono divergere e di molto.

Si ritiene di dover condividere quest'ultima posizione, auspicando che la breccia aperta nella politica legislativa, con l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, sempre più vada ad impennare il nostro ordinamento di un carattere di flessibilità⁶⁶. Flessibilità che, s'intenda, non deve trasformarsi in assenza di garanzie e confini determinati, ma che sicuramente ben può agevolare l'adattamento delle norme alle moltissime situazioni ed esigenze che in un campo come quello della protezione degli incapaci, sempre più si fanno urgenti e complesse.

Stante il rinvio alle norme sulla tutela dei minori, sia esso sostenuto positivamente ovvero criticato, è possibile delineare la condizione giuridica dell'interdetto nel processo.

Il tutore rappresenta l'interdetto in giudizio e ne deve far valere le ragioni⁶⁷. La rappresentanza legale, che consente al tutore di entrare in rapporto con la sfera patrimoniale dei terzi⁶⁸, interessa tutti gli atti civili, personali o patrimoniali, di ordinaria o straordinaria amministrazione⁶⁹, ad esclusione dei diritti personalissimi⁷⁰. Se l'esercizio dei poteri da parte del tutore si realizza in conflitto di interessi con l'interdetto, l'atto è annullabile. Differente è l'ipotesi in cui si configuri un eccesso di potere, in questo caso l'atto compiuto sarà nullo⁷¹. In ultimo, nel caso di difetto di

⁶⁵ FORCHIELLI, P., *Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione: (art. 414-432)*, in SCIALOJA, G., BRANCA F., *Commentario al codice civile*, Bologna, 1988, p. 41; BISEGNA, U., *Tutela, op. cit.* spec. p. 943; PESCARA, R., *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato*, II ed., vol. IV, Torino, 1997, p. 755 e ss. spec. p. 841; VENCIARUTTI, A., *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995, p. 346.

⁶⁶ BULGARELLI, A., in CENDON, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 2009, sub art. 424, p. 1108.

⁶⁷ SERRAO, E., in CENDON, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 2009, sub art. 357, p. 359.

⁶⁸ STELLA RICHTER, M., SGROI, V., *Delle persone e della famiglia, Filiazione. Tutela degli incapaci. Alimenti. Atti dello stato civile*, in AA. VV. *Commentario del codice civile*, II ed., vol. I, tomo 2, 1967, p. 509.

⁶⁹ BUCCIANTE, A., *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato*, vol. IV, Torino, 1982, p. 518 spec. p. 717.

⁷⁰ SCARDULLA, F., *Interdizione (dir. civ.)*, op. cit., . spec. p. 949; PESCARA, R., *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in RESCIGNO, P., *Trattato*, op. cit., p. 755 spec. p. 851ss; SANTARCANGELO, G., *La volontaria giurisdizione, Istituti a protezione degli incapaci*, II ed., vol. II, Milano, 2003, p. 619; BARBERO, D., *Il sistema del diritto privato*, I ed. dopo la scomparsa dell'Autore a cura di LISERRE, A., e FLORIDIA, G., vol. I, Torino, 1988, p. 158.

⁷¹ TORRENTE, A., *La donazione*, Milano, 1956, p. 359; DELL'ORO, A., *Della tutela dei minori (art. 343-389)*, in SCIALOJA, G., BRANCA F., *Commentario al codice civile*, Bologna, 1979, p. 126.

potere rappresentativo, l'atto compiuto dal soggetto che in realtà non era munito di alcun potere, risulta inefficace, ma suscettibile di ratifica⁷².

La presenza del rappresentante legale garantisce la tutela degli interessi dell'incapace e, proprio in riferimento a tale funzione di protezione, per resistere in giudizio⁷³, per proporre impugnazione, per coltivare le liti promosse dall'interdetto prima dell'interdizione⁷⁴, e altresì per riassumere un giudizio già promosso, al tutore non occorre alcuna autorizzazione del giudice tutelare⁷⁵. Analogamente, non è necessaria l'autorizzazione per la proposizione di azioni di nunciazione, possessorie, cautelari nonché di sfratto e di riscossione di frutti (374, n. 5). L'autorizzazione del giudice tutelare, invece, è necessaria *ex art. 374, n. 5 c.c.*, al fine di poter promuovere un giudizio in nome e per conto dell'interdetto⁷⁶, da promuoversi, inoltre, solo qualora siano riscontrabili ragioni evidenti di necessità o utilità⁷⁷. Ancora, è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare nel caso di domanda riconvenzionale⁷⁸ o di proposizione di azioni affini, che comunque mutino il giudizio pendente⁷⁹.

L'autorizzazione proviene dal tribunale ordinario, previo parere del giudice tutelare, solo limitatamente ad alcuni casi: alienazione di beni, eccettuati i frutti e i mobili soggetti a facile deterioramento; (art. 375, n.1 c.c.); costituzione di pegni o ipoteche (art. 375, n. 2 c.c.); divisioni e relativi giudizi (art. 375, n. 3 c.c.); compromessi e transazioni o accettazione concordati (art. 375, n. 4 c.c.).

⁷² DELL'ORO, A., *Della tutela dei minori (art. 343-389)*, in SCIALOJA, G., BRANCA, F., *Commentario, op. cit.*, p. 126; Corte di Appello di Lecce, 27 Maggio 1957.

⁷³ In questo caso l'attività difensiva è necessitata dall'altrui iniziativa, quindi vista la funzione di protezione dell'ufficio del tutore questo, giustamente, per resistere in giudizio non ha bisogno di autorizzazione alcuna.

⁷⁴ Qui la valutazione in ordine all'opportunità del giudizio da promuovere non deve essere effettuata dall'autorità giudiziaria, in quanto già compiuta dall'interdetto prima che lo stesso divenisse incapace; Cass., 21 Dicembre 2004, n. 23647.

⁷⁵ FINOCCHIARO, M., in STELLA RICHTER, G. - STELLA RICHTER, P., *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, aggiornamento 2006-2010 a cura di FINOCCHIARO M., CORSINI, G., vol. I, tomo 2, Milano, 2006, *sub art. 75*, p. 476; Cass., 21 Dicembre 2004, n. 23647; Cass., 24 Marzo 2009, n. 7068; resa in una fattispecie il cui tutore aveva proposto ricorso per cassazione contro la sentenza di appello in un giudizio nel quale l'interdetto era stato convenuto in primo grado prima che venisse dichiarata l'interdizione; Corte di Appello di Napoli, 2 Agosto, 1950.

⁷⁶ COSTANZO, A., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art. 75*, p. 28; STELLA RICHTER, G., in RUPERTO, C., *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, aggiornamento 2005 - 2008 a cura di DE NITTO A., FINOCCHIARO, A., FINOCCHIARO, M., MORELLI, M. R., STELLA RICHTER, G., Milano, *sub art. 374*, p. 974.

⁷⁷ ANDRIOLI, V., *Commento op. cit.*, *sub art. 75*, p. 218; PROTETTI E., PROTETTI C. A., *Patria potestà. Tutela ed emancipazione. Minori, Interdizione e inabilitazione. Alimenti. Atti dello stato civile, artt. 315-455*, in DE MARTINO F., *Commentario al codice civile*, Roma, 1974, p. 280.

⁷⁸ Cass., 14 Gennaio 1943, n. 53.

⁷⁹ Tribunale di Roma, 26 Luglio 1960.

L'autorizzazione concessa, se data in forma generica e illimitata, si estende a tutti i gradi del giudizio fino a lite composta⁸⁰, ed è finalizzata all'effettuazione della verifica da parte dell'autorità giudiziaria circa l'opportunità del giudizio che il tutore voglia promuovere⁸¹. In ordine alla determinazione dell'azione, parte della dottrina afferma che l'autorizzazione per il promovimento del giudizio sia necessaria solo ove si voglia proporre un'istanza eccedente l'ordinaria amministrazione, stante la possibilità per il tutore di compiere, sul piano sostanziale, gli atti di ordinaria amministrazione senza autorizzazione alcuna⁸². Altra parte della dottrina, affermando che la preventiva verifica da parte dell'autorità giudiziaria è sempre opportuna, sostiene che l'autorizzazione del giudice tutelare è sempre necessaria⁸³, a prescindere e a nulla rilevando quale sia la *res in iudicium deducta*.

Nel dettaglio si sostiene che, mentre la *res in iudicium deducta* se si tratti di minori in potestà rimane rilevante, la stessa non rileva qualora si faccia riferimento al minore in tutela o all'interdetto⁸⁴.

I.1.3. L'inabilitato

Per quanto concerne la normativa applicabile agli inabilitati, l'art. 424 c.c. compie un rinvio alle disposizioni che regolano la curatela dei minori emancipati⁸⁵. La privazione parziale della capacità d'agire, derivante da una sentenza di inabilitazione, produce i suoi effetti, oltre che sul piano sostanziale, anche su quello processuale. L'art. 394, 2° comma, c.c. afferma la possibilità per l'emancipato e, visto il rinvio operato dall'art. 424 c.c., per l'inabilitato, di stare in giudizio in veste di attore o di convenuto con l'assistenza del curatore⁸⁶. In ordine a ciò, si parla di legittimazione congiunta o

⁸⁰ Cass., 24 Ottobre 1961, n. 2358; Cass., 6 Agosto 1963, n. 2209; BRUNETTI, R., *Patria potestà e tutela nella giurisprudenza*, Padova, 1970, p. 379.

⁸¹ JANNUZZI, A., LOREFICE, P., *La volontaria giurisdizione*, XI ed., Milano, 2006, p. 514.

⁸² JANNUZZI, A., LOREFICE, P., *La volontaria giurisdizione*, op. cit., p. 509; DELL'ORO, A., *Della tutela dei minori (art. 343-389)*, in SCIALOJA, G., BRANCA F., *Commentario*, op. cit., p. 213.

⁸³ LISELLA, G., *Interdizione «giudiziale» e tutela della persona: gli effetti della incapacità legale*, Camerino - Napoli, 1984, p. 143.

⁸⁴ D'ONOFRIO, P., *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 75, p. 146; MANDRIOLI C., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, p. 223; LA CHINA, S., *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, II ed., Milano, 1970, p. 251; LISELLA, G., *Interdizione «giudiziale»*, op. cit., p. 145.

⁸⁵ BULGARELLI, A., in CENDON, P., *Commentario*, op. cit., sub art. 424, p. 1109.

⁸⁶ DE MAJO, R., in PERLINGIERI, G., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, III ed., Napoli, 2010, sub art. 394, p. 1211.

complessa del semi-incapace e del suo assistente⁸⁷. Gli effetti degli atti processuali compiuti dall'inabilitato *insieme* al curatore si produrranno esclusivamente nei confronti dell'inabilitato⁸⁸.

È necessario ora riflettere su alcuni problemi posti in evidenza dalle norme stesse. I problemi cui ci si sta riferendo sono quattro, due di coordinamento tra la disciplina sostanziale e processuale⁸⁹ e due schiettamente processuali.

In primo luogo, vista la piena capacità dell'inabilitato circa il compimento di atti personali, ci si è chiesti se tale capacità piena sia riscontrabile anche a livello processuale, o se, vista la lettera dell' art. 394, 2° comma, l'inabilitato comunque risulterebbe privo di capacità processuale, nonostante la piena capacità in ordine al compimento degli atti personali riscontrabile a livello sostanziale. Parte della dottrina, fonda la sua posizione su un'interpretazione letterale dell'art. 394, 2° comma. I sostenitori di tale opinione, propongono fondamentalmente due argomentazioni: da un lato, affermano che la norma non fa alcuna distinzione tra categorie di atti e quindi se ne desumerebbe che, anche nell'ipotesi in cui il giudizio riguardasse un atto personale, risulterebbe comunque necessaria l'assistenza da parte del curatore⁹⁰; dall'altro, e si passa alla seconda argomentazione, si afferma che, visti i riflessi patrimoniali dei procedimenti giurisdizionali, il processo è di per sé sempre oneroso, anche se inerente a situazioni non patrimoniali⁹¹.

A questo la dottrina prevalente risponde escludendo l'applicazione dell'art. 394, 2° comma, nel caso in cui il giudizio riguardi atti personali e afferma, sulla consolidata opinione che la capacità di diritto processuale segue quella di diritto sostanziale, che la norma in parola ha rilievo soltanto per gli atti di natura patrimoniale⁹². Soluzione, questa

⁸⁷ MANDRIOLI, C., *La rappresentanza*, op. cit., p. 225; in un caso in cui era stato citato il solo assistito, la Cass., 2 Agosto 1990, n. 7764 ha ritenuto la nullità del giudizio.

⁸⁸ COMPORTI, M., in CIAN, G., TRABUCCHI, A., OPPO, G., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. IV, Padova, 1992, sub art. 394, p. 548.

⁸⁹ DE MAJO, R., in PERLINGIERI, G., *Codice civile op. cit.*, sub art. 394, p. 1212.

⁹⁰ RUPERTO, C., *Curatela (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 497 spec. p. 524; Corte di Appello di Cagliari, 10 Novembre 1961.

⁹¹ DELL'ORO, A., *Dell'emancipazione dei minori affidati alla pubblica o alla privata assistenza e dell'affiliazione (artt. 390-413)*, in SCIALOJA, G., BRANCA F., *Commentario al codice civile*, Bologna, 1972, p. 59.

⁹² CATTANEI, G., *Emancipazione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, 1968, p. 489 e ss. spec. p. 499; BUCCIANTE, A., *La potestà dei genitori*, op. cit., spec. p. 747; STELLA RICHTER, M., SGROI, V., *Delle persone e della famiglia, Filiazione. Tutela degli incapaci. Alimenti. Atti dello stato civile*, in AA. VV. *Commentario*, op. cit., vol. I, tomo 2, p. 560.

appena proposta, che sembra coerente anche con la natura della funzione svolta dal curatore, che non è funzione di rappresentanza, bensì di assistenza⁹³.

In secondo luogo, ci si è altresì chiesti se, giusta la lettera dell'art. 394, 2° comma, c.c., in giudizi aventi ad oggetto atti patrimoniali non eccedenti l'ordinaria amministrazione⁹⁴ fosse comunque necessaria la presenza del curatore accanto all'inabilitato, nonostante la capacità di quest'ultimo sul piano sostanziale di compiere da solo i suddetti atti. L'assistenza del curatore in giudizio è necessaria anche nel caso in cui il giudizio stesso abbia ad oggetto atti che l'inabilitato potrebbe compiere da solo sul piano sostanziale⁹⁵? In altri termini, la capacità processuale dell'inabilitato subisce limitazioni anche in ordine a quegli atti relativamente ai quali egli vede conferirsi sul piano sostanziale la piena capacità di agire⁹⁶? A tale quesito è stato risposto che, vista l'importanza dell'azione processuale in sé e viste le conseguenze che da essa, anche in ordine alle spese, possono derivare al patrimonio del semi-incapace⁹⁷, è necessario accettare la «distonia sul piano sostanziale e processuale»⁹⁸ e quindi, è necessario accettare che l'inabilitato sia assistito da un curatore anche in giudizi aventi ad oggetto atti di ordinaria amministrazione⁹⁹.

Passando ora alle problematiche che si è detto essere schiettamente processuali, le stesse riguardano, una la concessione dell'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria nei casi previsti *ex art.* 394, 3° comma, c.c.; e l'altra è relativa alla notificazione degli atti giudiziari e agli effetti che la stessa ha o non ha a seconda di chi viene indicato come suo destinatario.

⁹³ Cass., 19 Ottobre 1970, n. 2074; Tribunale di Venezia, 9 Gennaio 1947; Corte d'appello di Lecce, 2 Dicembre 1954 che hanno considerata non necessaria l'assistenza del curatore per promuovere giudizio di separazione personale; Corte di Appello di Napoli, 29 Gennaio 1975; Pretura di Cosenza, 20 Dicembre 1994, che afferma che il giudizio, proposto da donna minore emancipata, avente ad oggetto la richiesta di interruzione volontaria di gravidanza, non richiede l'assistenza del curatore in quanto giudizio avente ad oggetto atti di natura strettamente personale.

⁹⁴ DE MAJO, R., in PERLINGIERI, G., *Codice civile, op. cit.*, , 2010, *sub art.* 394, p. 1212.

⁹⁵ SCARDULLA, F., *Inabilitazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, 1970, p. 841 e ss. spec. p. 854; circa la distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione: cfr. D'ORAZI M., *Gli atti di amministrazione e l'acquisto nell'interesse dei minori*, Napoli, 1942, p. 17 ss che definiva l'amministrazione come semplice vigilanza e custodia del patrimonio, cosicché anche la minima variazione del patrimonio veniva vietata; la più recente dottrina LOJACONO V., *Amministrazione (atti di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, p. 152 e ss. spec. p. 160; il quale, accogliendo una visione più dinamica del problema, afferma che ai fini della distinzione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione è necessario basarsi sul criterio di funzione che ha l'atto in relazione al patrimonio e del rischio correlato al compimento stesso dell'atto.

⁹⁶ Cfr. art. 394 c.c.

⁹⁷ DE FILIPPIS, B., CASABURI G., *Il giudice tutelare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 1999, p. 277.

⁹⁸ BUCCIANTE, A., *La potestà dei genitori, op. cit.*, spec. p. 685.

⁹⁹ Cass., 19 Aprile 2010, n. 9217.

Ai sensi dell'art. 394, 3° comma, l'autorizzazione si configura come uno strumento a disposizione dell'autorità giudiziaria posto a presidio dell'interesse dell'incapace. Alla protezione dell'appena citato interesse, è preposto, oltre all'autorizzazione cui si è fatto cenno, il consenso del curatore¹⁰⁰. L'autorizzazione del giudice tutelare è necessaria per il compimento gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e per gli atti *ex art. 375 c.c.*, in quest'ultimo caso, però, l'autorizzazione proverrà dal tribunale ordinario previo parere positivo del giudice tutelare.

Se si osserva la disciplina processuale è agevole riscontrarne la compatibilità con quella sostanziale: per i giudizi relativi ad atti di straordinaria amministrazione, infatti, si afferma che, oltre al consenso del curatore, è necessaria l'autorizzazione del giudice tutelare e, per i giudizi relativi agli atti *ex art. 375*, quella del tribunale ordinario, sentito però il parere del giudice tutelare.

Per completezza si fa cenno anche a quell'opinione che, facendo leva sulla generale capacità processuale attribuita all'inabilitato dall'art. 394, 2° comma c.c., non distingue tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, affermando che l'inabilitato possa stare in giudizio con l'assistenza del curatore per ogni genere di cause, senza necessità di autorizzazione dell'autorità giudiziaria¹⁰¹.

In ultimo, relativamente alle notificazioni, nel caso in cui gli atti giudiziari siano riferiti ad un inabilitato, la notifica degli stessi, al fine di realizzare gli effetti che le sono propri, deve essere diretta sia alla parte che al curatore. La giurisprudenza precisa che l'atto di citazione deve essere notificato anche al curatore, pena la nullità del procedimento e della sentenza conclusiva dello stesso¹⁰². Analogamente il decreto ingiuntivo emesso nei confronti dell'inabilitato, è inefficace se non notificato anche al curatore¹⁰³. La notificazione al solo assistito può avere la funzione di atto stragiudiziale di costituzione in mora¹⁰⁴.

¹⁰⁰ NAPOLI, E. V., *Inabilitazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Roma 2007, p. 7. La funzione del consenso del curatore sarà quella di vegliare sulla proporzionalità al patrimonio dell'atto da compiersi e sull'adeguatezza degli scopi che l'inabilitato persegue con l'atto stesso.

¹⁰¹ COMPORI, M., in CIAN, G., TRABUCCHI, A., OPPO, G., *Commentario op cit.*, sub art. 394, p. 548; Pretura di Napoli, 21 Giugno 1969.

¹⁰² Cass., 2 Agosto 1990, n. 7764.

¹⁰³ Cass., 30 Gennaio 1980, n. 701.

¹⁰⁴ Cass., 7 Agosto 1986, n. 3616.

I.1.4. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno

Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non è un soggetto incapace alla stregua degli interdetti e degli inabilitati. È possibile sostenere questa opinione se si osserva il sistema normativo delineato dalla L. 9 Gennaio 2004, n. 6.¹⁰⁵

La non inclusione del beneficiario dell'amministrazione di sostegno nel novero degli incapaci è testimoniata da una pluralità di elementi. In primo luogo, si deve rilevare la finalità del nuovo istituto, che è quella di «tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente»¹⁰⁶. Dalla disposizione di apertura si comprende come finalità specifica della legge istitutrice dell'amministrazione di sostegno sia proprio la «minore limitazione possibile della capacità di agire», cioè non rendere incapace il beneficiario della misura. In secondo luogo, ai sensi dell'art. 409 c.c., «il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno». La regola quindi è la capacità d'agire del beneficiario e l'eccezione è l'incapacità di compiere determinati atti¹⁰⁷. Il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno ha proprio la funzione di determinare quali siano gli atti che, eccezionalmente, il beneficiario non può compiere da solo.

Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno ha «ritagliato su misura un proprio statuto», dal quale risultano gli atti che lo stesso può compiere da solo¹⁰⁸, quali atti lo stesso non può compiere da solo, abbisognando della necessaria assistenza dell'amministratore e, in ultimo, gli atti che l'amministratore compirà in suo nome e per suo conto. La condizione giuridica del beneficiario dell'amministrazione di sostegno, risulta essere delineata dal decreto di nomina dell'amministratore emanato dal giudice tutelare. Da tale decreto è possibile individuare da un lato, quali siano gli atti che al beneficiario vengono preclusi e, di risulta, quali siano quelli nei confronti dei quali egli conserva la sua capacità. Il sistema introdotto con la Novella del 2004, essendo un sistema relativo ad un atto o più atti o a diverse categorie di atti attinenti alla sfera del

¹⁰⁵ BONILINI, G., CHIZZINI, A., *L'amministrazione di sostegno*, II ed., Padova, 2007, p. 201.

¹⁰⁶ Art. 1 L. 9 Gennaio 2004, n.6.

¹⁰⁷ BONILINI, G., CHIZZINI, A., *L'amministrazione*, op. cit., p. 230.

¹⁰⁸ BONILINI, G., CHIZZINI, A., *L'amministrazione*, op. cit., p. 200.

beneficiario, ha voluto introdurre nel nostro ordinamento non un ulteriore (rispetto all'interdetto e all'inabilitato) soggetto incapace, ma un «quasi-capace»¹⁰⁹.

È come se l'amministrazione di sostegno non fosse compatibile con l'idea dell'incapacità assoluta o precostituita¹¹⁰. Da ciò e dalla lettera dell'art. 405, nn. 3 e 4, si evince che le funzioni dell'amministratore di sostegno possono essere funzioni di rappresentanza esclusiva o di necessaria assistenza¹¹¹. L'amministratore di sostegno ben può dover compiere atti in nome e per conto del beneficiario, vedendosi equiparare a tutti gli effetti ad un rappresentante legale, ovvero può svolgere attività di mera assistenza del beneficiario, alla stregua di un curatore¹¹². È possibile poi configurare una rappresentanza non esclusiva, ma concorrente, in linea con quanto previsto in tema di rappresentanza volontaria, dove il rappresentato non si spoglia affatto dei suoi poteri¹¹³.

Della nuova normativa, uno degli aspetti più elogiati è di certo il carattere di flessibilità che la contraddistingue¹¹⁴. L'amministrazione di sostegno è stata definita come una difesa su misura in grado, da un lato, di tutelare al meglio gli interessi e la persona del beneficiario, prevedendo un organo di protezione al suo fianco, e dall'altro di non escludere il beneficiario stesso dalla vita civile, sviluppandone le residue attitudini psicofisiche¹¹⁵.

Alla conservazione della capacità agire sul piano sostanziale, corrisponde una conservazione della capacità processuale¹¹⁶. La limitazione della capacità processuale sarà minima, come minima, *ex art. 1 L. 6/2004*, è la limitazione della capacità di agire.

Nello specifico, tali limitazioni opereranno solo in riferimento a quegli atti che, indicati nel decreto di nomina, abbisognano per il loro valido compimento della rappresentanza o dell'assistenza del amministratore. In ordine a quest'ultimi atti, ed

¹⁰⁹ DELLE MONACHE, S., *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, p. 42 e ss. spec. p. 46; BONILINI, G., CHIZZINI, A., *L'amministrazione*, op. cit., p. 198.

¹¹⁰ BONILINI, G., CHIZZINI, A., *L'amministrazione op. cit.*, p. 25.

¹¹¹ CALÒ, E., *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, IV ed., Milano, 2004, p. 104; COSTANZO, A., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, sub art. 75, p. 31.

¹¹² DELLE MONACHE, S., *Prime note*, op. cit., p. 42.

¹¹³ CALÒ, E., *Amministrazione*, op. cit., p. 125.

¹¹⁴ CENDON, P., *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in PATTI, S., *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2002, p. 33; il quale afferma che l'amministrazione di sostegno «ha in sé un potenziale di morbidezza, di elasticità, di duttilità sufficiente per adattarsi in maniera proporzionata, calibrata e di distinguere le difficoltà specifiche di ciascuna persona».

¹¹⁵ LISELLA, G., *Amministrazione di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su una attesa innovazione legislativa*, in *Rassegna diritto civile*, 1999, p. 217

¹¹⁶ COSTANZO, A., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, sub art. 75, p. 30.

esclusivamente in ordine ad essi, il beneficiario dell'amministrazione di sostegno vedrà limitato il suo libero esercizio dei diritti¹¹⁷.

I.2. Il problema dell'incapacità naturale

Prima di passare alla trattazione specifica della problematica relativa alla capacità processuale dell' incapace naturale, sembra opportuno fornire una panoramica sulla incapacità naturale *tout court*.

L'“incapacità naturale” si presentava come condizione dai labili confini, fortemente criticata¹¹⁸, la cui definizione risultava non poco difficoltosa. È necessario, si argomentava, riesaminarla arrivando fino alla sua eliminazione, in quanto «giuridicamente impropria [...] pletorica e vuota di contenuto»¹¹⁹. In luogo di tale espressione, se ne auspicava un'altra ritenuta più adatta: “mancanza del consenso”. Si affermava infatti che la legge, mentre non prendeva mai in considerazione la locuzione “incapacità naturale”, indicava i requisiti necessari all'esistenza del contratto e alla sua valida conclusione. Fra i primi, implicitamente, si faceva riferimento al consenso, per quanto riguarda invece la valida conclusione, i requisiti indicati, in questo caso espressamente, erano il valido consenso e la capacità legale. È argomentando in questo senso, che si arrivava a concludere per l'inutilità dell'espressione “incapacità naturale” e per la sua inappropriatezza¹²⁰.

Nel caso in cui fosse «impossibile la libera e cosciente determinazione di volontà per difetto di sviluppo psichico»¹²¹, ben si poteva far riferimento alla mancanza di consenso, poiché è il consenso, e non la capacità naturale, l'elemento indicato dalla

¹¹⁷ CAMPESE, G., *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 129, nota 16; COSTANZO, A., in CENDON, P., *Commentario op. cit.*, sub art. 75, p. 31.

¹¹⁸ FADDA, C., BENSA, P.E., *Note a B. Windschied, Pandette*, vol. IV, Torino, 1926, p. 417; CHERCHI, A., *Sull'espressione «incapacità naturale»*, in *Temi emiliana*, 1933, II, p. 65; CASTIGLIONE-HUMANI, V., *Condizione giuridica degli incapaci non dichiarati*, in *Rivista di diritto civile*, 1942, pp.141-165; DINACCI, G., *L'incapacità naturale*, in *Rivista di diritto civile*, II, Padova, 1973, pp.250-252.

¹¹⁹ CHERCHI, A., *Sull'espressione «incapacità naturale»*, *op. cit.*, p. 65; cfr. DINACCI, G., *L'incapacità naturale*, in *Rivista di diritto civile*, II, Padova, 1973, p. 250 ss; il quale propende per l'espressione “incapacità di intendere e volere” in quanto «più adatta a ricomprendere in sé tutte quelle ipotesi di perturbamento psichico nelle quali non è possibile ravvisare una malattia mentale, ma che tuttavia il legislatore ha ritenuto idonee a far scattare il meccanismo dell'annullabilità, conformemente alla *ratio* che ispira la nuova disciplina dell'incapacità naturale».

¹²⁰ FADDA, C., BENSA, P.E., *Note a B. Windschied, op. cit.*, p. 417

¹²¹ CHERCHI, A., *Sull'espressione «incapacità naturale»*, *op. cit.*, p. 65 e ss. spec. p. 66.

legge come necessario e costitutivo dell'esistenza del contratto e della sua validità¹²². L'incapacità naturale può essere rilevante non in sé, ma in quanto produce, o provoca, la mancanza di un elemento costitutivo dell'atto. In ordine al contratto, si sosteneva che, se il contraente al momento della conclusione fosse stato affetto da incapacità di intendere e volere, tale incapacità comprometteva il contratto a tal punto da renderlo nullo, poiché la stessa lo inficiava facendo venir meno il suo elemento costitutivo: il consenso¹²³.

Tale concezione è stata superata dall'art. 428 c.c. e da un'interpretazione dello stesso, atta a preservare l'organicità del sistema. In altri termini, il consenso è ancora elemento essenziale del contratto e ancora la sua mancanza è causa di nullità. È necessario però distinguere: da un canto, l'assoluta mancanza del consenso che genera nullità dell'atto, il che esula dall'ambito oggettivo dell'art. 428 c.c.; dall'altro, e qui si sarà applicabile l'art. 428, un'incapacità naturale che non impedisce il consenso, ma "soltanto" lo vizia. Solo in questa seconda ipotesi, quando cioè il consenso, se pur viziato esiste, sarà possibile configurare il rimedio dell'annullabilità, senza con questo contraddire ciò che è stabilito *ex art.* 1325 circa i requisiti essenziali del contratto¹²⁴.

L'incapacità naturale è la condizione in cui si trova un soggetto che, a causa di un'inefficienza psichica, non può approcciarsi coscientemente alla vita di relazione. Si configura come incapacità solo quell'inefficienza a giudicare e decidere che derivi dall'infermità¹²⁵, sia essa di natura patologica, congenita o acquisita, o non patologica¹²⁶. È la situazione in cui si trova chi non è cosciente degli atti che compie e non è in grado di volere, configurandosi così due incapacità che possono, come non, coesistere¹²⁷. Si avranno, quindi, «la *incapacità di volere*, per cui si determina una

¹²² FADDA, C., BENZA, P.E., *Note a B. Windschied*, , *op. cit.*, p. 417; CHERCHI, A., *Sull'espressione «incapacità naturale»*, *op. cit.* p. 65.

¹²³ PIETROBON, V., *Incapacità naturale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Roma 1990, p. 2; FADDA, C., BENZA, P.E., *Note a B. Windschied*, *op. cit.*, p. 417; CHERCHI, A., *Sull'espressione «incapacità naturale»*, *op. cit.*, p. 65.

¹²⁴ PIETROBON, V., *Incapacità naturale*, *op. cit.*, pp. 3-4.

¹²⁵ PIETROBON, V., *Incapacità naturale*, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁶ Secondo il Consiglio d'Europa , in *Services destinés aux personnes handicapées nécessitant des conditions de travail particulières*, Strasbourg, 1977, p. 1, andiccapato è colui che «*par suite soit d'une maladie ou d'un trouble congénital ou acquis, soit d'un accident, a de sérieuses difficultés ou est inapte à exercer des activités auxquelles peut normalement se livrer une personne appartenant au même groupe d'âge*».

¹²⁷ CHERCHI, A., *Sull'espressione «incapacità naturale»*, *op. cit.*, p. 65; MEO, G., *In tema di incapacità naturale*, in *Giustizia civile*, 1957, I, p. 436; PESCARA, R., *I provvedimenti di interdizione e di inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato*, vol. IV, Torino, 1982, p. 693 e ss. spec. p. 795 e ss.

divergenza tra volizione e dichiarazione, la *incapacità di intendere* per cui si determina una volizione negoziale viziata»¹²⁸.

Facendo ora riferimento a ciò che differenzia l'incapacità legale da quella naturale, si afferma che la prima si configura come una situazione di diritto, a differenza della seconda che è invece situazione di fatto¹²⁹. È possibile riscontrare la eterogeneità delle due nozioni, grazie alla precisa linea di demarcazione segnata dalle previsioni *ex artt.* 414-415 c.c. da un lato, e 428 c.c. dall'altro.

In primo luogo, può osservarsi la differenza che intercorre tra i due concetti "incapacità di provvedere ai propri interessi" e "incapacità di intendere o di volere"¹³⁰.

Inoltre si osserva che, ai sensi degli artt. 414-415 c.c., l'interdizione e l'inabilitazione saranno pronunciate dopo che si sia accertata l'infermità mentale dell'interdicendo e dell'inabilitando.

Ex art. 428 c.c., invece, l'impugnabilità degli atti è subordinata all'incapacità di intendere e volere¹³¹. Ai fini dell'impugnativa degli atti dell'incapace naturale, quindi, non sarà necessaria una malattia che infici in modo assoluto le facoltà intellettive e volitive del soggetto-autore dell'atto, ma basterà un qualsiasi perturbamento, purché questo generi una compressione delle suddette facoltà, in modo da compromettere un'adeguata valutazione da parte del soggetto in ordine agli atti giuridici da compiere¹³². A questo proposito la Corte di Cassazione afferma: «Giova ricordare che, secondo il consolidato indirizzo di questa corte, di recente ribadito, ai fini dell'annullamento del contratto a norma dell'art. 428, 2° comma, c.c., non occorre la sussistenza di una malattia che escluda in modo totale e assoluto le facoltà psichiche del soggetto contraente, ma è comunque necessario un perturbamento psichico, anche se transitorio e non dipendente da una precisa forma patologica, tale da menomare gravemente, pur senza escluderle, le facoltà intellettive del soggetto medesimo, in modo da impedirgli o da ostacolargli una seria valutazione dei propri atti e la formazione di una cosciente volontà, rendendolo incapace di resistere alle altrui suggestioni, sempre

¹²⁸ ALLARA, M., *Teoria generale del contratto*, II ed., Torino, 1955, p. 214.

¹²⁹ FALZEA, A., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960, p. 8 e ss. spec. p. 29; CHERCHI, A., *Sull'espressione «incapacità naturale»*, *op. cit.*, p. 65.

¹³⁰ PESCARA, R., *I provvedimenti di interdizione e di inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in RESCIGNO, P., *Trattato*, *op. cit.*, p. 693 e ss. spec. p. 794.

¹³¹ RESCIGNO, P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950, p. 69; PESCARA, R., *I provvedimenti di interdizione e di inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in RESCIGNO, P., *Trattato*, *op. cit.*, p. 793 e ss.

¹³² VENCHIARUTTI, A., *La protezione*, *op. cit.*, p. 399

che risulti la malafede dell'altro contraente, il cui indice rilevatore può essere costituito dal pregiudizio effettivo o potenziale arrecato dal contratto al soggetto incapace»¹³³.

L'art. 428 c.c., può dunque riferirsi a quelle perturbazioni psichiche che tolgono al soggetto l'attitudine a giudicare e cioè, essendo il giudicare attività di conoscenza, e precisamente di conoscenza dei rapporti tra le cose¹³⁴, l'attitudine a conoscere il rapporto tra l'atto compiuto e la propria sfera di interessi, attitudine che corrisponde a quella che viene definita capacità di discernimento o capacità di compiere una seria valutazione dell'atto¹³⁵.

Si è detto che, ai fini dell'annullamento degli atti dell'incapace naturale, è necessario un turbamento che infici le facoltà intellettive e volitive dell'incapace medesimo. Si possono prendere in considerazione le ipotesi di infermità mentale, di delirio, di ubriachezza, ma anche eventi di natura non patologica che abbiano come conseguenze quelle suindicate. Alcuni esempi di eventi di tal natura non patologica sono: una malattia non psichica congiunta ad età avanzata¹³⁶, un perturbamento derivante dal tracollo economico, purché provochi uno squilibrio mentale¹³⁷, l'essere succube di un'altra persona¹³⁸. Non sarà invece riconducibile ad un'ipotesi di incapacità naturale una depressione cronica che però non abbia condotto il soggetto, vittima della stessa, ad un'inetitudine psichica tale da compromettere la lucidità delle sue valutazioni¹³⁹.

L'incapacità naturale, analogamente all'incapacità legale d'altronde, si pone come strumento finalizzato alla tutela degli incapaci¹⁴⁰ e, agli albori del codice civile del 1942, si è stagliata nel panorama giuridico come una novità¹⁴¹. Nel previgente codice infatti, non era previsto un sistema generale che andasse a disciplinare gli atti (e gli effetti degli stessi) compiuti da chi, seppur capace di agire, si trovasse in uno stato di incapacità naturale¹⁴². Del codice civile del 1865, si richiamano all'attenzione i seguenti articoli: art. 336, art. 337, art. 763 n. 3 e art. 1052¹⁴³.

¹³³ Cass., 6 aprile 1987, n. 3321.

¹³⁴ BELLONI, G., *Neuropsichiatria*, II ed., Padova, 1948, p. 134

¹³⁵ Cass., 13 Ottobre 1978, n. 4584.

¹³⁶ Cass., 13 Ottobre 1978, n. 4584.

¹³⁷ Cass., 6 Ottobre 1978, n. 4463.

¹³⁸ Cass., 21 Febbraio 1961, n. 384.

¹³⁹ Cass., 27 Gennaio 1977, n. 418.

¹⁴⁰ PIETROBON, V., *Incapacità naturale*, op. cit., p. 1.

¹⁴¹ VENCHIARUTTI, A., *La protezione*, op. cit., p. 389.

¹⁴² DINACCI, G., *L'incapacità naturale*, op. cit., spec. p. 251 e ss.

¹⁴³ PIETROBON, V., *Incapacità naturale*, op. cit., p. 1.

Ex art. 336 cod. civ. abr.¹⁴⁴ si ammetteva l'annullabilità degli atti compiuti dall'interdetto anteriormente alla pronuncia di interdizione, ponendo delle differenze tra gli atti impugnabili durante la vita dell'interdetto e quelli che lo erano dopo la morte dello stesso. In ordine ai primi, ai fini della esperibilità dell'azione di annullamento, erano necessarie due condizioni: che già nel momento in cui l'atto veniva compiuto fosse riscontrabile una causa di interdizione e, in secondo luogo, che fosse riscontrabile la mala fede dell'altro contraente¹⁴⁵ (riferendosi la norma al solo contratto¹⁴⁶ e non anche, come è nella disciplina attuale, agli atti unilaterali).

Dal canto suo, l'art. 337 cod. civ. abr.¹⁴⁷, configurava il possibile annullamento degli atti compiuti da un interdetto, subordinandolo però a due circostanze tra loro alternative: che l'atto stesso dimostrasse l'infermità di mente del suo autore, ovvero che il procedimento di interdizione fosse stato iniziato prima della morte dell'incapace¹⁴⁸. Ex artt. 336 e 337, quindi, si avevano le uniche due ipotesi cui la dottrina e la giurisprudenza riconnettevano l'esperibilità dell'azione di annullamento relativamente agli atti compiuti da incapace naturale. La disciplina ordinaria, infatti, nei casi in cui l'autore dell'atto fosse in condizione di incapacità di intendere e volere considerava nullo l'atto stesso, poiché carente di un requisito essenziale: il consenso¹⁴⁹.

Per quanto concerne gli ultimi due articoli citati (artt. 763, n. 3¹⁵⁰ e 1052¹⁵¹ cod. civ. abr.), è da essi definita, rispettivamente, l'incapacità a testare e a donare per i soggetti «non sani di mente» al tempo dell'atto medesimo¹⁵². Il sistema delineato dal codice abrogato si presentava quindi tutt'altro che generale. La codificazione del 1942, sopravvenendo a quella del 1865, ha introdotto in materia significative innovazioni.

Innanzitutto, ha previsto in via generale il rimedio dell'annullabilità degli atti viziati, in luogo della nullità. Tale scelta è stato il frutto di un contemperamento di interessi: la tutela dell'incapace e quella dei terzi che, in buona fede, abbiano confidato nella validità

¹⁴⁴ Art. 336: «Gli atti anteriori alla interdizione possono essere annullati, se la causa di interdizione sussisteva al tempo in cui avevano luogo gli atti medesimi e, sempreché per la qualità del contratto o per il grave pregiudizio che ne sia derivato o ne possa derivare all'interdetto, od altrimenti risulti la mala fede di chi contrattò con il medesimo».

¹⁴⁵ VENCHIARUTTI, A., *La protezione*, op. cit., p. 389

¹⁴⁶ VENCHIARUTTI, A., *La protezione*, op. cit., p. 389

¹⁴⁷ Art. 337 : «Dopo la morte di un individuo, gli atti da esso fatti non potranno essere impugnati per infermità di mente, se non quando o siasi promossa l'interdizione prima della morte di esso, o la prova dell'infermità risulti dall'atto stesso che viene impugnato».

¹⁴⁸ DINACCI, G., *L'incapacità naturale*, op. cit., p. 250

¹⁴⁹ DINACCI, G., *L'incapacità naturale*, op. cit., spec. p. 251.

¹⁵⁰ Art. 763 n. 3: «Sono incapaci di testare, quelli che quantunque non interdetti, si provi non essere stati sani di mente nel tempo in cui fecero testamento».

¹⁵¹ Art. 1052: «Non può donare chi non può far testamento[...]».

¹⁵² VENCHIARUTTI, A., *La protezione*, op. cit., p. 389.

dell'atto compiuto dall'incapace naturale¹⁵³. In secondo luogo, invece della normativa particolare e poco organica del 1865, ci si trova dinnanzi a una disciplina sistematica che prevede, da un lato, una regola generale *ex art. 428 c.c.* e, dall'altro, regole specifiche per il matrimonio (120 c.c.¹⁵⁴), il testamento (art. 591 c.c.¹⁵⁵) e la donazione (art. 775 c.c.¹⁵⁶).

Oltre a donare sistematicità alla normativa in materia, il legislatore del 1942 ha anche il merito di aver preso in considerazione, tra gli atti suscettibili di annullamento, non solo il contratto, ma anche gli atti unilaterali¹⁵⁷. Diversi però sono i requisiti a cui tale annullamento è subordinato. Ai sensi dell'art. 428, 1° comma, c.c., perché sia annullabile l'atto unilaterale dell'incapace, è necessario provare che da esso sia derivato all'incapace stesso un grave pregiudizio. Ai fini, invece, dell'annullamento dei contratti, la legge richiede (art. 428, 2° comma, c.c.) che emerga l'approfittamento e la mala fede dell'altro contraente¹⁵⁸.

Si pone una prima questione: la norma non chiarisce se il grave pregiudizio sia necessario (autonomamente s'intende) per l'annullamento dei contratti, ovvero se sia esclusivamente indice della malafede dell'altro contraente, senza rilevare autonomamente¹⁵⁹. Un primo elemento che va a sostegno della autonomia del grave pregiudizio, è di tipo testuale, desunto dall'art. 428 c.c.: al suo 1° comma vengono genericamente presi in considerazione gli "atti", facendo al contempo riferimento e agli atti unilaterali e ai contratti. In conseguenza di ciò si afferma che l'annullamento del contratto è subordinato alla prova dell'esistenza di due elementi: il grave pregiudizio e la mala fede dell'altro contraente¹⁶⁰. A questo, però, si oppone un'altra posizione che

¹⁵³ MEO, G., *In tema di incapacità naturale*, op. cit., p. 436.

¹⁵⁴ Art. 120: «Il matrimonio può essere impugnato da quello dei coniugi che, quantunque non interdetto, provi di essere stato incapace di intendere o di volere, per qualunque causa, anche transitoria, al momento della celebrazione de matrimonio. [...]».

¹⁵⁵ Art. 591: «Possono disporre per testamento tutti coloro che non sono dichiarati incapaci dalla legge.

Sono incapaci di testare:

- 1) coloro che non hanno compiuto la maggiore età
- 2) gli interdetti per infermità di mente
- 3) quelli che, sebbene non interdetti, si provi essere stati, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapaci di intendere e di volere nel momento in cui fecero testamento. [...]

¹⁵⁶ Art. 775: «LA donazione fatta da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata, per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace di intendere e di volere al momento in cui la donazione è stata fatta, può essere annullata su istanza del donante, dei suoi eredi o aventi causa. [...]».

¹⁵⁷ DINACCI, G., *L'incapacità naturale*, op. cit., spec. p. 252.

¹⁵⁸ VENCHIARUTTI, A., *La protezione*, op. cit., p. 391.

¹⁵⁹ In questo senso: Cass., 13 Ottobre 1978, n. 4584; Cass., 5 Ottobre 1978, n. 4456; Cass., 13 Maggio 1980, n. 3137; *contra* considerando autonomo l'elemento del pregiudizio: Corte di Appello di Venezia, 12 Gennaio 1979; Cass., 15 Novembre 1954, n. 4230; Cass., 5 Dicembre 1956, n. 4346.

¹⁶⁰ TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, XXIV ed., Padova, 1980, p. 77.

sembra suffragata anche dai lavori preparatori. Dal momento in cui si deponesse per il necessario accertamento del grave pregiudizio, a prescindere dalla mala fede, si finirebbe per privare quest'ultimo elemento della sua autonomia specifica¹⁶¹. È quindi necessario, se si vuole preservare la stessa autonomia normativa del 2° comma dell'art. 428 c.c., considerare come esclusivo elemento necessario all'annullamento dei contratti, la malafede. Quest'ultima poi, è possibile che venga desunta, questo sì, dal grave pregiudizio che l'incapace viene a subire¹⁶².

Il riferimento alla malafede non vuol più indicare un'effettiva conoscenza, da parte del contraente capace, dell'altrui incapacità naturale¹⁶³, ma bensì una più generica consapevolezza delle menomazioni psichiche della controparte¹⁶⁴. Da qui, la necessità di prendere in considerazione anche il danno (se) arrecato. Infatti una lesione che il contraente capace provoca coscientemente (*rectius* consapevolmente), sarà indice della sua malafede. Quindi per malafede si intende, non solo la conoscenza effettiva dell'altrui incapacità, ma anche la coscienza (*rectius* consapevolezza) di arrecare all'incapace un'ingiustificata (o inspiegabile) lesione¹⁶⁵.

Trattando ora specificamente della capacità processuale degli incapaci naturali, immediatamente si chiarisce che il codice di rito, non prevedendo nulla a riguardo, finisce per sancire l'irrilevanza in campo processuale dell'incapacità naturale della parte del processo. In questo senso, la maggior parte della dottrina¹⁶⁶ e l'orientamento

¹⁶¹ *Relazione del Guardiasigilli*, n. 195, sul testo separato del libro I c.c. in PANDOLFELLI, *Codice civile, libro I*, Milano, 1939, p. 433: «la commissione ha però segnalato l'opportunità di prevedere distintamente i negozi giuridici bilaterali e quelli unilaterali compiuti da persona non sana di mente, esigendo per i primi la malafede dell'altro contraente e per quella dei secondi il grave pregiudizio per l'autore [...] Ho aderito peraltro alla proposta della commissione parlamentare prevedendo separatamente per maggior sicurezza di dettato [...] le due ipotesi, e richiedendo, per l'annullamento degli atti unilaterali, il grave pregiudizio per l'autore».

¹⁶² PESCARA, R., *I provvedimenti di interdizione e di inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in RESCIGNO, P., *Trattato*, op. cit., p. 693 e ss. spec. pp. 800-801.

¹⁶³ In questo senso: Cass., 29 Gennaio 1959, n. 205; Cass., 29 Settembre 1955, n. 2628; Cass., 21 Aprile 1951, n. 986. Tale orientamento sembra ormai superato. E per la dottrina MESSINEO, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. I, Milano, 1957, p. 52.

¹⁶⁴ Cass., 16 Aprile 1981, n. 2308; Cass., 3 aprile 1981, n. 1889.

¹⁶⁵ PIETROBON, V., *Incapacità naturale*, op. cit., p. 6.

¹⁶⁶ MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario*, op. cit., sub art. 75, p. 894; ANDRIOLI, V., *Commento*, op. cit., sub art. 75, p. 217; MONTESANO, L., ARIETA, G., *Trattato di diritto processuale civile. Principi generali rito ordinario di cognizione*, vol. I, Padova, 2001, p. 488; ARIETA, G., DE SANTIS, F., MONTESANO, L., *Corso*, op. cit., p. 217; MONTESANO, L., ARIETA, G., *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, III ed., vol. I, Torino, 1999, p. 257; CULOT, D., *L'interruzione del processo civile*, Milano, 2006, p. 120 ss; DI MATTEO, F., in AA. VV., *Codice di procedura civile commentato*, op. cit., sub art. 75, pp. 391-392; D'ONOFRIO, P., *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 75, p. 146; LA CHINA, S., *Manuale di diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, vol. I, Milano, 2003, p. 148; LAZZARO, F., GURRIERI, M., D'AVINO, P., *L'esordio del nuovo processo civile*, II ed., Milano, 1997, p. 7; PIETROBON, V., *Incapacità naturale*, op. cit., p. 7; TOMMASEO, F., *Capacità processuale*, op. cit., p. 3; ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, II ed., vol. I, Napoli, 1979, p. 559.

costante della giurisprudenza¹⁶⁷. L'orientamento appena indicato ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale che, in più d'una pronuncia, ha affermato la sussistenza della capacità processuale in capo all'incapace naturale¹⁶⁸.

Le questioni poste all'attenzione del giudice delle leggi sono due.

Per quanto concerne la prima, due diversi giudici *a quo*, il pretore di Palma di Montechiaro nel 1988 e il Tribunale di Verbania nel 1995, proponendo identica questione, hanno denunciato l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, 2° comma, c.p.c. nella parte in cui non comprende accanto agli incapaci legali, tra le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti, anche gli incapaci naturali non interdetti, né inabilitati e sprovvisti di un tutore provvisorio¹⁶⁹. L'articolo citato, in entrambi i casi veniva censurato in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, asserendo l'esistenza, da un lato, di una ingiustificata disparità di trattamento tra gli incapaci legali e gli incapaci naturali e, dall'altro, la lesione del diritto di difesa di quell'incapace naturale che, in quanto tale, fosse rimasto contumace nel processo contro di lui promosso. A tali questioni la Consulta, decidendo per l'infondatezza, ha risposto adducendo quattro ordini di ragioni, di cui le prime tre presenti in entrambe le pronunce e la quarta soltanto in quella più recente¹⁷⁰.

In primo luogo, la Consulta ha affermato che «qualsiasi limitazione della capacità processuale per gli incapaci naturali si giustifica solo nei casi in cui l'infermità mentale sia tale da poter dare luogo ad un procedimento di interdizione o di inabilitazione»; in conseguenza di questa premessa il giudice delle leggi affermava che «la norma impugnata non crea alcuna disparità di trattamento tra gli incapaci legali e gli incapaci naturali trattandosi di situazioni fra loro diverse che, pertanto, richiedono una differente disciplina»; ed infine concludeva che «non si ravvisa alcun contrasto tra la norma impugnata ed il diritto di difesa degli infermi di mente garantito proprio dalla mancata estensione dell'incapacità processuale al di fuori della disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione»¹⁷¹.

¹⁶⁷ Cass., 31 Dicembre 1946, n. 1412, con nota di MEZZANOTTE; Cass., 17 Agosto 1949, n. 2345; Cass., 7 Agosto 1951, n. 2409; Cass., 23 febbraio 1954, n. 519; Cass., 4 Giugno 1975, n. 2227; Cass., 14 Giugno 1977, n. 2480; Cass., 26 Maggio 1999, n. 5152; Cass., 4 Marzo 2002, n. 3085; Cass., 4 Aprile 2002, n. 4834; Cass., 22 Giugno 2002, n. 9146; Cass., 27 Settembre 2002, n. 14034; Cass., 7 Giugno 2003, n. 9147; Cass., 30 Luglio 2010, n. 17912; Tribunale di Pordenone, 26 Febbraio 2010, n. 169; Tribunale di Roma., 5 Gennaio 2010, n. 54.

¹⁶⁸ Corte cost. ord. 13 Gennaio 1988 n. 41; Corte cost. ord. 18 Maggio 1995 n. 206; Corte cost. sent. 5 Novembre 1992 n. 468.

¹⁶⁹ Corte cost. ord. 13 Gennaio 1988 n. 41; Corte cost. ord. 18 Maggio 1995 n. 206.

¹⁷⁰ Corte cost. ord. 18 Maggio 1995 n. 206.

¹⁷¹ Corte cost. ord. 13 Gennaio 1988 n. 41.

La Corte, dovendosi nuovamente pronunciare in ordine ad identica questione, alle tre ragioni precedentemente esposte, ne aggiunge una quarta affermando che ciò che salverebbe la legittimità della normativa censurata sarebbe la presenza del Pubblico Ministero e il potere che questo ha di attivarsi, realizzando la tutela dell'incapace naturale: «essendo la tutela degli incapaci prevista quale tipica attribuzione del Pubblico Ministero, il giudice innanzi al quale è proposta una causa con una parte della cui incapacità naturale si dubiti, deve darne comunicazione al Pubblico Ministero affinché agisca o intervenga nei modi previsti dalla legge»¹⁷².

Passando ora alla seconda questione sollevata innanzi alla Consulta, in questo caso il giudice *a quo* dubita della legittimità costituzionale dell'art. 75 e 300 c.p.c., in riferimento all' art. 24 Cost., «nella parte in cui non prevedono, ove emerga che il convenuto non costituito in giudizio versa in condizioni di abituale infermità di mente che lo rende incapace di provvedere alla cura dei propri interessi, la interruzione del processo e la segnalazione del caso, ad opera del giudice, al Pubblico Ministero perché promuova la procedura di interdizione e la nomina di un tutore provvisorio, nei cui confronti l'attore debba riassumere il giudizio»¹⁷³.

Il Tribunale rimettente evidenzia come la mancata previsione di tali rimedi (l'interruzione del processo e la comunicazione al Pubblico Ministero affinché adotti i provvedimenti necessari), finisca per incidere irrimediabilmente sul diritto di difesa dell'incapace naturale, nell'ipotesi in cui lo stesso non si renda neanche conto che nei suoi confronti sia stato instaurato un giudizio¹⁷⁴.

A sostegno della sua posizione, il giudice di merito richiama una precedente pronuncia¹⁷⁵ con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 75 e 300 c.p.c., nella parte in cui non prevedevano, ove fosse emersa una situazione di scomparsa del convenuto, la interruzione del processo e la segnalazione ad opera del giudice al Pubblico Ministero, per la promozione della nomina di un curatore nei cui confronti riassumere il giudizio.

La Corte costituzionale, anche qui, si pronuncia dichiarando la manifesta infondatezza della questione. Innanzitutto, facendo riferimento ad una delle sue

¹⁷² Corte cost. ord. 18 Maggio 1995 n. 206.

¹⁷³ Corte cost. sent. 5 Novembre 1992 n. 468.

¹⁷⁴ Nel caso di specie, infatti, la questione di legittimità è stata sollevata nel corso di un procedimento di divisione ereditaria promosso da Vivian Nadia, nel quale un convenuto contumace, Vivian Lorenzo, in base alla certificazione prodotta in giudizio dai coeredi Pessarello Luigina e Vivian Silvano, risultava affetto da sindrome di Down, con grave insufficienza mentale.

¹⁷⁵ Corte cost. sent. 14 Ottobre 1986 n. 220.

precedenti pronunce¹⁷⁶, afferma la necessità di operare un contemperamento di interessi: da un lato, quello dell'incapace naturale a non essere privato della capacità processuale se non al termine di un procedimento giurisdizionale, qual è quello appunto di interdizione o di inabilitazione; dall'altro, l'interesse del soggetto che voglia convenire in giudizio un incapace naturale. Non si può, infatti, argomenta la Consulta, accettare che l'azione promossa nei confronti dell'incapace resti paralizzata per effetto di un'interruzione e per la mancanza di un rappresentante legale nei cui confronti riassumere tempestivamente il processo. Infatti, è necessario riflettere sul fatto che la nomina di tale rappresentante legale è eventuale e potrebbe quindi non disporsi. In secondo luogo, continua ad argomentare la Corte, è necessario ammettere che l'ordinamento non lascia privi di tutela gli incapaci naturali poiché sono previsti strumenti finalizzati alla loro protezione, primo fra tutti, l'attribuzione al Pubblico Ministero della nota funzione prevista dall'art. 73, R.D. 30 Gennaio 1941, n. 12¹⁷⁷.

Il Pubblico Ministero quindi, proprio in virtù di questa sua funzione, ben potrebbe intervenire nella causa in cui è parte l'incapace naturale, dopo che il giudice, mediante comunicazione, lo renda edotto di tale situazione.

La Corte, facendo leva proprio sulla possibilità di intervento del Pubblico Ministero, afferma che questa garantirebbe già di per sé la difesa dell'incapace naturale, in quanto l'esistenza stessa di poteri in capo al Pubblico Ministero, atti alla protezione del soggetto debole, varrebbe da garanzia perché tale tutela si realizzi concretamente. A questo non sarebbe sufficiente obiettare, sempre secondo la posizione adottata dalla Corte costituzionale, che i poteri concessi dall'ordinamento al Pubblico Ministero potrebbero nel concreto non essere esercitati, lasciando di fatto l'incapace privo di tutela. Secondo il giudice delle leggi, infatti, la legittimità costituzionale del sistema normativo deve essere valutata partendo dall'assunto che le disposizioni poste dall'ordinamento vengano rispettate e quindi, nella specie, è sufficiente, per affermare la legittimità costituzionale della normativa in riferimento, che il potere di intervento sia

¹⁷⁶ Corte cost. ord. 13 Gennaio 1988 n. 41.

¹⁷⁷ Art. 73. Attribuzioni generali del pubblico ministero, R. D. 30 Gennaio 1941, n. 12 «Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza; fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge. Ha pure azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico e che interessano i diritti dello Stato, e per la tutela dell'ordine corporativo, sempre che tale azione non sia dalla legge ad altri organi attribuita».

“solamente” attribuito al Pubblico Ministero e, non anche, concretamente esercitato dallo stesso.

Ci si rende agevolmente conto però, che, oltre alla funzione di tutela generale attribuita la Pubblico Ministero di cui si è appena detto, qualsiasi rimedio previsto dal codice di rito è in realtà riservato ai soli incapaci legali, a nulla rilevando la condizione di chi sia parte in un processo e sia al contempo incapace di intendere e volere¹⁷⁸.

Il codice di procedura civile non prevede nulla a tutela dell'incapace naturale: «non l'interruzione del processo, né l'incapacità processuale, e neppure la possibilità di nominare un curatore speciale»¹⁷⁹.

La realtà è questa: si pretende che l'incapace naturale possa efficacemente difendere i propri interessi in causa senza però considerare che lo stesso, proprio perché incapace “solo”¹⁸⁰ naturalmente, potrebbe non rendersi conto che contro di lui sia stato instaurato un giudizio. È necessario porre l'attenzione anche su un ulteriore aspetto. È vero che il Pubblico Ministero può intervenire nelle cause in cui si trova ad esser parte l'incapace naturale, dopo che il giudice lo abbia informato trasmettendogli gli atti di causa, ma è doveroso rendersi conto che non è per nulla detto che tale meccanismo (giudice che trasmette gli atti e p.m. che si attiva), funzioni.

In primo luogo, non è detto che il giudice abbia a disposizione gli atti dai quali risulti l'incapacità naturale del soggetto, perché magari nessuno li ha prodotti in giudizio; inoltre, non è detto che li trasmetta al p.m. perché questo si attivi; e, in ultimo, non è assolutamente detto che, una volta ricevuti gli atti suddetti, il pubblico ministero si attivi concretamente. Probabilmente la sola vigilanza del Pubblico Ministero potrebbe non essere sufficiente a realizzare la concreta tutela dell'incapace naturale.

Queste difficoltà, oltre che dalle ordinanze di rimessione alla Consulta operate dai giudici di merito, sono state denunciate anche da autorevoli opinioni¹⁸¹ che affermano la necessità di un cambiamento, di una decisa presa di posizione, che prenda il posto della riconosciuta indifferenza mostrata dalla normativa processuale generale nei confronti

¹⁷⁸ DALMOTTO, E., *Nota sulla tutela dell'incapace naturale. Corte Cost. 19 novembre 1992, n. 468*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, pp. 19-21.

¹⁷⁹ DALMOTTO, E., *Nota sulla tutela dell'incapace naturale. op. cit.*, , p. 19; SALETTI, A., *Interruzione del processo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, p. 4.

¹⁸⁰ Non c'è un giudizio qualitativo. Si vuole solo porre l'accento sull'effettiva disparità di trattamento che si realizza tra gli incapaci legali e chi non è ancora stato privato giudizialmente della capacità processuale e quindi è “solo”, appunto, incapace naturale.

¹⁸¹ ANDRIOLI, V., *O' miereco d'e' pazze*, in *Foro italiano*, 1968, vol. XCI, c. 2164 e ss.; COSTANTINO, G., *Il giubileo del medico dei pazzi, op. cit.*, c. 1044 e ss.

dell'incapace naturale-parte nel processo¹⁸². In ordine alla capacità processuale dell'incapace naturale si è affermato che «l'infermo di mente, del quale il tribunale ha disposto l'internamento definitivo in manicomio nominandogli il tutore provvisorio, non riacquista la capacità processuale a seguito della dimissione in via di esperimento (nella specie all'internamento definitivo non era seguito il procedimento di interdizione per negligenza del p.m. e l'esperimento si protraeva da nove anni). Di conseguenza, è nullo l'intero giudizio, personalmente proposto e proseguito dall'infermo per conseguire il pagamento della pensione di invalido di guerra nei confronti dell'ufficio provinciale del tesoro, che aveva intestato il relativo libretto alla moglie (tutrice provvisoria), tra la quale e l'infermo pendeva giudizio di separazione personale»¹⁸³.

In particolare, si è evidenziato che, nonostante siano stati investiti della questione ben otto magistrati, pur potendosi promuovere un giudizio di interdizione e pur potendosi nominare con il provvedimento di ricovero definitivo un tutore provvisorio in luogo della moglie (tra la quale e l'infermo, come si è detto, pendeva giudizio di separazione personale), nulla è stato fatto¹⁸⁴.

Quindi nonostante i poteri concessi dall'ordinamento giuridico agli organi giurisdizionali, il soggetto debole è, di fatto, rimasto privo di tutela.

La vicenda in parola rende quantomeno lecito, se non doveroso, porsi un interrogativo: la “mera” presenza del giudice può essere considerata sufficiente garanzia di difesa¹⁸⁵? E' realmente possibile affermare, senza dubbio alcuno, che considerare come irrilevante l'incapacità naturale di una delle parti non sia lesivo del diritto di difesa dell'incapace stesso? E ancora, è certo che tutto questo non vada ad intaccare l'assetto garantista che il processo si impone di realizzare e assicurare? Forse è necessario riconsiderare la questione dell'irrelevanza processuale dell'incapacità naturale per porla in una prospettiva di tipo «sostanzialistico»¹⁸⁶.

È certamente vero che il nostro ordinamento predispone strumenti atti alla tutela degli incapaci. Come si è detto, infatti, il Pubblico Ministero può porre in essere rimedi, quali l'instaurazione del procedimento di interdizione, può richiedere i necessari provvedimenti cautelari, nei casi di maggiore urgenza. Bisogna ammettere però, che tutti questi sono «strumenti di protezione che l'esperienza dimostra essere del tutto

¹⁸² In questo senso: VULLO, E., *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, I, p.1846 e ss. spec. p. 1849.

¹⁸³ ANDRIOLI, V., *O' miereco op. cit.*, c. 2164-2167.

¹⁸⁴ ANDRIOLI, V., *O' miereco op. cit.*, c. 2164.

¹⁸⁵ COSTANTINO, G., *Il giubileo del medico dei pazzi*, *op. cit.*, c. 1048.

¹⁸⁶ DALMOTTO, E., *Nota sulla tutela dell'incapace naturale*, *op. cit.*, spec. p. 20.

insufficienti, quando all'infermità mentale si accompagnano la solitudine e l'abbandono. Non si può fingere di ignorare, infatti, che l'isolamento sociale, tante volte effetto del disagio psichico (e si pensi anche alla povertà di contatti umani in cui sovente si trova a vivere l'anziano con ridotta capacità di intendere e volere), spezza i momenti di raccordo tra l'incapace naturale e le istituzioni che dovrebbero tutelarlo. La vigilanza del pubblico ministero e l'avvio del procedimento di interdizione sono forme di tutela che presuppongono necessariamente un sistema di relazione, dal quale l'infermo di mente manifesta spesso la tendenza ad allontanarsi, nascondendo il proprio dramma a coloro che lo circondano. Si è ben consapevoli della notevole complessità e delicatezza delle questioni evocate, la cui soluzione pretende innanzitutto scelte culturali e di valore, rispetto alle quali un approccio meramente sistematico tradisce un'inadeguatezza, tanto inevitabile quanto imbarazzante.

In fondo il vero problema sta a monte della disciplina del processo civile ed è probabilmente quello di contemperare esigenze e interessi sostanziali in conflitto tra loro, di immaginare in definitiva, nell'ottica della tutela giurisdizionale dei diritti, una distribuzione finalmente equa e solidale del "prezzo della follia"¹⁸⁷.

I.2.1. La controversa applicabilità dell'art. 78 c.p.c. all'incapace naturale

Ai sensi del comma 1° dell'art. 78 c.p.c. «Se manca la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, e vi sono ragioni di urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica o all'associazione non riconosciuta un curatore speciale che lo rappresenti o assista finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza».

Dalla norma così scritta, si evince che per la nomina del curatore speciale è necessario che manchi la persona cui spetta la rappresentanza o l'assistenza e che vi siano ragioni di urgenza, determinate dalla mancanza dell'appena citato rappresentante o curatore¹⁸⁸. Sembra che con tale espressione si faccia riferimento ai soli interdetti o inabilitati, cui è certamente possibile far nominare un curatore speciale, fino a quando

¹⁸⁷ VULLO, E., *Nuove prospettive, op. cit.*, spec. p. 1849.

¹⁸⁸ STESURI, A., in COMOGGIO, L.P. VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile ipertestuale*, II ed., Torino 2008, *sub* art. 78, p. 367.

non venga meno la situazione transitoria che ha giustificato la sua nomina¹⁸⁹, fino a quando cioè «non subentri colui che ha istituzionalmente la rappresentanza o l'assistenza»¹⁹⁰. Non sembra, invece, che la norma possa ritenersi applicabile anche all'incapace naturale in capo al quale sussiste la capacità processuale¹⁹¹.

Le ragioni secondo le quali sarebbe necessario escludere l'applicabilità dell'art. 78, 1° comma, c.p.c., all'incapace naturale sono di varia natura.

In primo luogo, l'esclusione in parola si fonda sulla lettera della norma. Questa sembra riferirsi, infatti, ai soli incapaci legali e a quella situazione contingente nella quale viene meno il soggetto che, per legge o per provvedimento, ha già la rappresentanza o l'assistenza dell'incapace. In secondo luogo, vi è una ragione di ordine sistematico: la capacità processuale non dipende da un modo psicofisico del soggetto, ma è strettamente connessa al libero esercizio dei diritti, che è nozione che nulla ha a che fare con valutazioni di ordine naturalistico. In terzo luogo, infine, si indicano ragioni di ordine storico¹⁹². Infatti tra le varie proposte formulate dalla dottrina circa il testo dell'art. 78 c.p.c.¹⁹³ è prevalsa quella del CARNELUTTI¹⁹⁴. L'attuale art. 78, 1°

¹⁸⁹ NAPPI, P., in CONSOLO, C., M., LUISO, F., *Codice, op. cit., sub art. 78*, p. 737; STESURI, A., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile ipertestuale*, II ed., Torino 2008, *sub art. 78*, p. 367

¹⁹⁰ MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, IX ed., vol. I, Torino, 1994, p. 277 e ss.

¹⁹¹ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, *sub art. 78*, p. 269; MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario, op. cit., sub art. 78*, p. 919; MARZOCCHI, P., in CARPI, F., COLESANTI, V., TARUFFO, M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, II ed., Padova 1988, *sub art. 78*, p. 142; PETITTI, S., in NOVELLI, G., PETITTI, S., *Codice di procedura civile, op. cit., sub art. 78*, p. 282; BATTAGLINI, M., PETITTI, S., in BATTAGLINI, M., PETITTI, S., NOVELLI, T., NOVELLI, G., *Codice di procedura civile con il commento della giurisprudenza della cassazione*, Milano, 2005, *sub art. 78*, p. 359; BARTOLINI, F., SAVARRO, P., *Codice di procedura civile commentato con la giurisprudenza*, XXIX ed., Piacenza, 2011, *sub art. 78*, p. 333; Cass., 25 Luglio 1964, n. 2039; Cass., 14 giugno 1977, n. 2480; Tribunale di Torino 22 Ottobre 1997.

¹⁹² STESURI, A., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Torino 2010, *sub art. 78*, p. 400.

¹⁹³ MORTARA, L., CARNELUTTI, F., *Progetto*, Roma, 1926: Art. 11 «*Mancanza del rappresentante o conflitto d'interessi fra il rappresentante ed il rappresentato*». Quando l'interesse appartenga ad un nascituro, a un erede sconosciuto, a un erede sotto condizione sospensiva, a un assente, a un internato in manicomio, o in generale quando si tratti di un interesse relativo a beni, il cui titolare sia sconosciuto o incerto o di fatto incapace di agire, il giudice, innanzi al quale è proposta o dovrebbe essere proposta la domanda, nomina sull'istanza di qualsiasi interessato, o d'ufficio od in mancanza di altre disposizioni della legge civile e commerciale, un curatore speciale. Altrettanto si fa se la persona, che deve stare in giudizio secondo le norme precedenti, abbia interesse opposto a quello da far valere nel processo; REDENTI E., (DE FRANCISCI, P.), *Progetto*, 1934: Art. 49 «*Della nomina di un curatore provvisorio per il procedimento*». - Se non vi sia chi rappresenti in giudizio una persona fisica incapace o notoriamente inferma di mente, sebbene non ancora interdetta, oppure chi assista una persona imperfettamente capace, o se chi deve esercitare l'ufficio ne sia impedito per opposizione di interessi o per altri motivi, e non ci sia chi lo supplisca, e possa esservi pregiudizio nel ritardo, l'autorità giudiziaria davanti alla quale va proposta la domanda, può provvedere alla nomina di un curatore speciale provvisorio per gli effetti del giudizio, ai sensi delle disposizioni seguenti e con salvezza di ogni altro provvedimento definitivo in sede competente; CARNELUTTI, F., *Avamprogetto*, Padova, 1926: Art. 10. «*Mancanza del rappresentante o conflitto di interessi fra il rappresentante e il rappresentato*». Se manchi la persona che deve agire e

comma, riproduce il testo dell'art. 13 del Progetto definitivo Solmi¹⁹⁵, il quale andava a modificare sul punto l'art. 10 del Progetto preliminare¹⁹⁶ che prevedeva espressamente la possibilità di nominare un curatore speciale all'incapace naturale. La dottrina afferma che l'accoglimento del testo del Progetto definitivo, in luogo di quello riportato dal Progetto preliminare, è indice dell'intenzione ben precisa del Legislatore di riservare ai soli incapaci legali la eventuale nomina di un curatore speciale¹⁹⁷.

I.2.2. Segue: gli inconvenienti derivanti dall'impossibilità di nominare un curatore speciale

Stando alle considerazioni fin qui esposte, si evince che l'ambito soggettivo dell'art. 78, comma 1°, c.p.c., non si estenderebbe, e non avrebbe alcun modo per farlo, fino a ricomprendere in sé anche l'incapace naturale. Detta impossibilità in realtà può essere ricondotta ad una delle ragioni sopra esposte, ma la ragione che realmente impedisce l'applicazione della norma in parola all'incapace naturale è di natura esegetica. Si ritiene, infatti, che prevedere la possibilità di affiancare un curatore speciale all'incapace naturale non turberebbe affatto la sistematicità dell'ordinamento; il vero ostacolo, invece, va riscontrato nella lettera della norma stessa. La condizione che deve realizzarsi affinché possa nominarsi ad un soggetto un curatore speciale, è che a quel soggetto manchi la rappresentanza o l'assistenza di cui lo stesso, rientrando tra le persone che non hanno il libero esercizio dei diritti, abbisogna.

In altre parole, ai soli incapaci legali è riservata la possibilità di vedersi nominare un curatore speciale e questo è dimostrato, non tanto da ragioni sistematiche o storiche che, come si è detto, non verrebbero tradite da una diversa scelta di politica legislativa, ma

contraddire invece dell'interessato, secondo le norme precedenti, o se questa persona abbia interesse opposto a quello da far valere nel processo, agisce o contraddice un curatore speciale nominato dal giudice, avanti al quale è proposta la domanda.

¹⁹⁴ CARNELUTTI, F., *Avamprogetto*, op. cit., sub art. 10.

¹⁹⁵ SOLMI, A., *Progetto definitivo*, Roma, 1939, sub art. 13.

¹⁹⁶ SOLMI, A., *Progetto preliminare*, Roma, 1937: Art. 10 «Se manchi la persona che dovrebbe rappresentare o assistere in giudizio un incapace, o **un infermo di mente, anche se non interdetto**, o un'assente, ovvero vi sia conflitto di interessi tra il rappresentante e rappresentato e vi siano ragioni di urgenza, può essere nominato un curatore speciale per stare in giudizio fino a che gli subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza secondo le regole ordinarie».

¹⁹⁷ STESURI, A., in COMOGLIO, L.P. - VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile ipertestuale*, II ed., Torino 2008, sub art. 78, p. 369; *contra* NAPPI, G., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1941, sub art. 78, p. 482.

dal dettame della norma stessa che, in quella assenza¹⁹⁸, consacra la condizione necessaria per l'accesso alla misura di tutela. Il curatore speciale sarà posto al fianco di quel soggetto che, per legge, doveva essere rappresentato o assistito e che in quel momento si trova solo.

Ai sensi dell'art. 78 c.p.c.: «Se manca la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, e vi sono ragioni di urgenza, può essere nominato all'incapace, alla persona giuridica, o all'associazione non riconosciuta un curatore speciale che lo rappresenti o assista finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza»; la nomina del curatore speciale è quindi subordinata a tre condizioni: in primo luogo, deve esserci una persona alla quale, *ex lege*, spetti la rappresentanza o l'assistenza di un'altra; in secondo luogo, è necessario che tale persona manchi, che non sia presente *al posto* dell'incapace o *al fianco* del semi – incapace e, in ultimo, è necessario che si configurino ragioni di urgenza. Bene, il problema è proprio questo: *ex lege* non è prevista alcuna persona cui spetti la rappresentanza o l'assistenza dell'incapace naturale e quindi è impossibile che la situazione delineata *ex art. 78 c.p.c.* si realizzi. È questo l'unico vero ostacolo che impedisce la nomina all'incapace naturale: la lettera dell'art. 78 c.p.c.

L'impossibilità di nominare un curatore speciale all'incapace naturale comporta, soprattutto dal punto di vista pratico, conseguenze non poco rilevanti. Detta impossibilità, infatti, rischia di lasciare privo di tutela l'incapace naturale, soprattutto se si fa riferimento a quelle ipotesi nelle quali è necessario intervenire con la massima urgenza e rapidità. Sembra che l'ordinamento giuridico si preoccupi di ovviare a tale evenienza e ponga, proprio a tutela dell'incapace naturale, numerosi e specifici strumenti. Questi sono riconosciuti nell'art. 35, 6° comma, della L. 23 dicembre 1978, n. 833 e nell'art. 361 c.c.

La prima delle disposizioni citate indica un rimedio esperibile per garantire la tutela dei soggetti sottoposti a trattamenti sanitari obbligatori, in particolare dei soggetti c.d. "compulsivamente" ospedalizzati. Nonostante la lettera della norma sia chiara nel limitare l'ambito soggettivo di applicazione, se ne ammette l'applicabilità anche nei riguardi dei sofferenti psichici non ricoverati e, in genere, nei riguardi degli incapaci naturali *tout court*.

¹⁹⁸ L'assenza cui si fa riferimento è quella del rappresentante o curatore di chi deve essere rappresentato o assistito per poter stare in giudizio. Cfr. art. 75, comma 2°, c.p.c.

In ordine, invece, alla seconda norma cui si è fatto cenno, l'art. 361 c.c., la stessa pone la possibilità per il giudice tutelare di adottare, tra l'apertura della tutela e l'assunzione effettiva delle funzioni da parte del tutore, i provvedimenti urgenti che possono occorrere per la cura del minore e per conservare e amministrare il suo patrimonio. Tale norma viene considerata applicabile anche agli interdetti e inabilitati e quindi questo comporterebbe che, anche prima della nomina di un tutore provvisorio per l'interdicendo e anche prima della proposizione della domanda stessa di interdizione, il giudice tutelare potesse adottare i provvedimenti necessari, al solo fine di proteggere gli interessi di chi versi in una condizione di "mera" incapacità naturale¹⁹⁹.

Oltre a questi rimedi, che tentano di garantire un'adeguata tutela a chi versi in uno stato di incapacità naturale, se ne riscontrano altri due, *ex art. 121 c.p.* e *ex art. 4, 5° comma, L. 1 dicembre 1970, n. 898*, aventi la medesima finalità.

Ai sensi dell'art. 121 c.p. «Se la persona offesa è minore degli anni quattordici o inferma di mente, e non v'è chi ne abbia la rappresentanza, ovvero chi l'esercita si trovi con la persona medesima in conflitto di interessi, il diritto di querela è esercitato da un curatore speciale».

L'art. 4, 5° comma, L. 1 dicembre 1970, n. 898, in tema di scioglimento di matrimonio, si dispone: «Il presidente del tribunale, nei cinque giorni successivi al deposito in cancelleria, fissa con decreto la data di comparizione dei coniugi davanti a sé, che deve avvenire entro novanta giorni dal deposito del ricorso, il termine per la notificazione del ricorso e del decreto ed il termine entro cui il coniuge convenuto può depositare memoria difensiva e documenti. Il presidente nomina un curatore speciale quando il convenuto è malato di mente o legalmente incapace».

L'esistenza di questi rimedi mostra, senza dubbio alcuno, l'attenzione che il nostro ordinamento ha relativamente alla tutela degli incapaci, di tutti gli incapaci. Tali rimedi sono molto utili, ma forse non sufficientemente efficaci, soprattutto in situazioni urgenti la cui risoluzione non può attendere i tempi necessari per la loro attuazione.

Si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui si pone l'esigenza di provvedere, in tempi assai stretti, alla tutela dei diritti delle vittime di incidenti stradali che versano in stato di coma, e che vogliono instaurare cause risarcitorie contro le compagnie assicurative, i proprietari e i conducenti dei veicoli causa dei sinistri. In particolare in un caso deciso con decreto dal Giudice tutelare della Pretura di Torino²⁰⁰, l'incidente stradale aveva

¹⁹⁹ Pretura di Torino, Ufficio del Giudice tutelare, 11 Novembre 1997 (decreto).

²⁰⁰ Pretura di Torino, Ufficio del Giudice tutelare, 11 Novembre 1997 (decreto).

coinvolto più persone, tra cui un soggetto che si trovava, a causa del sinistro, in stato di coma profondo. I ricorrenti si rivolgevano al Giudice tutelare perché questi, vista l'urgenza, adottasse i provvedimenti necessari. L'urgenza, nella specie, era generata dal fatto che una delle parti aveva già citato in giudizio la compagnia assicuratrice per ottenere la rifusione dei danni, derivanti dalle gravissime lesioni subite, domandando, tra l'altro, ai sensi dell'art. 24 della L. 24 Dicembre 1969, n. 900, una provvisionale di ottocento milioni. L'ammontare di tale richiesta avrebbe esaurito quasi completamente il massimale dell'assicurazione per la responsabilità civile del mezzo danneggiante, rischiando così di compromettere in maniera irreparabile il diritto al risarcimento vantato dal soggetto che si trovava in stato di coma. Oltre a questo, nella situazione che si sta descrivendo nei suoi tratti più salienti, si aggiungeva un ulteriore elemento: sarebbe stato impossibile attendere la nomina del tutore provvisorio *ex art. 419 c.c.*, in quanto l'udienza nella quale si sarebbe deciso in ordine alla concessione o meno della provvisionale suddetta sarebbe caduta prima della nomina del tutore stesso. Questo avrebbe irrimediabilmente compromesso, qualora la provvisionale fosse stata concessa, la possibilità per il soggetto in coma di ottenere un congruo risarcimento.

In situazioni come quella appena descritta, connotate da una urgenza impellente, ci si rende agevolmente conto della necessità di individuare uno strumento processuale che sia idoneo a fornire all'infermo, in tempi più rapidi, un rappresentante munito della necessaria legittimazione processuale²⁰¹ e che al contempo si configuri come alternativo rispetto alla nomina di un tutore o curatore provvisorio, contemplata dagli artt. 419 c.c. e 717 c.p.c., e rispetto ai rimedi *ex artt. 35, 6° comma, della L. 23 dicembre 1978, n. 833, 361 c.c., 121 c.p. e 4, comma 5°, L. 1 Dicembre 1970, n. 898*, di cui prima si è riferito.

A questo punto sembra necessario porsi un interrogativo: gli strumenti usualmente reputati idonei alla tutela dell'incapace naturale lo sono realmente? Forse no. Questi rimedi particolarissimi, che risolvono fattispecie e situazioni altrettanto specifiche, infatti, rischiano di non garantire un'ampia e soprattutto generale tutela dell'incapace naturale. Per desumere delle regole generali da porre a presidio della tutela dell'incapace, è necessario ai sensi dell'art. 12 delle Preleggi, rifarsi ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. L'art. 2 della Costituzione stabilisce che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia

²⁰¹ VULLO, E., *Note in tema di nomina del curatore speciale ex art. 78, 1° comma, c.p.c.*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, I, p. 749.

nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» e l'art. 24 al suo 1° comma, dal canto suo, dispone che «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». L'ordinamento non può permettere che queste disposizioni, pietre miliari del sistema, si riducano a mere affermazioni di principio. Lo Stato riconosce, ma soprattutto garantisce i diritti inviolabili. Se tutti possono agire in giudizio per difendere i propri diritti e interessi legittimi, vuol dire che tutti devono avere la possibilità di farlo, vuol dire che tutti devono essere in grado di farlo, e in quel tutti sono compresi anche gli incapaci naturali.

«In un ordinamento giuridico in cui all'apice della gerarchia dei valori è la persona umana alla quale è garantito pieno sviluppo la pari dignità e la titolarità di diritti inviolabili, nessun può porre in dubbio che l'esigenza che a favore di tutte le persone incapaci (minori, infermo di mente o anziani disabili che siano) debbano essere predisposti strumenti giuridici che assicurino loro il pieno sviluppo, la pari dignità e la tutela dei diritti inviolabili di cui sono titolari costituisca un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico dello Stato avente rilevanza costituzionale. Per non ammettere ciò bisognerebbe ritenere che il legislatore costituzionale non consideri persone umane i minori, gli infermi di mente, gli anziani disabili. Tale tesi però, è talmente abnorme che la sua semplice enunciazione prova la fondatezza dell'opposta tesi. Notasi che a livello costituzionale nessuna rilevanza ha la distinzione tra incapaci dichiarati interdetti e incapaci naturali non dichiarati interdetti, per l'ovvia considerazione che, essendo tutte nella stessa maniera persone umane, lo Stato, per dettato costituzionale, ha il compito di predisporre strumenti giuridici idonei per la protezione sia degli uni che degli altri»²⁰².

²⁰² Pretura di Torino, Ufficio del Giudice tutelare, 11 Novembre 1997 (decreto).

I.2.3. L'autonomia delle «ragioni di urgenza» ex art. 78, 1° comma, c.p.c.: prospettive ricostruttive per la nomina di un curatore speciale all'incapace naturale

Da approfondite ricerche è emerso che alcuni codici di procedura civile²⁰³, consultati e consultabili, riportano una versione dell'art. 78, comma 1°, c.p.c., divergente rispetto a quella in vigore.

Il testo riportato dalla maggior parte dei codici²⁰⁴, che è e deve ritenersi quello vigente in quanto pubblicato in Gazzetta Ufficiale²⁰⁵, è il seguente:

²⁰³ BARTOLINI, F., BARTOLINI, F., *Commentario al codice di procedura civile*, III ed., Piacenza, 2008, sub art. 78, p. 319; BARTOLINI, F., *Codice di procedura civile prima e dopo le riforme*, Piacenza 2009, sub art. 78, p. 101; BARTOLINI, F., BARTOLINI, M., *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, IX ed., Piacenza, 2010, sub art. 78, p. 298; BARTOLINI, F., SAVARRO, P., *Codice di procedura civile commentato con la giurisprudenza*, XXIX ed., Piacenza, 2011, sub art. 78, p. 333; BARTOLINI, F., SAVARRO, P., *Codice di procedura civile commentato con la giurisprudenza*, XXXI ed., Piacenza, 2012, sub art. 78, p. 333.

²⁰⁴ *Codice di procedura civile R. Decreto 28 ottobre 1940 - Anno XVIII, n. 1443 Preceduto dalla relazione del ministro guardasigilli alla maestà del Re Imperatore e seguito dagli indici sommario ed analitico*, Torino 1940, p. 125; VACCARO, L., BRIZI, E., *Codice di procedura civile commentato e annotato con i lavori preparatori*, Roma, 1940, sub art. 78, p. 43; BIANCHI, F., *Il codice di procedura civile annotato sistematicamente articolo per articolo con riferimento al progetto definitivo al codice sostituito ai lavori preparatori*, Milano 1941, sub art. 78, p. 106; FRANCHI, L. - FEROCI, V., *Il nuovo codice di procedura civile con la relazione, richiami e note, tabelle di confronto e indici: sommario, analitico e alfabetico*, Milano, 1941, sub art. 78, p. 14; D'ONOFRIO, P., *Commento al nuovo codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 78, p. 87; LEMBO, G., *Esposizione e commento del nuovo codice di procedura civile*, Bari, 1941, sub art. 78, p. 101; *Codice di procedura civile*, edizione stereotipata dai tesi ufficiali, Istituto Poligrafico dello Stato Libreria, Roma 1942; D'AMELIO, M., *Il nuovo codice di procedura civile: commentario*, Torino, 1943, sub art. 78, p. 379; SATTA, S., *Commentario*, op. cit., sub art. 78, p. 268; MARZOCCHI, P., in CARPI, F., COLESANTI, V., TARUFFO, M., *Commentario*, op. cit., sub art. 78, p. 142; TOMMASEO, F., *Codice di procedura civile: coordinato con la Costituzione e le leggi complementari*, Torino, 1996 sub art. 78, p. 25; SANTAGATA, F., in VACCARELLA, R., VERDE, G., *Codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 78, p. 637; TRAMONTANO, L., *Il codice di procedura civile*, Piacenza, 2003, sub art. 78, p. 257; PETITTI, S., in NOVELLI, G., PETITTI, S., *Codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 78, p. 282; BATTAGLINI, M., PETITTI, S., in AA. VV., *Codice di procedura civile con il commento della giurisprudenza della cassazione*, XIV ed., Milano, 2005, sub art. 78, p. 359; VACCARELLA, R., PULSONI, M.C., *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2005, sub art. 78, p. 335; FINOCCHIARO, M., in STELLA RICHTER, G., STELLA RICHTER, P., *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, aggiornamento 2006-2010 a cura di STELLA RICHTER G., PALADINI, F., MARCHIAFAVA, S., vol. I, tomo 2, Milano, 2006, sub art. 78, p. 1077; STESURI, A., in VACCARELLA, R., GIORGETTI, M.C., *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2006, sub art. 78, p. 295; NAPPI, P., in CONSOLO, C., M., LUISO, F., *Codice*, op. cit., sub art. 78, p. 737; FAZZALARI, E., LUISO, F., *Codice di procedura civile*, XII ed., Milano 2008, sub art. 78, p. 86; STESURI, A., in VACCARELLA, R., GIORGETTI, M.C., *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, II ed., Torino, 2008, sub art. 78, p. 412; CONSOLO, C., *Codice di procedura civile*, XVI ed., Roma, 2010, sub art. 78, p. 43; STESURI, A., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 78, p. 400; ROMANO, G., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, V ed., Milano, 2010, sub art. 78, p. 580; ZUCCONI GALLI FONSECA, E., in CARPI, F., TARUFFO, M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., Padova, 2011, sub art. 78, p. 460; FERRI, C., *Codice di procedura civile e leggi collegate*, II ed, Bologna 2011, sub, art. 78, p. 16

²⁰⁵ *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, 28 Ottobre 1942, Parte prima, n. 253.

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

Il testo riportato dai codici in “controtendenza” è invece:

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

Una lettera, come si può notare, in questo consiste la divergenza in parola: una “o” in luogo di una “e”. Dalle ricerche svolte non si è compreso cosa abbia causato la divergenza in discorso. Ciò che è certo però è che la confusione era presente fin dagli albori del codice di rito e anche precedentemente. Di questo sono testimoni alcune fonti che riproducono il testo della disposizione riportando una “e”, ma che al tempo stesso, fanno seguire il commento alla norma come se nel testo in luogo della “e” presente, ci fosse una “o”²⁰⁶.

²⁰⁶ Ci si vuole riferire in particolare a due fonti: Con riguardo alla prima, la stessa riporta osservazioni e proposte sul Progetto preliminare del codice provenienti da più Università italiane e da alcune Corti d'Appello nazionali. Pur riferendosi al testo del Progetto preliminare SOLMI che disponeva: «Se manchi la persona che dovrebbe rappresentare o assistere in giudizio un incapace o un infermo di mente, anche se non interdetto, o un assente, ovvero vi sia conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato, **q** vi siano ragioni d'urgenza, può essere nominato un curatore speciale per stare in giudizio fino anche gli subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza secondo le regole ordinarie.» (SOLMI, A., *Progetto preliminare*, Roma, 1937), le osservazioni dei Rell. Proff. RASELLI e BRACCI dell'Università di Siena così compaiono: «Sembra che l'inciso “**q** vi sono ragioni d'urgenza” debba riferirsi al caso dell'infermo di mente o dell'assente, ma non a quello di conflitto di interessi fra rappresentante e rappresentato, perché questo caso ha la sua soluzione normale e definitiva nella nomina del curatore speciale per il giudizio» (Ministero di Grazia e Giustizia, *Osservazioni e Proposte sul Progetto di Codice di Procedura civile*, vol. I, 1938). Nel testo che si annota c'è una “e”, nel commento allo stesso testo, invece, si fa riferimento ad una “o”.

Altra fonte, nel descrivere la disciplina dettata per la capacità processuale del curatore speciale, come prima regola indica che, «il curatore speciale può essere nominato ad una persona incapace quando manca chi dovrebbe rappresentarla o assisterla **q** vi siano ragioni di urgenza per promuovere o proseguire il giudizio» (LIONE, S., *Il nuovo processo civile: manuale pratico con particolare trattazione del procedimento davanti al pretore*, Roma, 1942, 79). Fin qui nulla genera confusione, se non fosse che la fonte in parola prende come punto di riferimento la relazione del Guardiasigilli che, nel presentare il codice di procedura civile, riproduce il testo dell'art. 78 nella versione oggi vigente: il testo che contiene la “**q**”. Anche qui, quindi, generando ulteriore confusione, nel testo che si annota c'è una “e” mentre nel commento allo stesso testo si fa riferimento ad una “o”.

La divergenza testuale in parola ha favorito il nascere delle riflessioni che seguono, con le quali si vuole tentare di illustrare le notevoli e differenti conseguenze che si riscontrano anche e soprattutto sul piano pratico, a seconda che si prenda come riferimento l'uno o l'altro testo.

Una "o" in luogo di una "e", ponendo in un piano di assoluta autonomia la sussistenza di ragioni di urgenza, apre un varco dal quale ben potrebbe avere ingresso la possibilità di nominare un curatore speciale anche all'incapace naturale. In altri termini, dando autonomo rilievo alla urgenza, svincolandola quindi dalla mancanza del soggetto cui spetta la rappresentanza o l'assistenza, come negare che non configuri una situazione **urgente**, un incapace naturale parte in un processo, che non gode di alcuna rappresentanza o assistenza poiché né interdetto né inabilitato? Per ora si riscontra una isolata decisione di merito che prevede la nomina del curatore speciale all'incapace naturale, proprio sulla base dell'urgenza che connotava la situazione in cui lo stesso si trovava²⁰⁷.

Afferma il giudice di merito: «[...] considerata la necessità di provvedere con urgenza alla nomina di un curatore speciale a xx che si trova in stato di totale incapacità, allo scopo di tutelare in via giudiziale il diritto al risarcimento dei danni subiti in occasione del sinistro [...]; Si nomina al Sig. xx [...] la Sig.ra yy [...] come suo curatore speciale».

Prima di ogni altra considerazione, si ritiene utile illustrare i tratti salienti del caso di specie deciso con il decreto in parola. La ricorrente, visto lo stato di coma profondo, causato da un incidente stradale, in cui versava il figlio, richiedeva al giudice di essere nominata curatore speciale del figlio stesso al fine di tutelarne sia in via stragiudiziale che giudiziale gli interessi. Il giudice, riconosciuta la necessità di intervenire con urgenza, nomina la ricorrente curatore speciale all'incapace naturale.

Il caso di specie pone in evidenza come, in alcune ipotesi, risulti evidente che gli strumenti posti dall'ordinamento giuridico siano sì necessari, ma non sufficienti. Vi sono casi, infatti, in cui «i tempi anche fisiologici, della procedura che culmina nella nomina del tutore o curatore provvisorio *ex art. 419 c.c. e 717 c.p.c.* possono rivelarsi tali da rischiare di provocare un gravissimo pregiudizio a carico dell'incapace»²⁰⁸,

²⁰⁷ Tribunale di Cuneo 28 Novembre 1997 (decreto), in *Giurisprudenza italiana*, 1998, I, p. 1846.

²⁰⁸ VULLO, E., *Note, op. cit.*, p. 749.

ovvero è anche possibile che la specificità degli altri rimedi previsti, come detto²⁰⁹, rischi di renderli inapplicabili a situazioni connotate da una più generale urgenza.

Sembra opportuno domandarsi «se non sia giunto il tempo che il legislatore si preoccupi di introdurre strumenti di tutela processuale dell'incapace naturale, con portata generale e con caratteristiche di flessibilità tali da adattarsi ai diversi eventi suscettibili di produrre in una persona la mancanza di capacità di intendere e volere. [...] Sarebbe necessario che si introducessero meccanismi i quali da un lato attribuissero rilievo al manifestarsi di questo stato soggettivo durante tutto il corso del giudizio, dall'altro consentissero un controllo successivo sulla validità degli atti compiuti in assenza di capacità di intendere e volere»²¹⁰.

Lo strumento previsto dall'art. 78 c.p.c., «norma schiettamente processuale, che ha la sua giustificazione soltanto nella urgenza di provvedere alle esigenze del processo»²¹¹, sembra essere uno strumento idoneo al raggiungimento delle suddette finalità. Risulta opportuno valorizzare uno strumento come quello previsto dalla norma in commento, «le cui potenzialità operative sembrerebbero essere più ampie di quelle che le vengono solitamente riconosciute dalla dottrina e dalla prassi giurisprudenziale»²¹².

Non c'è dubbio che una obiezione possa essere mossa in ordine all'opportunità di nominare all'incapace naturale un curatore speciale. È vero infatti che, la nomina del curatore speciale, *ex art. 79 c.p.c.*, può essere richiesta da qualunque parte in causa che vi abbia interesse. Questo potrebbe comportare non pochi problemi riscontrabili sul piano pratico. Si pensi infatti al soggetto che, ritenuto incapace naturale, in realtà sia perfettamente in grado di intendere e volere e nonostante ciò si veda rappresentato da un curatore speciale a lui nominato, posteriormente alla richiesta dell'altra parte in causa che dubita, perché solo in termini di dubbio si può parlare visto che non sussiste alcun accertamento giudiziale, della sua capacità naturale²¹³.

La condizione del soggetto perfettamente capace, cui venga nominato un curatore speciale, è peraltro equiparabile alla situazione in cui versano l'interdicendo e l'inabilitando, nell'ipotesi in cui vedano nominarsi un tutore provvisorio e un curatore provvisorio e il procedimento *de quo* termini con il rigetto della domanda di

²⁰⁹ Cfr. par I.2.2.

²¹⁰ VULLO, E., *Nuove prospettive*, *op. cit.*, spec. p. 1849.

²¹¹ SATTA, S., *Commentario*, *op. cit.*, sub art. 78, p. 268

²¹² VULLO, E., *Note*, *op. cit.*, p. 749.

²¹³ Il problema non si pone invece in ordine al soggetto che vede nominarsi un amministratore di sostegno, posto che il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni momento chiedere al giudice tutelare, con istanza motivata, la cessazione dell'amministratore di sostegno o la sua sostituzione: cfr. BUTTITTA, R., *L'incapacità naturale e l'amministratore di sostegno*, in *Vita notarile*, 2004, p. 487.

interdizione e di inabilitazione. La situazione in esame è inoltre comparabile con quella in cui versa l'interdetto o l'inabilitato posteriormente alla riforma o cassazione della sentenza che decideva per l'interdizione o l'inabilitazione. Si ritiene quindi che, la disciplina, cui sottostanno gli atti degli organi provvisori di protezione preposti alla tutela dell'interdicendo e dell'inabilitando e gli atti degli organi di tutela definitivi, possa ritenersi applicabile anche agli atti compiuti dal curatore speciale nominato al soggetto in realtà capace.

In ordine alla prima categoria di atti, quelli compiuti dal tutore o dal curatore provvisorio, se conformi alla legge, sono ad efficacia immediatamente definitiva, quale che sia l'esito del giudizio di interdizione o inabilitazione²¹⁴. È ritenuto necessario prevedere che tali atti rimangano fermi anche a seguito di una pronuncia di rigetto della domanda di interdizione o di inabilitazione, in ragione della tutela dei terzi che *medio tempore*, tra la costituzione degli organi provvisori e la sentenza che rigetta la domanda di interdizione o di inabilitazione, abbiano trattato con l'interdicendo e l'inabilitando. Quei terzi, infatti, avevano tutte le ragioni per fare affidamento su organi di protezione, sì provvisori, ma nominati direttamente dall'autorità giudiziaria²¹⁵.

Passando ora alla seconda categoria di atti cui si è fatto cenno, gli atti degli organi di tutela definitivi, la questione assume rilevanza, ai nostri fini, nel caso in cui intervenga una sentenza di riforma o annullamento di quella dichiarativa di interdizione o inabilitazione; nel caso in cui quindi l'interdizione e l'inabilitazione non dovevano dichiararsi, situazione questa comparabile con quella che si delinea quando non doveva accordarsi la nomina del curatore speciale nei confronti di un soggetto in realtà capace.

A norma dell'art. 421 c.c., gli effetti della sentenza di interdizione e di inabilitazione decorrono dal giorno della loro pubblicazione. Da questo momento si insedieranno gli organi definitivi di protezione e, sempre dalla pubblicazione, gli atti posti in essere dall'interdetto e dall'inabilitato saranno annullabili. Cosa accade, però, nel caso in cui una pronuncia dichiarativa di interdizione o inabilitazione venga travolta in sede di impugnazione? Ci si è chiesti: «quale sarà la sorte degli atti compiuti nel frattempo dal presunto incapace, che risulta essere stato privato ingiustamente, in tutto o in parte, della propria capacità? Quale invece quella degli atti dell'organo di protezione che

²¹⁴ CENDON, P., *Le persone*, UTET, Torino 2000, p. 297; BRUSCUGLIA, L., *Interdizione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1990, p. 18; GIULIANI, A., *Sui poteri del tutore o del curatore provvisorio nei procedimenti di interdizione e di inabilitazione*, in *Rivista notarile*, 1951, III, p. 285; SORACE, S., *Interdizione (dir. proc. civ.)*, op. cit., p. 953

²¹⁵ MONACI, S., *Gli effetti interinali della pronuncia di interdizione e di inabilitazione Parte II*, in ID., *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano 1972, pp. 1491-1495.

risulta essere stato ingiustamente costituito?»²¹⁶ Che è come chiedersi: quale sarà la sorte degli atti del soggetto capace rappresentato dal curatore speciale? Quale invece quella degli atti del curatore speciale?

Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza, la Suprema Corte in un caso²¹⁷ ha affermato che «avendo la sentenza di secondo grado posto nel nulla quella del tribunale, a torto vengono invocati gli artt. 394,424, e 427 c.c., in quanto dovendosi l'inabilitanda considerare come se mai avesse perduto la propria capacità, deve necessariamente riconoscersi piena validità agli atti compiuti nell'intervallo tra i due gradi di giudizio». La sentenza di riforma, quindi, riconoscendo che i presupposti di fatto che avevano indotto i primi giudici a pronunciare l'interdizione o l'inabilitazione mai ebbero a sussistere, ridona all'interdetto o all'inabilitato retroattivamente la sua capacità²¹⁸.

In ordine alle opinioni della dottrina circa gli effetti che la sentenza di riforma o cassazione della pronuncia di interdizione o inabilitazione si riscontrano sostanzialmente tre posizioni²¹⁹. Secondo alcuni, la sentenza di riforma ridonerebbe la capacità al soggetto interdetto o inabilitato in primo grado, con effetto retroattivo. A sostegno di questa tesi si afferma con decisione: «l'esecuzione fattane [della sentenza dichiarativa successivamente annullata] è travolta, in quanto si considera che la persona non abbia mai subito restrizione alla sua capacità»²²⁰.

Ulteriore dottrina, in contrasto con quella appena esposta e con l'orientamento della Corte di Cassazione, afferma che la pronuncia che riforma o cassa la sentenza di interdizione o inabilitazione «non può togliere di mezzo con decorrenza *ex tunc* gli effetti della sentenza riformata»²²¹.

Secondo quest'opinione, il ripristino della capacità in capo al soggetto che era stato interdetto o inabilitato potrebbe rilevare solo successivamente alla sentenza di riforma. Ne consegue che gli atti compiuti dall'interdetto o inabilitato, tra la pubblicazione della

²¹⁶ MONACI, S., *Gli effetti interinali della pronuncia di interdizione e di inabilitazione Parte I*, in ID., *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano 1972, p. 1177

²¹⁷ Cass., 24 Luglio 1954, n. 2665.

²¹⁸ STELLA RICHTER, G., in REPERTO, C., SARI, V., *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cura di FINOCCHIARO, A., FINOCCHIARO, M., STELLA RICHTER, G., vol. I, tomo 2, Milano, 1994, *sub art.* 429, p. 1833; SACCARASI, P., in CENDON, P., *Commentario al codice civile, edizione*, Milano, 2009, *sub art.* 429, pp.1191-1192

²¹⁹ RAMPAZZI GONNET, G., *Procedimento di interdizione e inabilitazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Torino, 1996, p. 583 e ss. spec. p. 627.

²²⁰ BUTERA, A., *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli*, vol. I, Torino, 1939, p. 491; SORACE, S., *Interdizione (dir. proc. civ.)*, *op. cit.*, spec. p. 959.

²²¹ POGGESCHI, G., *Il processo di interdizione e inabilitazione*, Milano, 1958, n. 8, p. 28.

sentenza che dichiara l'interdizione o l'inabilitazione e la riforma o la cassazione della stessa sarebbero, senza dubbio alcuno, annullabili.

Chi sostiene la tesi appena esposta, argomentando da quanto disposto *ex art.* 421 c.c. in ordine alla decorrenza degli effetti della sentenza di interdizione e inabilitazione, afferma con determinazione che la stessa è munita di una efficacia immediata, a prescindere dal passaggio in giudicato. Da detta efficacia immediata si fa discendere, come anticipato, che «il ripristino della capacità (totale a parziale) potrà avvenire, semmai con effetto posteriore alla sentenza di riforma»²²².

La tesi appena esposta non può condividersi: affermare infatti che gli effetti della pronuncia di interdizione e inabilitazione si realizzano «a prescide(re) da eventuali successive impugnazioni»²²³, vuol dire negare la possibilità a chi è stato ingiustamente privato della capacità di agire di ribellarsi, o più precisamente, vuol dire negargli un rimedio che possa incidere sulle modificazioni che *medio tempore*, tra la sua interdizione o inabilitazione e la riforma della relativa sentenza, siano intervenute nella sua sfera giuridica.

In ultimo si menziona altro orientamento dottrinale²²⁴ che si presenta come posizione intermedia tra le due appena esposte²²⁵. Da un lato, infatti, si riconosce l'operatività retroattiva della sentenza emessa in sede di impugnazione, dall'altro, però tale effetto si ammette solo relativamente ad alcuni atti. È necessario tenere distinti gli atti posti in essere personalmente dall'incapace, da quelli posti in essere invece dagli organi di protezione. I primi sarebbero sensibili alla intervenuta sentenza di riforma o cassazione, i secondi invece rimarrebbero fermi, a prescindere da un eventuale riforma o cassazione della sentenza che li giustificò, al fine di tutelare il legittimo affidamento dei terzi che abbiano trattato con l'incapace, per mezzo del suo tutore o curatore. Si ritiene quindi che occorra «distinguere l'annullabilità degli atti personalmente compiuti dall'interdetto dopo la pubblicazione della sentenza di interdizione e gli altri effetti dell'apertura della tutela: questi rimangono anche se la sentenza, a seguito della quale si produssero, sia riformata con sentenza passata in giudicato; l'altra (l'annullabilità) può essere immediatamente fatta valere dal tutore, ma la riforma con sentenza passata in giudicato e la cassazione della pronuncia dichiarativa determinano l'infondatezza della relativa

²²² POGGESCHI, G., *Il processo*, *op. cit.*, n. 8, p. 28.

²²³ POGGESCHI, G., *Il processo*, *op. cit.*, n. 8, p. 27.

²²⁴ ANDRIOLI, V., *Commento op cit.*, vol. IV, *sub art.* 719, p. 382 e ss.

²²⁵ RAMPAZZI GONNET, G., *Procedimento di interdizione*, *op. cit.*, spec. p. 627.

domanda»²²⁶. È quindi possibile dedurre che i soli atti compiuti personalmente dall'incapace, sarebbero condizionati risolutivamente alla riforma o cassazione della sentenza che abbia dichiarato l'interdizione o l'inabilitazione²²⁷, e non anche quelli posti in essere dagli organi di protezione.

Si ritiene di dover condividere quest'ultima ricostruzione non solo poiché risulta essere la più ragionevole, ma in quanto sembra offrire garanzie di tutela più ampie. Da un lato si cura di garantire i terzi, che legittimamente fecero affidamento sul rappresentante, dall'altro si tutela il soggetto che invero risulta capace. Si afferma, infatti, la necessità che gli atti dell'organo provvisorio rimangano fermi a tutela dei suindicati terzi e, inoltre, che i soli atti posti in essere personalmente dal rappresentato siano sensibili alla intervenuta sentenza di riforma o cassazione, così da evitare che lo stesso veda annullarsi atti che sono invece assolutamente validi.

Nel mantenere fermi gli atti posti in essere dagli organi di protezione si riconosce preminente importanza alla tutela dei terzi. Tale disciplina, trasposta nel nostro problema, non sembra affatto priva di ragionevolezza. Se infatti si riflette con attenzione sul quel «qualunque altra parte in causa che vi abbia interesse», è agevole riscontrare che l'istante *ex art. 79 c.p.c.*, nei confronti del soggetto che vede nominarsi il curatore speciale, si configura come terzo; sarebbe contraddittorio concedere la possibilità al terzo di richiedere la nomina del curatore speciale e poi non garantirgli che gli atti posti in essere da quest'ultimo saranno validi.

La questione relativa alla nomina di un curatore speciale all'incapace naturale è stata portata anche all'attenzione della Corte costituzionale. Il giudice *a quo* dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 78 c.p.c., in riferimento agli articoli 3, comma primo, e 24, comma secondo, della Costituzione, «nella parte in cui, secondo il “diritto vivente”, non prevede la nomina di un curatore speciale anche per l'incapace naturale»²²⁸.

Il giudice delle leggi pone alla base della sua decisione precedenti pronunce che avevano ad oggetto questioni relative alla capacità processuale dell'incapace naturale²²⁹. La Corte conclude per la manifesta infondatezza della questione, sia ribadendo la consolidatissima opinione secondo la quale sussiste in capo all'incapace naturale la

²²⁶ ANDRIOLI, V., *Commento, op. cit., sub art. 719*, pp. 382- 383.

²²⁷ MONACI, S., *Gli effetti interinali, op. cit.*, p. 1177 e ss. spec. p. 1182; SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, tomo I, Milano, 1968, *sub* 718, p. 348; SORACE, S., *Interdizione (dir. proc. civ.)*, *op. cit.*, spec. p. 961.

²²⁸ Corte cost. ord. 3 Maggio 2006, n. 198.

²²⁹ Corte cost., sent. 468 del 1992; Corte cost., ord. 18 Maggio 1995, n. 206.

capacità processuale, sia affermando che la nomina di un curatore speciale è riservata esclusivamente a quei soggetti che siano stati privati giudizialmente della capacità d'agire, ai quei soggetti, quindi, legalmente incapaci e non naturalmente incapaci.

Oltre a questo la Consulta ribadisce, sempre facendo riferimento a suoi precedenti, l'esistenza di ulteriori rimedi previsti dall'ordinamento posti a tutela dell'incapace naturale, diversi dalla nomina di un curatore speciale *ex art. 78 c.p.c.* La Corte, dopo aver ribadito la sua posizione in ordine alla questione relativa alla capacità processuale dell'incapace naturale e alle conseguenze che la sussistenza della stessa pone in ordine all'inapplicabilità dell'art. 78 c.p.c., aggiunge un ulteriore elemento e su questo, di fatto, finisce per fondare la sua decisione: l'introduzione dell'amministrazione di sostegno, argomenta la Corte, nuovo strumento a tutela degli incapaci, istituito con la L. 9 Gennaio 2004, n. 6., porrebbe fine alle preoccupazioni relative alla tutela degli incapaci naturali.

L'art. 1 della L. 6/2004 afferma: «La presente legge ha la finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente». Già dalla disposizione di apertura, si è in grado di comprendere quanto un istituto come l'amministrazione di sostegno possa essere idoneo alla tutela degli incapaci naturali. La Corte costituzionale, quando afferma che l'amministrazione di sostegno è tra gli strumenti che più garantiscono la tutela di questi soggetti, afferma il vero: la stessa, infatti, in primo luogo, conserva il più possibile la capacità d'agire in capo al beneficiario²³⁰; in secondo luogo risponde ad esigenze di flessibilità, che in un campo così delicato e complesso è doveroso soddisfare. Per soddisfazione di esigenze di flessibilità, si vuole intendere la notevole duttilità con la quale il nuovo istituto si adatta alle situazioni che possono presentarsi: si faccia riferimento a quelle ipotesi *border-line* che ancora non configurano uno stato di malattia mentale tale da rendere necessario il ricorso al tradizionale rimedio dell'interdizione, ma che al contempo meritano di essere prese in considerazione. Ci si riferisce alle diversissime forme di disabilità intellettiva, come insufficienza mentale, celebrosione, autismo, morbo di Alzheimer, sindrome di Down²³¹.

²³⁰ CALÒ, E., *L'amministrazione, op. cit.*, p. 122.

²³¹ BONILINI, G., CHIZZINI, A., *L'amministrazione, op. cit.*, p. 51.

In quest'ottica ben potrebbe anche un anziano che versi in stato di infermità grave accedere al nuovo istituto²³². Sicuramente quindi si è in presenza di uno strumento molto utile. Il problema però è da osservarsi in un'altra ottica. È necessario porsi dal punto di vista della parte capace che si trovi a dover instaurare un giudizio contro o comunque nei confronti di un soggetto palesemente incapace di intendere e volere, ma non interdetto né inabilitato né munito di tutore o curatore provvisorio né beneficiario dell'amministrazione di sostegno. Come può questo soggetto essere posto nella condizione di poter far causa? Si pensi ad un soggetto in stato di coma profondo o ad un anziano affetto da grave infermità tale da renderlo completamente inetto, nei confronti dei quali si vantino dei diritti. Forse è questa la lacuna della L. 6/2004: tiene sì in considerazione i soggetti che godono della tutela da essa offerta, ma perde di vista chi, perfettamente capace, ben potrebbe aver bisogno di interagire con loro a prescindere dalla loro volontà. Perde di vista i loro eventuali contraddittori in un processo. In altri termini, come può quel soggetto capace, far valere i suoi diritti nei confronti di chi non è in grado di intendere e volere? Non può proporre ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno, poiché non è legittimato a farlo. Non può proporre domanda di interdizione o inabilitazione poiché non è legittimato a farlo²³³.

Da ciò si evince che non è legittimato alla proposizione della domanda di interdizione o inabilitazione, ovvero al ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno, "chiunque vi abbia interesse" e, quindi, neanche quel soggetto capace che nei confronti dell'incapace naturale vanta dei diritti. Se nulla venisse in soccorso, ci si dovrebbe rassegnare a dover scegliere tra la tutela dell'incapace naturale e il diritto di azione del soggetto capace che nei confronti dell'incapace vuole instaurare un giudizio. In tutto questo, però, sembra poter far quadrare il cerchio una norma: l'art. 79 c.p.c. .

L'istanza di nomina del curatore speciale, infatti, può (questa sì!), provenire da qualunque parte vi abbia interesse. In conclusione, non sembra privo di fondamento il considerare, *de iure condendo*, la possibilità di prevedere la nomina di un curatore speciale anche per l'incapace naturale, magari sulla scorta di quella divergenza cui all'inizio si era fatto cenno e che, se considerata con la giusta attenzione, o meglio se

²³² MALAVASI, B., *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *Notariato*, 2004, p. 320.

²³³ Legittimati alla richiesta di interdizione o di inabilitazione e, visto il richiamo dell'art. 406 c.c. agli art. 417 c.c., legittimati a proporre il ricorso per l'istituzione dell'amministrazione di sostegno sono infatti: i soggetti che devono essere interdetti o inabilitati, il beneficiario della misura, il coniuge, la persona stabilmente convivente, i parenti entro il quarto grado, gli affini entro il secondo grado, il tutore, il curatore e il Pubblico ministero.

con la giusta attenzione vengono considerate le conseguenze che derivano dal ritenere l'urgenza prevista *ex art. 78 c.p.c.*, 1° comma, come requisito autonomo e sufficiente, ben potrebbe realizzare una tutela dell'incapace naturale e di chi con lui (o anche contro di lui) si trova parte in un processo. Una tutela che non rischi più di essere definita insufficiente o non all'altezza dei principi costituzionali.

II. INCAPACITÀ NATURALE E DECADENZA INCOLPEVOLE

SOMMARIO: II.1. Nozione di decadenza processuale. - II.2. “Causa non imputabile” e “giustificato motivo” quali giustificazioni dell’inerzia processuale della parte. - II.3. Le singole ipotesi di inerzia processuale non imputabile. In particolare: mancata costituzione. - II.3.1. Mancata comparizione ad udienza cui è necessaria la comparizione della parte. In particolare: interrogatorio libero e tentativo di conciliazione *ex art. 185 c.p.c.* - II.3.2. Interrogatorio formale. - II.3.3. Giuramento decisorio. - II.3.4. Interrogatorio libero *ex art. 420 c.p.c.* - II.3.5. Udienze del processo di cognizione e del processo di esecuzione. - II.4. Mancato compimento di un atto da compiere a pena di decadenza. In particolare: riassunzione del processo. - II.4.1. Disconoscimento della scrittura privata. - II.4.2. Richiesta della sentenza *ex art. 186 quater* da parte dell’intimato. - II.4.3. Impugnazione. - II.4.4. Opposizione al decreto ingiuntivo e opposizione alla convalida di sfratto. - II.4.5. Segue: Costituzione del contumace a seguito della notificazione dell’ordinanza ingiuntiva II.4.6. Opposizione all’esecuzione. - II.4.7. Opposizione agli atti esecutivi.

II.1. Nozione di decadenza processuale

L’istituto della decadenza, oltre a caratterizzare ed informare il processo civile, trova rilevanti applicazioni anche nell’ambito del diritto sostanziale¹. Mentre il codice di procedura civile non dà alcuna nozione di decadenza, il diritto materiale, dal canto suo, offre, seppur indirettamente, indicazioni molto più precise grazie alle quali è possibile evincere una definizione dell’istituto in parola². La sistemazione offerta dal diritto sostanziale, però, rischia di non essere utilizzabile in quanto troppo diversi risultano essere gli ambiti oggettivi di applicazione: da un lato, i rapporti sul piano sostanziale e, dall’altro, il processo; da un lato, quindi, l’esistenza di una situazione sostanziale e, dall’altro, la sua azionabilità in giudizio³.

¹ SABATINI, G., *Decadenza (diritto processuale)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Torino 1960, p. 240.

² VITALE, A., LAZZARA, M. M., *Decadenza*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, Roma 1990, 2; SABATINI, G., *Decadenza (diritto processuale)*, *op. cit.*, p. 240; Le disposizioni del codice civile che contribuiscono alla precisazione dell’istituto cui ci si sta riferendo sono l’art. 2966 e 2964 c.c. Ora, mentre l’art. 2966 statuisce in ordine alle cause che impediscono la decadenza, affermando che queste possono concretarsi solo nel «compimento dell’atto previsto dalla legge o dal contratto», l’art. 2964 dal canto suo, fa riferimento ad un diritto che deve esercitarsi entro un dato termine sotto pena di decadenza. Dal sistema che queste due disposizioni delineano è possibile affermare che, secondo il Codice Civile, la decadenza presuppone un diritto da esercitarsi entro un dato termine e che la decadenza è impedita solo (ed esclusivamente) dal compimento dell’atto previsto *ex lege* o *ex contractu*.

³ VITALE, A., LAZZARA, M. M., *Decadenza*, *op. cit.*, p. 2.

Nel campo proprio del diritto processuale, come noto, la condotta e il contegno delle parti assumono una rilevanza determinante. Dando rilievo a detto comportamento, la decadenza viene inquadrata tra le sanzioni processuali⁴: quelle sanzioni, cioè, che conseguono all'inosservanza delle norme che regolano lo svolgersi delle singole attività processuali⁵.

La decadenza, che in concreto consiste nella perdita del potere di compiere un determinato atto processuale, si configura come quella sanzione processuale collegata ad un determinato contegno della parte. La legge processuale sanziona la parte quando questa, chiamata a tenere una condotta attiva, e quindi chiamata a compiere un determinato atto entro un certo limite di tempo, omette di compierlo. In ordine a questo si è affermato che «la decadenza è quel fenomeno giuridico, per cui, con il decorso di un dato termine e senza che vengano compiuti dati atti, diviene impossibile la produzione di un dato effetto giuridico»⁶.

Si è fatto ora cenno ai termini processuali la cui disciplina e il cui funzionamento sono in strettissima connessione con l'istituto che qui si sta analizzando⁷.

Per termine processuale si intende «il periodo di tempo entro il quale un determinato atto del processo deve essere compiuto»⁸. Il legislatore ispirandosi a criteri di opportunità e ragionevolezza, ha deciso, al fine di assicurare l'ordinato e regolare svolgimento del processo, di dare rilievo al decorso di quel determinato lasso di tempo che qui si sta chiamando termine processuale⁹.

Il compimento degli atti del processo è scandito dal tempo¹⁰ e questo è assolutamente necessario in quanto necessario è informare a criteri di stabilità e certezza¹¹ lo svolgimento delle attività e la composizione delle controversie, così da rendere il processo stesso sempre più idoneo all'assolvimento della sua funzione¹².

I termini processuali sono suscettibili di una classificazione: distinguendo in relazione alla loro fonte, si hanno i termini legali e giudiziari (art. 152 c.p.c.) a seconda

⁴ SABATINI, G., *Decadenza (diritto processuale)*, op. cit., spec. p. 241.

⁵ RANIERI, S., *Manuale di diritto processuale penale*, III ed., Padova, 1956, p. 304.

⁶ GIUSIANA, E., *Decadenza e prescrizione*, Torino, 1943, p. 33.

⁷ SABATINI, G., *Decadenza (diritto processuale)*, op. cit., p. 240.

⁸ SATTA, S. - PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XII ed. a cura di PUNZI, C., Padova, 1996, p. 284.

⁹ MANDRIOLI, C., *Diritto*, op. cit., p. 480; LUGO, A., *Manuale di diritto processuale civile*, XVIII ed. a cura di DE ANGELIS, C., Milano, 2012, p. 149.

¹⁰ RICCI, G.F., *Diritto processuale civile*, II ed., vol. I, Torino, 2008, p. 257.

¹¹ SABATINI, G., *Decadenza (diritto processuale)*, op. cit., spec. p. 242; BALENA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile, I principi*, II ed., vol. I, Bari, 2012, p. 245; TOMMASEO, F., *Lezioni*, op. cit., p. 318; secondo il quale la legge garantisce (e deve garantire) alle parti un adeguato *spatium temporis* per il compimento degli atti strumentali all'esercizio del diritto alla difesa.

¹² LA CHINA, S., *Manuale*, op. cit., p. 312.

che gli stessi siano previsti dalla legge o posti dal giudice. Quanto alla loro natura, è possibile distinguere tra termini acceleratori (*terminus intra quem*), i termini entro i quali è necessario compiere l'atto, e termini dilatori (*terminus post quem; ne ante quem*), periodi di tempo prima del cui decorso è impedito il compimento dell'atto¹³.

All'interno della categoria dei termini acceleratori, è possibile un'ulteriore distinzione¹⁴: si hanno infatti i termini perentori, il cui inutile decorso comporta decadenza, e i termini ordinatori, suscettibili di proroga¹⁵. In ordine alle conseguenze che comporta la violazione dei termini perentori e ordinatori, la dottrina è divisa.

Alcuni, infatti, definendo come espressione sinonime “termine perentorio” e “termini posti a pena di decadenza”¹⁶, affermano che l'unica violazione che risulterebbe idonea a produrre decadenza sarebbe la violazione del termine perentorio, a nulla rilevando l'inutile decorso del termine ordinario¹⁷. Altra parte della dottrina, con la quale sembra opportuno concordare, afferma invece che l'unica differenza che intercorre tra termini ordinatori e perentori risiede nella possibilità di proroga: per i primi prevista e disciplinata *ex art. 154 c.p.c.*, per i secondi, *ex art. 153 c.p.c.*, espressamente preclusa.

Da ciò si evince che la violazione del termine ordinario, tanto quanto la violazione del termine perentorio, comporta la decadenza dal potere di compiere l'atto intempestivo¹⁸. Sembra coerente ritenere che quando il legislatore fissi un termine perentorio o a pena di decadenza questo significhi, non tanto che quando il termine non sia qualificato perentorio o di decadenza allora la parte onerata possa liberamente compiere l'atto senza vincolo alcuno, quanto in realtà che il termine qualificato in tal

¹³ REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, IV ed. a cura di VELLANI, M., vol. I, Milano, 1995, p. 249; BALENA, G., *Istituzioni*, *op. cit.*, p. 245; LA CHINA, S., *Manuale*, *op. cit.*, pp. 312 – 313; ARIETA, G., DE SANTIS, F., MONTESANO, L., *Corso base di diritto processuale civile*, IV ed a cura di ARIETA, G., DE SANTIS, F., Padova, 2010, p. 263; TOMMASEO, F., *Lezioni*, *op. cit.*, p. 315.

¹⁴ LA CHINA, S., *Manuale*, *op. cit.*, p. 313.

¹⁵ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. I, p. 43.

¹⁶ LA CHINA, S., *Manuale*, *op. cit.*, p. 314.

¹⁷ SABATINI, G., *Decadenza (diritto processuale)*, *op. cit.*, p. 240; CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1938, p. 428; LA CHINA, S., *Manuale*, *op. cit.*, p. 313; RICCI, G.F., *Diritto*, *op. cit.*, p. 257; ARIETA, G., DE SANTIS, F., MONTESANO, L., *Corso base di diritto processuale civile*, IV ed a cura di ARIETA, G., DE SANTIS, F., Padova, 2010, p. 265; LUGO, A., *Manuale*, *op. cit.*, p. 150; MICHELI, G.A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, p. 279 e ss.; LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, V ed. a cura di RICCI, E. e RUOSI, W., Milano, 1992, p. 211 e ss.; PICARDI, N., MARTINO, R., *Termini*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994, p. 6; TOMMASEO, F., *Lezioni*, *op. cit.*, p. 318; il quale sottolinea, in caso di inosservanza e violazione di un termine ordinario, l'eventuale responsabilità civile e disciplinare del giudice che ha ritardato senza giustificato motivo, un atto del suo ufficio.

¹⁸ ZANZUCCHI, M. T., VOCINO, C., *Diritto processuale civile*, V ed., vol. I, Milano, 1964, p. 436; ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 447 e ss.; Cass., 14 gennaio 1986, n. 166; DE SANTIS, F., *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1996, p. 35.

senso non sia modificabile dal giudice e che la sua scadenza implichi automaticamente la decadenza. Da ciò può desumersi che: «l'effetto di decadenza proprio di ogni termine processuale si produce anche nei confronti dei termini c.d. ordinatori e purché l'ordinamento e non preveda una specifica diversa conseguenza»¹⁹.

A rendere visibile che l'unica differenza intercorrente tra i due termini è, come detto, la prorogabilità concessa o preclusa, contribuisce la lettera degli artt. 153 e 154 c.p.c.. Ai sensi dell'art. 153, infatti, «i termini perentori non possono essere abbreviati o prorogati, nemmeno sull'accordo delle parti», mentre *ex art.* 154 «il giudice, prima della scadenza, può abbreviare, o prorogare anche d'ufficio, il termine che non sia stabilito a pena di decadenza»; fermo restando che detta proroga può essere concessa una sola volta, salvo che non intervengano «motivi particolarmente gravi»²⁰.

A favore di questo orientamento va considerato un ulteriore aspetto: il legislatore pone regole rigide e precise in ordine alla possibilità di proroga del termine ordinatorio, lo stesso infatti è suscettibile di proroga una sola volta, con una durata limitata, che non può essere «superiore al termine originario» e oltre a questo una seconda proroga non è consentita, salvo la sussistenza di motivi particolarmente gravi, la cui valutazione è rimessa al giudice ed ad un suo provvedimento motivato, che può, s'intenda, anche essere di diniego. Detto questo, appare fortemente contraddittorio affermare che dopo la scadenza del termine la parte negligente possa comunque e senza conseguenza alcuna compiere l'atto come se il termine non fosse scaduto. Ancora, la contraddizione risulta evidente: «prima della scadenza la norma prevede che l'atto processuale soggetto alla limitazione temporale non possa essere compiuto oltre il termine ultimo se non con un esplicito provvedimento del giudice, mentre dopo la scadenza l'atto potrebbe liberamente e validamente compiersi!»²¹.

Nel sostenere la tesi opposta c'è chi definisce il termine ordinatorio come un termine «innocuo»²², visto che la sua violazione non comporterebbe conseguenze, ne tantomeno decadenza. Secondo alcuni, infatti, il rispetto dei termini ordinatori sarebbe garantito dalla buona volontà dei soggetti che partecipano al processo e dalla loro condotta diligente²³; l'opinione peraltro non è convincente, in quanto l'inesistenza di sanzioni

¹⁹ BALBI, C. E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, p. 45.

²⁰ BALENA, G., *Istituzioni*, *op. cit.*, p. 246.

²¹ BALBI, C. E., *La decadenza*, *op. cit.*, 1983, p. 45.

²² BALENA, G., *Istituzioni*, *op. cit.*, p. 246; *ex multis* Cass., 8 luglio 2005, n. 14371; Cass., 8 febbraio 2000, n. 1364; Cass., 21 dicembre 2010, n. 25891.

²³ LA CHINA, S., *Manuale*, *op. cit.*, p. 313.

che conseguono all'inosservanza di norme processuali rende il termine non innocuo, ma del tutto inutile²⁴.

La decadenza è quindi causata dalla decorrenza di un termine acceleratorio, *rectius* dall'inutile decorrenza di un termine acceleratorio, sia esso perentorio sia esso ordinatorio e di conseguenza la scadenza del termine ordinatorio senza la presentazione di un'istanza di proroga, «determinando gli stessi effetti preclusivi dei termini perentori»²⁵, impedisce la concessione di un nuovo termine²⁶.

Oltre al rapporto tra termini processuali e decadenza di cui fin qui si è detto, ulteriore aspetto foriero di discussioni risulta essere quello relativo al rapporto intercorrente tra l'istituto della decadenza e quello della preclusione.

L'ordinamento giuridico, al fine di assicurare l'esistenza di un processo sempre più preciso che sempre più renda possibile il definitivo accertamento dei diritti e la garanzia di rapidità, non si limita a disciplinare le singole attività processuali in relazione alla loro forma e contenuto, ma dedica strumenti atti alla regolazione della successione temporale delle suddette attività; di qui nasce un ordine legale tra le attività processuali²⁷.

Per quanto attiene alla distinzione tra decadenza e preclusione parte della dottrina inquadra il primo fenomeno all'interno del secondo, il quale viene definito come «la perdita, o estinzione o consumazione di un facoltà processuale» derivante

²⁴ Secondo il CARNELUTTI (*Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1986, p. 391) infatti, al fine di ottenere un processo rapido e capace di rendere giustizia, incisivamente dichiara: «a questo fine occorre non che la parte agisca, ma che agisca presto. La lite è una malattia sociale che il processo deve guarire. Quanto meno la malattia dura, tanto la società se ne avvantaggia. D'altro canto il processo ha un corso rilevante, il quale cresce in ragione del suo durare: che il processo sia rapido giova dunque per da questo lato. **Ora poiché motore del processo è la parte, la prima misura da prendere per accelerare il corso del processo, è quello di stimolare in questo senso la parte.** Lo stimolo si ottiene ponendo a rischio della parte le conseguenze della azione tardiva questo fine servono i termini diretti a contrarre la durata del processo».

²⁵ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 44.

²⁶ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 44; Cass., 19 gennaio 2005, n. 2064, nonché nella motivazione, Cass., Sez. Un., 30 luglio 2008, n. 20604.

Cass., 6 maggio 2003, n. 6895; secondo la quale «ai sensi dell'art. 154 cod. proc. civ. i termini ordinatori possono essere prorogati dal giudice che lo ha emessi solo a condizione che essi non siano ancora scaduti e che la proroga non superi la durata del termine originario, mentre, una eventuale ulteriore proroga sia per l'effetto preclusivo determinato dallo spirare del termine, sia per il contemporaneo verificarsi della decadenza dal diritto di compiere l'attività che ne consegue è subordinata, in conformità a quanto disposto dall'art. 12, primo comma, disp. prel. cod. civ., a che ricorrano motivi particolarmente gravi adeguatamente evidenziati nel provvedimento con il quale venga concessa: diversamente non solo si violerebbero i richiamati principi, ma contrariamente alla volontà del legislatore, si lascerebbe la parte interessata arbitra di decidere del corso temporale del procedimento e, una volta posto in essere l'atto richiesto per l'impedimento di una decadenza, libera di procrastinare il tempo stabilito dalla legge per il determinarsi della immutabilità della situazione regolata».

²⁷ CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., riveduta ed emendata, vol. II, sez. I, Napoli, 1936, pp. 478 – 479.

dall'inosservanza di un termine perentorio ovvero di quell'ordine legale delle attività processuali cui prima si è fatto cenno; oltre a questo come causa di preclusione viene indicata l'esistenza di un'attività incompatibile con l'esercizio della facoltà in questione ed infine la preclusione potrebbe essere causata dalla consumazione propriamente detta, cioè dall'aver già in precedenza esercitato validamente la facoltà che ora risulta essere invece preclusa²⁸.

Altri, cogliendo l'essenza del fenomeno della preclusione, pongono l'accento sul carattere di incompatibilità di un comportamento processuale con un precedente comportamento. La preclusione non è la perdita di un diritto per decorso del termine o nullità dell'atto per violazione di forma; essa è bensì l'impossibilità di un esercizio successivo, la conseguenza di un'attività o inattività della parte dalla legge ritenute incompatibili con l'esercizio di quel diritto; un'attività o inattività «contrastante con la ragione giuridica dell'esercizio del potere processuale»²⁹.

È vero che sia la decadenza che la preclusione hanno in comune la negatività dell'effetto (*id est* l'impossibilità di compiere l'atto), ma d'altro canto va osservato che la decadenza è sempre riconducibile ad un'inattività della parte che colpevolmente ed inutilmente lascia decorrere il termine assegnatole per il compimento di determinate attività processuali, mentre la preclusione può essere ricondotta sia ad un'attività della parte che ad una sua omissione, purché tale contegno risulti essere incompatibile con l'esercizio del diritto³⁰.

Il vero problema, in realtà, è che la legge non chiarisce quale sia il regime della preclusione; il codice nomina pressoché esclusivamente la decadenza e a volte afferma solamente che un atto “deve” essere compiuto entro un dato termine senza menzionare né la decadenza, né la preclusione, né tantomeno le conseguenze che deriverebbero dal mancato compimento. Al riguardo è possibile discernere due approcci al fine di dare forma al suddetto regime: un approccio unitario e un approccio differenziato³¹.

Rispettivamente, per quanto riguarda il primo, si tratta di considerare alla medesima stregua tutti i casi di decadenza e preclusione. Da questo consegue che tutte le attività processuali sarebbero poste a pena di preclusione, anche quando le previsioni codicistiche tacciano a riguardo, e che la preclusione stessa, in quest'ottica, si definisca

²⁸ CHIOVENDA, G., *Istituzioni op. cit.*, , pp. 479 – 480.

²⁹ SABATINI, G., *Decadenza (diritto processuale)*, *op. cit.*, spec. p. 242.

³⁰ LEONE, G., *Lineamenti di diritto processuale penale*, IV ed. rielaborata sulla legge del 18 giugno 1955, Napoli, 1956, p. 267.

³¹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. I, p. 42.

come onere inadempito, identificandosi l'attività processuale, dal canto suo, come onere in capo alla parte. Ulteriore conseguenza di tale approccio è la considerazione delle norme relative alla preclusione come norme finalizzate alla soddisfazione di esigenze di ordine pubblico; in quanto tali, la loro violazione sarà rilevabile d'ufficio, insanabile, e le norme stesse insuscettibili di essere modificate neanche su accordo delle parti³².

Per quanto riguarda il secondo approccio, l'approccio differenziato, si tratta di considerare la *ratio* di ciascuna disposizione, così da inquadrare volta per volta gli interessi realmente tutelati in quanto, nell'ipotesi in cui la disposizione risultasse incidente solo sugli interessi delle parti, allora sarà ben possibile considerare la violazione della norma in questione non generatrice di preclusione alcuna³³, non rilevabile d'ufficio e sanabile anche su accordo di quelle stesse parti i cui interessi siano stati incisi. Tali due approcci, naturalmente, debbono essere rimeditati in conseguenza della generalizzazione dell'istituto della rimessione in termini avvenuta grazie alla legge del 18 giugno 2009, n. 69: infatti è ormai consolidata la «regola della necessaria imputabilità alla parte della decadenza»³⁴.

Va comunque sottolineato come l'istituto della preclusione, insieme a quello della decadenza, siano istituti fondamentali per garantire che lo svolgimento del processo avvenga in modo regolare ed ordinato; oltre a questo è necessario evidenziare che il sistema delle preclusioni nel nostro ordinamento processuale è un sistema di tipo «rigido», nel senso che tempi e forme sono stabilite esclusivamente dalla legge. Le modifiche della disciplina ad opera dell'accordo delle parti, ovvero ad opera del giudice non sono ammesse in quanto, come già detto, si tratta di normative poste a presidio di esigenze di ordine pubblico³⁵.

Facendo riferimento ancora alla disciplina della decadenza, si è anche riflettuto relativamente alla situazione patologica di compimento dell'atto tardivo. In altri termini,

³² GRASSO, E., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Rivista di diritto processuale*, 1993, p. 639 e ss. spec. p. 649.

³³ POLI, R., *Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte e pena di preclusione e decadenza*, in *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 447 e ss. spec. P. 459 BALENA, G., *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto processo civile*, 2006, p. 45 ss.

³⁴ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 43.

³⁵ MONTESANO, L., ARIETA, G., *Diritto*, op. cit., p. 334; Cass., 26 giugno 1990, n. 6466, in senso confermativo e specificamente in relazione alla preclusione stabilita dall'art. 38 c.p.c. per l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile. In ordine alla stessa è necessario, al fine soddisfare l'esigenza di ordine pubblico, «evitare che la competenza territoriale incontestantemente radicatasi in primo grado davanti ad un determinato giudice, possa essere messa in discussione nei successivi gradi e fasi di giudizio».

ci si è chiesti quale sia la sorte dell'atto tardivo, se lo stesso, una volta compiuto dopo l'inutile decorso del termine, sia o meno valido³⁶.

L'atto posto in essere dopo la scadenza del termine perentorio e dopo la scadenza del termine ordinatorio non prorogato, è nullo³⁷ poiché «privo del requisito temporale»³⁸. Il termine processuale infatti è requisito dell'atto, requisito finalizzato al suo inserimento razionale all'interno del procedimento³⁹ e, come tale, la sua inosservanza è causa di nullità dell'atto tardivo⁴⁰ e della sua conseguente non rinnovabilità⁴¹.

II.2. “Causa non imputabile” e “giustificato motivo” quali giustificazioni dell'inerzia processuale della parte.

Qualora venisse pronunciata una decadenza a carico della parte non colpevole, la realizzazione del giusto processo sarebbe fortemente compromessa⁴². La parte che decade per causa ad essa non imputabile, non può e non deve subire il pregiudizio

³⁶ SABATINI, G., *Decadenza (diritto processuale)*, op. cit., p. 240; Molte sono le posizioni a riguardo. Vi è chi sostiene con forza la validità dell'atto, nel caso in cui a decorrere inutilmente sia il termine ordinatorio, riconoscendo alla sola violazione del termine perentorio il prodursi della decadenza: cfr. PICARDI, N., in ALLORIO, E., *Commentario del codice di procedura civile*, vol. I, tomo II, Torino, 1973, sub artt. 152-155, p. 1546 e ss.; MICHELI, G.A., *Corso*, op. cit., p. 280 ss.; LIEBMAN, E.T., *Manuale*, op. cit., p. 211 e ss.; REDENTI, E., *Atti processuali civili*, op. cit., pp. 138 – 139; Cass., 22 febbraio 1988, n. 1835; Oltre a questo, c'è invece chi postula l'inammissibilità dell'atto tardivo: cfr. REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto*, op. cit., pp. 109 – 110; BALBI, C. E., *La decadenza* op. cit., p. 44 e ss., MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, VIII ed., vol. I, 1991, p. 352 e nota 6. Vi è, inoltre, chi afferma e sostiene l'inesistenza giuridica dell'atto stesso poiché inesistenti sarebbero «la facoltà o il potere di cui dovrebbe [l'atto] rappresentare la concreta estrinsecazione»: cfr. SABATINI, G., *Decadenza (diritto processuale)*, op. cit., spec. p. 243 il quale riflette circa l'ipotesi di atto tempestivo, ma viziato da nullità. In tal caso, argomenta l'Autore, deve tenersi conto solo ed esclusivamente del principio dell'efficacia dell'atto: per cui qualora lo stesso, nonostante la nullità, abbia raggiunto lo scopo cui era preordinato, deve ritenersi scongiurata la decadenza, in quanto il mutamento della situazione giuridica previsto *ex lege* si è comunque realizzato; cfr. nello stesso senso, POLI, R., *Sulla sanabilità*, op. cit., spec. p. 451.

Inoltre, per una critica alla nozione di inesistenza definita come nozione «intrinsecamente contraddittoria»: cfr. PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 78 e ss.

³⁷ ANDRIOLI, V., *Commento al codice di procedura civile*, III ed., vol. I, Napoli, 1957, p. 409; ZANZUCCHI, M. T., VOCINO, C., *Diritto processuale civile*, V ed., vol. I, Milano, 1964, 437; MORTARA, L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV ed. riveduta con appendici sulla legislazione a tutto il 1922, vol. II, Milano, 1923, p. 793.

³⁸ ANDRIOLI, V., *Commento*, op. cit., p. 409; DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 35; nello stesso senso ZANZUCCHI, M. T., VOCINO, C., *Diritto*, op. cit., p. 437; ANDRIOLI, V., *Diritto*, op. cit., p. 447 e ss.; Cass., 14 gennaio 1986, n. 166

³⁹ TOMMASEO, F., *Lezioni*, op. cit., p. 315.

⁴⁰ LA CHINA, S., *Manuale*, op. cit., p. 315; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 43; GROSSI, D., *Termine (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 234; ANDRIOLI, V., *Commento* op. cit., p. 407 e ss. spec. p. 410; PICARDI, N., *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, p. 209 e ss. spec. p. 231.

⁴¹ MICHELI, G.A., *Corso*, op. cit., p. 280; PICARDI, N., *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, p. 209 e ss. spec. p. 231.

⁴² PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 72.

derivante dalla decadenza stessa. Se la decadenza è una sanzione, e se non esiste sanzione senza colpa, allora dove non c'è colpa non deve esserci nemmeno sanzione.

Il riconoscimento generalizzato del principio della imputabilità della decadenza è garantito dall'attuale disciplina della rimessione in termini⁴³. Nel sistema processuale vigente, la perdita del potere di compiere un atto del processo dovuta a decadenza incolpevole, quando preclude in concreto l'esercizio del diritto di difesa, trova generalmente rimedio nella rimessione in termini⁴⁴.

L'istituto della rimessione in termini è mutato molto e molte volte a seguito delle riforme che nel tempo hanno interessato il processo civile.

Con la riforma del 1950⁴⁵, venivano abolite tutte le preclusioni istruttorie e «finché (il giudice) non a(vesse) rimesso la causa al collegio le parti...po(tevano) modificare le domande, eccezioni e conclusioni, precedentemente formulate, produrre nuovi documenti, chiedere nuovi mezzi di prova, proporre nuove eccezioni che non (fossero state) precluse da specifiche disposizioni di legge»⁴⁶.

La legge n. 353/1990, successivamente, è intervenuta in un duplice senso: da un lato, ha ricostruito il sistema di preclusioni posto nel nulla dalla Novella del 1950; dall'altro, specularmente, non ha negato la necessità di introdurre un correttivo al sistema stesso⁴⁷.

La rimessione in termini si configurava appunto come quel correttivo, come quella «valvola di salvezza»⁴⁸ in grado di evitare che la parte incolpevole subisse gli svantaggi derivanti dalla decadenza e dalle preclusioni. La rimessione in termini garantiva, in altre parole, che il *summum ius* non divenisse *summa iniuria*⁴⁹.

In tal senso l'art. 184 *bis* prevedeva che «la parte che dimostra di essere incorsa nelle decadenze previste dagli artt. 183 e 184 per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice istruttore di essere rimessa in termini».

Subito la dottrina si mostrò perplessa. Le decadenze prese in considerazione dal nuovo art. 184 *bis*, infatti, erano esclusivamente quelle previste dagli artt. 183 e 184,

⁴³ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 72.

⁴⁴ DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 183.

⁴⁵ L. 14 luglio 1950, n. 581.

⁴⁶ Art. 184 c.p.c. come modificato dall'art. 17, L. 14 luglio 1950, n. 581: (Nuove deduzioni e produzioni davanti all'istruttore) «Durante l'ulteriore corso del giudizio davanti al giudice istruttore, e finché questi non abbia rimesso la causa al collegio, le parti salvo applicazione, se del caso, delle disposizioni dell'art. 92 in ordine alle spese, possono modificare le domande, eccezioni e conclusioni precedentemente formulate, produrre nuovi documenti, chiedere nuovi mezzi di prova e proporre nuove eccezioni che non siano precluse da specifiche disposizioni di legge».

⁴⁷ GRASSELLI, G., MASONI, R., MARTINO, M., *Il nuovo processo civile*, Torino, 2010, p. 173.

⁴⁸ DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 142.

⁴⁹ GRASSELLI, G. - MASONI, R. - MARTINO, M., *Il nuovo processo civile*, op. cit., p. 173.

senza alcun riferimento ad altre attività processuali. Per evitare «gravissimi sospetti di illegittimità costituzionale»⁵⁰, alcuni proponevano una interpretazione estensiva della norma, affermando che la stessa *minus dixit quam voluit*⁵¹.

Le critiche furono accolte dal legislatore, che è intervenuto nuovamente sull'istituto della rimessione in termini. Con la L. 534/1995 si è disposta l'eliminazione del riferimento agli artt. 183 e 184 presente nell'art. 184 *bis*. Il risultato di tale intervento, fu l'ampliamento dell'ambito oggettivo della norma in parola. Dopo la legge del 1995, era sì possibile affermare che l'istituto della rimessione in termini integrasse un rimedio generale, riferibile tanto all'attore quanto al convenuto, ma allo stesso tempo era doveroso riconoscere che tale strumento rimaneva comunque circoscritto ai due gradi di giudizio di merito, con esclusione dei poteri di impugnazione e riassunzione della causa⁵².

La norma, così formulata, rendeva applicabile il rimedio della rimessione alle sole ipotesi di decadenze inerenti alla trattazione della causa in ciascun grado di giudizio⁵³, a nulla rilevando situazioni esterne allo svolgimento del giudizio⁵⁴.

Il completamento della generalizzazione dell'istituto della rimessione in termini, è stato il frutto della recente riforma. Con la L. 18 giugno 2009, n. 69, si è *in primis* abrogato l'art. 184 *bis*, e inoltre, si è intervenuti sull'art. 153, aggiungendovi un secondo comma a tenore del quale: «la parte che dimostra di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile può chiedere al giudice di essere rimessa in termini. Il giudice provvede a norma dell'art. 294, secondo e terzo comma».

Dal punto di vista sistematico, è agevole osservare come lo spostamento topografico della norma dal libro II del codice di rito, relativo al processo di cognizione, al libro I, rubricato «disposizioni generali», abbia realizzato la tanto auspicata generalizzazione dell'istituto⁵⁵.

⁵⁰ BALENA G., *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994, p. 214.

⁵¹ PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, p. 125.

⁵² BALBI, C. E., *La decadenza, op. cit.*, p. 317 e ss.; GRASSELLI, G., MASONI, R., MARTINO, M., *Il nuovo processo civile, op. cit.*, p. 173.

⁵³ È stata univocamente esclusa la rimessione in termini per la proposizione delle impugnazioni: Cass., 26 febbraio 2002, n. 2875; Cass., 25 novembre 2003, n. 17926; Cass., 8 aprile 2004, n. 6932; Cass., 7 febbraio 2008, n., 2946.

⁵⁴ *Ex multis*, Cass., 27 agosto 1999, n. 8999; Cass., 9 agosto 2002, n. 121332; Cass., 29 gennaio 2003, n. 1285; Cass., 19 luglio 2005, n. 15216; Cass., 24 marzo 2006, n. 5474; Cass., 19 dicembre 2008, n. 29779.

⁵⁵ BRIGUGLIO, A., *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima, riforma in materia di giustizia civile*, in *Giustizia civile*, 2009, 266; CONSOLO, C., *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69; altri profili significativi a prima lettura*, in *Il corriere giuridico*, 2009, p. 877 e ss. spec. p. 879; DEMARCHI, P. G., *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, p. 65.

Secondo la normativa attuale, il presupposto di applicazione della rimessione in termini risiede nella decadenza incolpevole della parte⁵⁶. Questa deve dimostrare che l'intervenuta decadenza sia stata causata da un accadimento ad essa non imputabile a titolo di colpa; in altri termini la parte, per accedere al rimedio *ex art. 153, 2° comma*, deve dimostrare «di essere incorsa in decadenze per causa ad essa non imputabile». Se il giudice «ritiene verosimili i fatti allegati, ammette, quando occorre, la prova dell'impedimento, e quindi provvede alla rimessione in termini»⁵⁷.

L'effetto del provvedimento del giudice, che è un'ordinanza, come tale revocabile e modificabile *ex art. 177, 2° comma, c.p.c.*, consiste nell'ammettere la parte, proprio in virtù dell'assenza di colpa, al compimento di quelle attività che le sarebbero altrimenti precluse⁵⁸.

Come detto in precedenza, la rimessione in termini rappresenta il rimedio contro la decadenza incolpevole della parte⁵⁹; ora, per verificare la sussistenza e la ricorrenza del presupposto che rende applicabile l'istituto in parola, non si può ovviamente prescindere dal chiedersi quale sia tale presupposto. Si è detto che il principio della imputabilità della decadenza è determinante in ordine alla realizzazione del giusto processo: se si ritiene che l'unico fatto che rileva e che produce decadenza è quello imputabile alla parte a titolo di colpa, allora, correlativamente, deve ammettersi che il fatto incolpevole, la «causa non imputabile», rileva dal canto suo come presupposto della rimessione in termini⁶⁰.

Il concetto di causa non imputabile è un concetto elastico e indeterminato, la cui precisazione è rimessa all'opera dell'interprete⁶¹. Tale indeterminatezza è alla base delle difficoltà che si riscontrano nell'accordare alla norma un significato concreto ed univoco⁶², che risulta essere assolutamente necessario vista la rilevante funzione che è affidata all'istituto della rimessione⁶³. La nozione di causa non imputabile è a volte⁶⁴

⁵⁶ GRASSELLI, G., MASONI, R., MARTINO, M., *Il nuovo processo civile, op. cit.*, p. 178.

⁵⁷ Cfr. art. 294 c.p.c.: l'istruttoria qui disciplinata è stata definita come «istruttoria incidentale» volta all'accertamento della non imputabilità della decadenza articolabile nell'ammissione di mezzi di prova orale o documentale e che si svolge in contraddittorio delle parti. (SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, tomo I, Milano, 1959, *sub art. 294*, p. 382).

⁵⁸ GIANNOZZI, G., *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963, p. 198.

⁵⁹ DE SANTIS, F., *La rimessione, op. cit.*, p. 142.

⁶⁰ CAPONI, R., *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996, p. 157

⁶¹ CAPONI, R., *La rimessione, op. cit.*, p. 158; DE SANTIS, F., *La rimessione in termini, op. cit.*, p. 144

⁶² DE SANTIS, F., *La rimessione in termini, op. cit.*, p. 143.

⁶³ BALBI, C. E., *Rimessione in termini (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1990, p. 7

⁶⁴ Cfr. artt. 219 c.p.c., 232 c.p.c., 239 c.p.c., 420 c.p.c.

normativamente ancorata alla dimostrazione di un giustificato motivo⁶⁵, in genere ricollegato ad eventi esterni o cause di forza maggiore⁶⁶. La dimostrazione dell'esistenza del giustificato motivo coincide con la prova dell'assenza di colpa⁶⁷. Si ritiene che la giustificazione possa essere data con qualunque mezzo e senza bisogno di un formale istruttoria⁶⁸. In tutti i casi naturalmente, l'apprezzamento della ricorrenza del giustificato motivo è rimesso alla valutazione insindacabile, se adeguatamente motivata⁶⁹, del giudice di merito.

La «causa non imputabile» viene intesa come «causa che non provenga da un comportamento colposo della parte»⁷⁰, e richiama situazioni riconducibili alla forza maggiore e al caso fortuito⁷¹, intendendo con queste locuzioni «eventi che hanno una portata oggettiva e generalizzata»⁷², «forze (naturali o umane), alle quali il presunto responsabile non avrebbe potuto resistere»⁷³. Il richiamo a tali scusanti è testimoniato dal fatto che «non esiste una classe di eventi ontologicamente riconducibili al concetto di caso fortuito [o forza maggiore], o una classe di eventi ontologicamente riconducibili al concetto causa non imputabile. La composizione di tali classi è una variabile dipendente dal criterio di imputazione»⁷⁴.

In ordine ai concetti di caso fortuito e forza maggiore, questi sono considerati dalla dottrina civilistica come equivalenti⁷⁵. Si ritiene che l'equivalenza in parola debba essere riscontrata anche nel diritto processuale dove però, a differenza di ciò che accade nel diritto civile, il verificarsi del fatto non imputabile non estingue il rapporto, ma rende possibile la modificazione della posizione delle parti nell'esercizio del diritto alla difesa⁷⁶. L'identificazione che qui si sta affermando, che è giustificata e sostenuta in

⁶⁵ DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., Torino, 1996, p. 357.

⁶⁶ DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 360.

⁶⁷ CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 442

⁶⁸ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, tomo I, Milano, 1959, p. 226

⁶⁹ *Ex multis* Cass., 7 luglio 1950, n. 1801; Cass., 11 maggio 1968, n. 1463, Cass., 18 ottobre 1968, n. 3353; Cass., 13 luglio 1979, n. 4761

⁷⁰ GIORGIANNI, M., *L'inadempimento: corso di diritto civile*, III ed., Milano, 1975, p. 241; tale definizione in ambito civilistico è riferita alla diligenza richiesta al debitore nell'adempimento dell'obbligazione.

⁷¹ GRASSELLI, G., MASONI, R., MARTINO, M., *Il nuovo processo civile*, op. cit., p. 178; DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 153; Corte di Appello di Firenze 8 febbraio 1950.

⁷² DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 153.

⁷³ CANDIAN, A., *Caso fortuito e forza maggiore (Diritto civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. II, Torino, 1958, p. 988 e ss. spec. p. 989; COTTINO, G., *Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960, p. 377 e ss. spec. p. 378.

⁷⁴ CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 158; DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 189.

⁷⁵ CANDIAN, A., *Caso fortuito*, op. cit., spec. p. 989; COTTINO, G., *Caso fortuito e forza maggiore op. cit.*, spec. p. 378.

⁷⁶ BALBI, C. E., *Rimessione in termini (dir. proc. civ)*, op. cit., p. 7.

base all'identità degli effetti che le situazioni caratterizzate da caso fortuito o forza maggiore vengono a creare, in realtà non è sempre stata pacifica. Si riscontrano in materia differenti posizioni che tentano di marcare una linea di separazione tra la nozione di caso fortuito e quella di forza maggiore⁷⁷.

Da un lato, c'è chi afferma l'esistenza di una distinzione di tipo quantitativo; dall'altro, alcuni, sostengono che la differenza tra i due concetti sarebbe attinente alla loro stessa natura⁷⁸. Ciò che rileva, ai fini di questa esposizione è che, mentre si è dubitato dell'identificazione tra queste due scusanti, non si è mai dubitato sull'identità degli effetti che le stesse comportano⁷⁹. In quest'ordine di idee è possibile enucleare alcuni esempi riconducibili alla nozione di «causa non imputabile»: un qualunque cataclisma che interrompe a lungo le comunicazioni; la morte del procuratore, prima della costituzione in giudizio al quale il convenuto aveva affidato la sua difesa; un gravissimo lutto familiare che lo abbia posto nella necessità di trasferirsi all'estero; lo smarrimento o la distruzione dell'atto di citazione detenuto dal convenuto, in seguito ad un incendio o ad un'alluvione o a qualcosa di simile, che gli abbia fatto perdere ogni riferimento utile a ricordare davanti a quale Tribunale pendesse la lite⁸⁰.

Una volta affermato che il presupposto della rimessione in termini risiede nella decadenza incolpevole della parte e che la stessa per potervi accedere deve dimostrare di essere decaduta dal potere di compiere l'attività processuale per «causa ad essa non imputabile», cioè per un impedimento di cui la stessa parte non ha colpa⁸¹, non superabile adottando un comportamento diligente⁸², risulta necessario offrire dei criteri che stabiliscano quali impedimenti, causando decadenza incolpevole, integrino il presupposto della rimessione in termini.

L'impedimento, il fatto che ha provocato la decadenza⁸³, per integrare il presupposto che giustifica la rimessione, deve essere insormontabile: la parte deve trovarsi nella situazione in cui, pur attivandosi con la diligenza cui la stessa è chiamata, risulta essere comunque sconfitta al cospetto dell'impedimento. Alla parte che agisce diligentemente

⁷⁷ BONNECASE, J., *Précis de droit civil*, 1934, vol. II, n. 354 e ss. il quale propone la sistematica delle opinioni in parola distinguendo sette diverse concezioni. Per la letteratura italiana, la sistemazione appena indicata può trovarsi sintetizzata in CANDIAN, A., *Caso fortuito*, *op. cit.*, , spec. pp. 988-989

⁷⁸ CANDIAN, A., *Caso fortuito*, *op. cit.*, spec. pp. 988-989.

⁷⁹ CANDIAN, A., *Caso fortuito*, *op. cit.*, spec. p. 989.

⁸⁰ GIANNOZZI, G., *La contumacia*, *op. cit.*, p. 225

⁸¹ CAPONI, R., *La causa non imputabile alla parte nella disciplina della rimessione in termini nel processo civile*, in *Foro Italiano*, I, 1998, c. 2658, spec. c. 2667.

⁸² CAPONI, R., *La rimessione*, *op. cit.*, p. 158; DE SANTIS, F., *La rimessione*, *op. cit.*, p. 196.

⁸³ CAPONI, R., *La rimessione*, *op. cit.*, p. 281; CAPONI, R., *Rimessione in termini nel processo civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, aggiornamento*, Torino, 2009, p. 466 e ss. spec. p. 471.

non può muoversi alcun rimprovero (né tantomeno applicarsi alcuna sanzione!); agisce diligentemente la parte che assume quella condotta che da lei è esigibile⁸⁴, tenendo presenti le sue capacità personali e la concreta situazione processuale, dovendosi in tal modo costruire un concetto di colpa individuale, ancorato alla parte stessa⁸⁵.

È stato affermato che «la regola della diligenza deve essere concretizzata in una serie di comportamenti esigibili in date condizioni di fatto»⁸⁶; in tal senso deve respingersi con determinazione un sistema monolitico che abbia la tendenza a stabilire preclusioni e decadenze, senza minimamente riflettere sulla reale e concreta possibilità per la parte di osservarle⁸⁷.

Ai fini della nostra indagine, è giunto il momento di chiedersi se l'incapacità naturale della parte possa o meno integrare il presupposto della rimessione in termini. La questione appare rilevante per due ordini di ragioni: in primo luogo, perché, come già dimostrato, non esiste nel processo civile un rimedio generale che sia atto alla tutela del soggetto che è incapace naturale e anche parte; in secondo luogo, perché la funzione di tutela del soggetto debole è attribuita esclusivamente al monopolio dell'incapacità legale e questa, ormai, non sembra più in grado di soddisfare integralmente tale esigenza di protezione⁸⁸.

Tenendo presenti i rilievi fin qui svolti, si deve ammettere che, se con la locuzione «causa non imputabile» ci si riferisce a situazioni caratterizzate dal caso fortuito e dalla forza maggiore, non superabili con la normale diligenza, la risposta positiva al quesito sopra posto, è indubbia⁸⁹. Si è detto, infatti, che è necessaria un'«opera di concretizzazione»⁹⁰ che tenga presente la reale possibilità che la parte ha di adottare la condotta che il processo le richiede. Orbene, l'incapace naturale, di fatto, non può

⁸⁴ CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 158; DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 206.

⁸⁵ CAPONI, R., *La rimessione* op. cit., p. 158; DE SANTIS, F., *La rimessione*, op. cit., p. 272.

⁸⁶ CAPONI, R., *La rimessione* op. cit., p. 158; DE SANTIS, F., *La rimessione*, op. cit., p. 272.

⁸⁷ DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 162.; Inoltre, relativamente all'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stato affermato (TROKER, N., *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, p. 251) che tale norma rappresenterebbe una sorta di specificazione dell'art. 24 della Costituzione italiana e esigerebbe da un lato che il processo non subisca inutili lungaggini, ma dall'altro che le parti siano poste in nella condizione di poter esercitare effettivamente le proprie difese. Inoltre, sempre lo stesso Autore, pone l'accento sul fatto che la «congruità» del termine non può essere considerata come categoria astratta, ma piuttosto deve essere determinata relativamente alle particolari caratteristiche ed esigenze delle fattispecie concrete, tendendo sempre davanti agli occhi volta per volta, l'interesse del soggetto, la configurazione della situazione sostanziale e le caratteristiche di un dato procedimento. (p. 253).

⁸⁸ CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 276 e p. 280.

⁸⁹ CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 281; CAPONI, R., *Rimessione* op. cit., spec. p. 471; CAPONI, R., *La causa*, op. cit., spec. c. 2667.

⁹⁰ CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 158; DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 273.

soddisfare tale richiesta. L'incapacità naturale della parte, infatti, non può essere superata dalla stessa mediante l'adozione di una condotta diligente⁹¹.

Si è osservato che la parte «può esercitare il potere [processuale] in quanto sia capace di ricondurre i fatti che cadono entro la sua esperienza a significati di ordine pratico o concettuale, e di autodeterminarsi nell'agire o nel rimanere inerte»⁹²: come affermare che un incapace naturale possa condurre una simile valutazione? Come non ammettere che, di fatto, gli è impedito qualsivoglia comportamento cosciente e voluto? Come sostenere che da tali soggetti sia possibile esigere una condotta diligente, quando in realtà non è neanche ipotizzabile che si possa da loro pretendere una condotta consapevole? Per l'esercizio del potere processuale è richiesta, da un lato, la capacità di saper ricondurre le proprie azioni a determinati significati e, dall'altro, che sia riscontrabile, in capo all'autore di tali azioni, la capacità di autodeterminarsi. Si richiede, in altri termini, che il soggetto che si appresta a compiere atti processuali sia cosciente di ciò che fa e voglia consapevolmente realizzare una data condotta.

L'incapacità naturale, però, consiste proprio nell'assenza di tutto ciò: il soggetto incapace naturale non è né cosciente di ciò che compie e né ha in sé alcuna consapevolezza e volontà, l'incapace naturale non è in grado né di intendere, né di volere.

Nel giudicare se un impedimento possa o meno integrare il presupposto della rimessione in termini, si deve porre l'attenzione sull'elemento materiale, sulla condotta concreta della parte, si deve tenere sempre in considerazione la situazione di fatto in cui la parte si trova⁹³: ebbene, l'incapacità naturale è quella situazione di fatto che impedisce alla parte di essere coscientemente presente nel processo.

⁹¹ In questo senso, d'altro canto, non potrà essere concessa la rimessione in termini per il mancato compimento dell'atto processuale causato da uno stato di incapacità dovuto al soggetto stesso, cioè, la rimessione in termini non sarà concessa se la parte si sia consapevolmente posta in uno stato di incapacità naturale al fine di non compiere l'attività processuale cui la stessa era chiamata. CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 281; in modo conforme BALBI, C. E., *Rimessione in termini (dir. proc. civ)*, op. cit., p. 5.

⁹² CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., Milano, 1996, p. 29.

⁹³ DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 162.

II.3. Le singole ipotesi di inerzia processuale non imputabile. In particolare: mancata costituzione.

Il comportamento attivo che la parte adotta nel processo è senza dubbio preordinato alla tutela del suo interesse. È indubbio, infatti, che la parte nel compiere atti processuali miri al conseguimento di una sentenza a sé favorevole⁹⁴ e non piuttosto a danneggiare se stessa. Lo stesso, però, non può affermarsi nel caso in cui la parte anziché attivarsi, rimanga inerte: «l'inattività possiede una intrinseca carica di ambiguità»⁹⁵.

L'inerzia della parte può avere molteplici spiegazioni: essa può essere il risultato di una consapevole rinuncia al compimento dell'atto processuale o l'esito della trascuratezza nell'esercizio dei propri poteri; può configurarsi come adempimento di un dovere generale e negativo imposto dall'ordinamento⁹⁶; può, ancora, essere causata dall'intervento di un fatto non imputabile che impedisce alla parte di attivarsi. La differenza tra le varie situazioni qui prospettate è evidente e radicale. Ciò che rileva è avere chiaro che l'inattività, tanto quanto l'attività delle parti, comporta delle conseguenze. Le parti sono il motore del processo⁹⁷, ed in quanto tali, sono stimolate dalle regole di questo ad attivarsi. L'attività di un soggetto può essere incentivata incidendo sui suoi interessi⁹⁸, riconducendo all'inattività processuale delle conseguenze negative e la conseguenza svantaggiosa il più delle volte prevista è la decadenza dal potere di compiere una certa attività.

L'esistenza di conseguenze derivanti dall'inerzia delle parti, il fatto stesso, cioè, che dal nulla che le parti pongono in essere non scaturisca un altro "nulla", ma consegua un "qualcosa", testimonia a favore del fatto che, sia che il potere processuale venga esercitato, sia che lo stesso rimanga esclusivamente nella disposizione della parte senza esercizio alcuno, il processo può proseguire e *procedere* verso un provvedimento finale⁹⁹. Di questo possono proporsi svariati esempi: alla mancata comparizione delle parti alla prima udienza, corrisponde il potere concesso dall'ordinamento al giudice di fissare un'udienza successiva; se le parti non compaiono nuovamente, il giudice può disporre la cancellazione della causa dal ruolo e questo può condurre all'estinzione (art.

⁹⁴ CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 49.

⁹⁵ GIAMPICCOLO, G., *Note sul comportamento concludente*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, p. 778 e ss. spec. p. 786.

⁹⁶ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 3.

⁹⁷ CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1986, p. 391.

⁹⁸ CAPONI, R., *La rimessione* op. cit., p. 19.

⁹⁹ CAPONI, R., *La rimessione* op. cit., p. 18.

307, comma 1°, c.p.c.); dall'omissione dell'atto di impugnazione può conseguire la formazione del giudicato¹⁰⁰.

Da tutto ciò si evince che l'inattività, tanto quanto l'attività delle parti, assume nel processo un'importanza non trascurabile, soprattutto se si tiene presente che il più delle volte all'inattività sono ancorate delle conseguenze svantaggiose a carico dell'inerte e conseguenze vantaggiose che invece fanno capo all'altra parte; si pensi alla mancata risposta all'interrogatorio formale, al mancato giuramento, o alla mancata esibizione di una prova; sono tutte condotte queste, che incidono direttamente sul merito del causa, e quindi sulla sfera delle parti, poiché forniscono al giudice il potere di valutarle, ai fini del proprio convincimento¹⁰¹.

Focalizzando l'attenzione sulla condizione di incapacità naturale, la stessa, impedendo l'autodeterminazione del soggetto, può di fatto provocarne la totale inerzia¹⁰². In conseguenza di ciò l'incapace naturale può incorrere incolpevolmente in decadenza. È proprio la possibilità del realizzarsi di un simile scenario che giustifica l'attenzione posta alle conseguenze che potrebbe subire un soggetto non in grado di intendere e di volere, qualora, proprio a causa del suo stato, incorra in decadenza. Per questo motivo si sono volute analizzare alcune condotte omissive qualificate e le conseguenze che le stesse comportano, al fine di dimostrare come le sanzioni previste dalle norme potrebbero risultare ingiuste qualora applicate all'incapace naturale.

Il primo atto (*rectius* mancato atto) sul quale vuole porsi l'attenzione è la costituzione in giudizio.

È necessario in primo luogo fornire la nozione di contumacia: questa si configura come quella «inattività unilaterale, governata dal principio dispositivo e consistente nel mancato esercizio del potere – onere di costituzione in giudizio, che non è mai valutabile alla stregua di un comportamento capace di divenire fonte del convincimento del giudice, e, a maggior ragione, attribuire a questo poteri inquisitori di alcun genere»¹⁰³.

La contumacia quindi si identifica come quella situazione risultante dalla mancata o irregolare costituzione in giudizio di una delle parti¹⁰⁴, nei confronti della quale la dichiarazione del giudice si pone non come pronuncia costituiva, ma solo come un

¹⁰⁰ FAZZALARI, E., *Istituzioni di diritto processuale*, VII ed., Padova, 1994, p.465; CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 21.

¹⁰¹ GIANNOZZI, G., *La contumacia*, op. cit., p. 117.

¹⁰² CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 280.

¹⁰³ GIANNOZZI, G., *La contumacia*, op. cit., p. 138.

¹⁰⁴ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, Torino, 2010, p. 158.

«mero suggello formale di una situazione di fatto»¹⁰⁵, come dimostrazione dell'avvenuta verifica da parte del giudice della regolare formazione del contraddittorio¹⁰⁶.

La contumacia pur non avendo carattere punitivo e sanzionatorio¹⁰⁷ comporta comunque degli svantaggi che derivano proprio dalla mancata partecipazione al processo¹⁰⁸.

In primo luogo, la parte contumace subirà il maturare delle varie preclusioni, le stesse che opereranno nei confronti della parte costituita, ove la stessa non eserciti tempestivamente i poteri processuali a lei concessi dall'ordinamento; in secondo luogo, la parte non costituita subirà il graduale formarsi delle condizioni e degli elementi della decisione¹⁰⁹.

Per scongiurare il realizzarsi di tali svantaggi o, comunque, per rimediare al loro venire in essere, il contumace ha solo una possibilità: «dimostrare che la sua mancata tempestiva costituzione in giudizio non fu volontaria e cioè che il contraddittorio non fu regolarmente costituito»¹¹⁰. Tale dimostrazione gli concede l'accesso al rimedio della rimessione in termini, grazie alla quale il contumace potrà essere riammesso dal giudice al compimento di quelle attività processuali che altrimenti gli sarebbero precluse¹¹¹.

L'art. 294 c.p.c. disciplina tre ipotesi in cui è possibile configurare il rimedio della rimessione in termini: la mancata conoscenza del processo per nullità della citazione; la mancata conoscenza del processo per nullità della notificazione e, in ultimo, l'impedimento a costituirsi dovuto a fatto non imputabile al contumace.

Facendo riferimento all'ultima ipotesi indicata, la causa impeditiva della costituzione dev'essere non imputabile al contumace e deve consistere in un fatto che abbia costantemente impedito alla parte di costituirsi in giudizio.

La «causa non imputabile» ex art. 294 c.p.c., in altri termini, deve configurarsi come quell'evento «la cui gravità secondo la valutazione dell'uomo medio, sia tale da impedire del tutto (materialmente) o in parte (**psichicamente**) [il compiersi del]

¹⁰⁵ GIANNOZZI, G., *La contumacia*, op. cit., p. 280.

¹⁰⁶ *Ex multis* Cass., 17 giugno 1958, n. 1950; Cass., 30 luglio 1950, n. 2232; Cass., 17 giugno 1953, n. 1805; Cass., 21 ottobre 1953, n. 3467; Cass., 21 ottobre 1954, n. 3958; Cass., 17 novembre 1954, n. 4246; Cass., 15 ottobre 1955, n. 3191.

¹⁰⁷ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, pp. 160 – 161.

¹⁰⁸ MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, XVIII ed., vol. II, Milano, 2006, p. 322; GIANNOZZI, G., *La contumacia*, op. cit., p. 280.

¹⁰⁹ GIANNOZZI, G., *La contumacia*, op. cit., p. 185.

¹¹⁰ GIANNOZZI, G., *La contumacia*, op. cit., p. 197- 198.

¹¹¹ GIANNOZZI, G., *La contumacia*, op. cit., p. 198.

l'attività necessaria»¹¹². Con tale descrizione sembra essere compatibile il caso in cui la parte sia colpita da una malattia grave che abbia alterato per qualche tempo le capacità mentali del contumace¹¹³, *id est* quando la parte sia colpita da incapacità naturale e per questo non si costituisca. Potrebbe ben accadere che il sofferente neanche si renda conto che nei suoi confronti si sia instaurato un giudizio¹¹⁴ e si ritrovi, incolpevolmente, ad essere parte contumace in un processo di cui magari neanche sospetta l'esistenza.

Il processo contumaciale, che è il particolare regime che viene applicato nel caso in cui una parte non si sia costituita in giudizio, ha in teoria una precisa *ratio*: quella di evitare il più possibile che la mancata costituzione pregiudichi chi non si è costituito. A tal fine sono preordinati alcuni strumenti che rendono in un certo senso la disciplina speciale che lo riguarda «a favore e non a sfavore del contumace, in quanto pone deroghe alle norme comuni in senso a lui favorevole»¹¹⁵.

Di questi noti strumenti può farsi menzione di alcuni: ad esempio al contumace saranno notificate le ordinanze che ammettono l'interrogatorio formale o il giuramento; le sentenze, di rito e di merito, definitive e non definitive, pronunciate nel corso del giudizio, al fine di garantire il suo diritto all'impugnazione¹¹⁶; le comparse contenenti domande nuove o riconvenzionali da chiunque proposte e, dopo una pronuncia della Corte costituzionale dichiarativa di illegittimità dell'art. 292 c.p.c., il verbale in cui si dà atto della produzione di una scrittura privata non indicata in atti notificati in precedenza¹¹⁷.

Oltre a questo è previsto che, qualora il contumace si costituisca¹¹⁸, egli potrà disconoscere le scritture private a lui attribuite, chiedere di essere rimesso in termini, compiere, naturalmente, tutte le attività non precluse e dalle quali non è decaduto al momento in cui si costituisce¹¹⁹.

Alla luce di questo però la situazione che coinvolge l'incapace naturale appare, se possibile, ancor più critica. L'incapace, infatti, non solo non ha l'opportunità di partecipare attivamente al processo, ma perde, anzi non può approfittare, dei "favori"

¹¹² GIANNOZZI, G., *La contumacia*, op. cit., p. 225.

¹¹³ GIANNOZZI, G., *La contumacia*, op. cit., p. 225

¹¹⁴ Corte cost. sent. 5 novembre 1992 n. 468.

¹¹⁵ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 161.

¹¹⁶ La notificazione alla parte della sentenza personalmente è infatti idonea a far decorrere il termine breve di impugnazione. Cfr. PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 165.

¹¹⁷ Corte cost. sent. 6 giugno 1989, n. 317

¹¹⁸ Il *dies ad quem* per la costituzione tardiva del contumace è l'udienza di precisazione delle conclusioni: cfr. art. 293, 1° comma, c.p.c.

¹¹⁹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 167.

che l'ordinamento prevede per il contumace. Infatti, come il soggetto incapace naturale è rimasto inerte una volta, quando ha ricevuto la notificazione dell'atto di citazione in giudizio, è probabile, quasi certo, che lo stesso, qualora sia ancora incapace naturalmente, rimarrà inerte anche di fronte agli altri atti che gli vengano notificati o comunicati *ex art. 292 c.p.c.*. Oltre a questo, sono necessari alcuni rilievi circa la seconda categoria di opportunità che l'ordinamento offre al contumace, specificamente quelle previste posteriormente alla sua costituzione tardiva. In primo luogo, l'incapace naturale potrebbe non costituirsi mai, subendo così un processo e un provvedimento finale, senza aver avuto la possibilità di fare nulla; ed in secondo luogo, qualora si costituisse, sarebbe parte incosciente ed inconsapevole alla quale di certo non può riconoscersi applicato il principio del giusto processo. Ai sensi del 1° comma e 2° comma dell'art. 111 Cost. infatti «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizione di parità [...]».

Ora, può dirsi rispettato tale principio? Sorge qualche dubbio. Preliminarmente, si sottolinea che con la locuzione «giusto processo» vuole intendersi il concetto ideale di giustizia collegato ai diritti inviolabili dei soggetti coinvolti nel processo, che lo Stato in base all'art. 2 Cost., si impegna a riconoscere¹²⁰. In secondo luogo, il 2° comma dell'art. 111 Cost. postula, oltre al principio della terzietà ed imparzialità del giudice, quello del contraddittorio e della parità delle parti, la cui affermazione impone da un lato la necessità di rimediare alle ipotesi in cui la decadenza sia dovuta ad un impedimento non imputabile¹²¹ e garantisce, dall'altro, che i soggetti destinatari degli effetti di un provvedimento giurisdizionale siano messi in condizione di difendersi nel processo **prima** che il provvedimento stesso venga emanato¹²². Efficacemente è stato affermato che il difendersi o meno nel processo è scelta rimessa alla discrezionalità delle parti, le quali sono padrone nel decidere quale contegno processuale adottare; le stesse infatti possono liberamente decidere se costituirsi oppure rimanere contumaci, se comparire in causa e difendersi, ovvero se rimanere assenti. Il giudice però non dispone in questo senso di discrezionalità alcuna: lo stesso non può pronunciare la sua sentenza senza

¹²⁰ VIGORITI, V., *Due process of law*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. VII, 1991, p. 228 e ss. spec. p. 229; CHIAVARIO, M., *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, in *Legislazione penale*, 1998, p. 925 e ss. spec. p. 947; SPANGHER, G., *Il «giusto processo» penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 255 e ss. spec. p. 256.

¹²¹ CAPONI, R., *La causa*, *op. cit.*, spec. c. 2667; CAPONI, R., *La rimessione*, *op. cit.*, p. 128 e ss. e 195 e ss.; DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, *op. cit.*, p. 142 e ss.; BALBI, C. E., *La decadenza*, *op. cit.*, Milano, 1983, p. 217 e ss.

¹²² NASI, A., *Contraddittorio (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1961, p. 720.

essersi assicurato che la difesa delle parti, di **tutte** le parti, il cui svolgimento egli ha il dovere di garantire, si sia realizzata in modo pieno e paritario. L'ordinamento esige che tale regola venga osservata non solo formalmente, ma anche sostanzialmente¹²³.

Non sembra che l'incapace naturale nel processo civile sia posto nelle condizioni di potersi difendere, non sembra che egli abbia la possibilità di svolgere le sue difese in modo pieno, e soprattutto non sembra che sia posto nelle condizioni per poterlo fare **prima** che venga emanato un provvedimento finale che, *ex art. 2909 c.c.*, certamente (ed irrimediabilmente) farà stato ad ogni effetto anche nei suoi confronti.

II.3.1. Mancata comparizione ad udienza cui è necessaria la comparizione della parte. In particolare: interrogatorio libero e tentativo di conciliazione *ex art. 185 c.p.c.*

A norma dell'art. 183, 1° comma, c.p.c., testo previgente, il giudice istruttore nella prima udienza di trattazione, quando la natura della causa lo avesse consentito, interrogava liberamente le parti presenti e tentava la conciliazione. Sempre a norma della medesima disposizione, lo stesso giudice poteva valutare l'eventuale mancata (ed ingiustificata) comparizione delle parti come argomento di prova. La norma in parola è cambiata a seguito della Novella del 2005. La disciplina attuale prevede, infatti, che il giudice non sia più obbligato né all'espletamento dell'interrogatorio, né al tentativo di conciliazione. Da un lato il giudice, giusta la regola *ex art. 117 c.p.c.*, ha sempre la facoltà di interrogare liberamente le parti fissando un'udienza di comparizione *ad hoc* – e le parti, dal canto loro certamente, possono farne richiesta, ma la decisione su tale richiesta è rimessa al prudente apprezzamento del giudice¹²⁴ - dall'altro, per quanto riguarda l'espletamento del tentativo di conciliazione, lo stesso è stato sottratto ai poteri di impulso officioso¹²⁵. Il cambiamento operato dalla intervenuta riforma è stato accolto

¹²³ LIEBMAN, E.T., *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in AA. VV. *La protezione giuridica del lavoratore. Il principio del contraddittorio nel processo civile, penale e amministrativo*, Milano, 1968, p. 130.

¹²⁴ LASERRA, G., *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1968, p. 914 e ss. spec. p. 918.

¹²⁵ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., II ed., vol. II, p. 69; Solo in un caso il tentativo di conciliazione si configura come adempimento necessario da parte del giudice: nell'ipotesi in cui siano le parti a richiederlo, essendo in queste circostanze molto probabile il buon esito dello stesso, con minore possibilità della sua inutilità: cfr. art. 185 c.p.c. che richiede, per l'espletamento del tentativo di conciliazione e la fissazione di un'udienza a tal fine, la «richiesta congiunta delle parti».

con molto favore dalla dottrina in quanto sia l'interrogatorio che il tentativo di conciliazione rimanevano spesso privi di applicazione¹²⁶.

Per quanto concerne specificamente l'interrogatorio libero, lo stesso è utile al giudice per ricavare dalle parti argomenti di prova¹²⁷ ed è utile alle parti poiché consente loro di chiarire le rispettive posizioni difensive e conclusioni¹²⁸ in modo da contribuire alla definizione del *thema decidendum*¹²⁹.

Per quanto concerne la struttura dell'interrogatorio non formale, essa è connotata da una duplice peculiarità, una relativa ai soggetti interrogandi e l'altra relativa al suo oggetto. In ordine al primo profilo, si sottolinea che nell'interrogatorio libero tutte le parti sono interrogande, vista la necessità che lo stesso si svolga «in contraddittorio tra loro» (cfr. art. 117 c.p.c.).

Per quanto riguarda la seconda caratteristica cui si è fatto riferimento, l'interrogatorio è denominato «libero»¹³⁰ e, in quanto tale, non prevede alcuna limitazione in ordine al suo oggetto e tema, non è previsto alcun vincolo di capitolato¹³¹: il giudice sarà libero, in sede di espletamento, di scegliere le domande da lui ritenute più utili e opportune¹³².

La «sanzione processuale prevista dalle norme»¹³³, nell'ipotesi di mancata comparizione¹³⁴ all'udienza fissata per l'interrogatorio libero, consiste, ora come prima del 2005, nella possibilità per il giudice di desumere da tale contegno argomenti di prova. Nel caso in cui, peraltro, la mancata comparizione si sia realizzata per giustificato motivo, cioè a causa di un impedimento non imputabile, la parte non comparsa potrà offrire la prova liberatoria di autoresponsabilità per comportamento omissivo¹³⁵.

¹²⁶ SCARSELLI, G., *Brevi note sulle modifiche la codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro italiano*, 2005, I, p. 174 e ss. spec. p. 175.

¹²⁷ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 353 e ss. spec. p. 393.

¹²⁸ FERRI, C., *Interrogatorio. I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX, Roma, 1989, pp. 6-7; REDENTI, E., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957, p. 220.

¹²⁹ LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione*, Milano, 1981, p. 149.

¹³⁰ LASERRA, G., *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, *op. cit.*, spec. p. 918.

¹³¹ LASERRA, G., *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, *op. cit.*, spec. p. 918; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. II, p. 69.

¹³² PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. II, p. 69.

¹³³ DE SANTIS, F., *La rimessione*, *op. cit.*, p. 357.

¹³⁴ L'ipotesi considerata è diversa da quella in cui l'omissione dell'interrogatorio libero sia imputabile al giudice e le parti chiedano di essere rimesse in termini per compiere attività difensive dalle quali siano decaduta proprio a causa del mancato svolgimento dell'interrogatorio libero; cfr. DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, *op. cit.*, p. 357.

¹³⁵ CAPONI, R., *La rimessione*, *op. cit.*, p. 442 e p. 444.

D'altro canto deve ritenersi che qualora la mancata comparizione sia riconducibile a titolo di colpa alla parte non comparsa, allora (in questo caso sì!) gli effetti sfavorevoli che tale contegno omissivo comporta, devono ricadere e ricadono su chi tale condotta ha posto in essere: quindi solo sulla parte che non comparendo ha di fatto impedito lo svolgimento dell'interrogatorio¹³⁶.

Si è detto che il giudice «può desumere argomenti di prova dal contegno delle parti». Ai fini della nostra indagine risulta necessario chiarire cosa si intenda per «argomenti di prova», così da porre in evidenza le conseguenze pregiudizievoli che possono prodursi in capo all'incapace naturale qualora sia lui ad adottare il contegno omissivo in parola. La maggior parte della dottrina sostiene con determinazione che non possa attribuirsi agli argomenti di prova il medesimo valore attribuito alle prove¹³⁷.

La tesi dell'inferiorità degli argomenti di prova rispetto alle prove è fondata sulla ritenuta inidoneità degli stessi a consumare il diritto alla prova contraria della controparte¹³⁸. Secondo tale opinione gli argomenti di prova non riuscirebbero mai a provare un determinato fatto, raggiungendo una «tale configurazione specifica da rendere inverosimile ogni esperimento probatorio in contrasto»¹³⁹. Tale tesi è sostenuta da chi nega che il giudizio di superfluità *ex art. 209 c.p.c.* possa fondarsi sulla sola presenza di argomenti di prova¹⁴⁰. È necessaria una precisazione: a tenore dell'art. 209 c.p.c. «il giudice istruttore dichiara chiusa l'assunzione quando [...] egli ravvisa superflua, per i risultati già raggiunti, la ulteriore assunzione». Ora, “superfluo” significa “più del bisognevole” e risulta evidente che una prova che miri a contrastare il convincimento del giudice è tutt'altro che inutile, tutt'altro che sovrabbondante¹⁴¹. In quest'ottica si ritiene di dover concordare con quella parte della dottrina che afferma che tanto gli argomenti di prova, quanto le prove in senso tecnico, se contrarie al convincimento cui il giudice è giunto, mai potranno consumare il diritto alla prova contraria dell'avversario, poiché sia in presenza di un argomento di prova contrastante

¹³⁶ DE SANTIS, F., *La rimessione, op. cit.*, Torino, 1996, p. 357.

¹³⁷ ANDRIOLI, V., *Commento, op. cit.*, sub art. 116, p. 339; MONTESANO, L., *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile, Rivista di diritto processuale*, 1980, p. 233 e ss. spec. p. 236; MANDRIOLI, C., *Diritto, op. cit.*, p. 184; D'ONOFRIO, P., *Commento al codice di procedura civile*, III ed., vol. I, Torino, 1953, sub art. 116, p. 196; GRASSO, E., in ALLORIO, E., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, tomo II, Torino, 1973, sub art. 112, p. 1254 e ss.

¹³⁸ PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 2002, p. 429 – 430.

¹³⁹ DE STEFANO, G., *In tema di comportamento processuale della parte*, in *Giurisprudenza italiana*, 1955, I, 2, c. 359 e ss. spec. c. 362.

¹⁴⁰ PROTO PISANI, A., *Lezioni, op. cit.*, p. 429 – 430.

¹⁴¹ RUFFINI, G., «Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 1329 e ss. spec. p. 1338.

con il convincimento del giudice, sia in presenza di una prova in senso tecnico che si atteggi nel medesimo modo, il giudice mai potrà ritenere superflui né i primi né le seconde e quindi mai potrà *ex art. 209 c.p.c.* ravvisare nella ulteriore assunzione un'attività superflua.

Questo primo elemento, il fatto cioè che gli argomenti di prova, tanto quanto le prove, non possano consumare il diritto alla prova contraria dell'avversario, sembra essere confortante in relazione alla condizione dell'incapace naturale. Quest'ultimo infatti non vedrà mai negarsi l'assunzione della prova contraria qualora lo stesso produca in giudizio prove tendenti a contrastare, e non a confermare, il convincimento del giudice formatosi conseguentemente alla sua mancata comparizione all'interrogatorio libero. Se il giudice, dalla mancata presentazione all'udienza fissata per l'espletamento dell'interrogatorio libero, desuma argomenti di prova idonei ad orientare il suo convincimento in dato senso, sfavorevole per l'incapace naturale, ben può quest'ultimo proporre prove contrarie per tentare di escludere la sua responsabilità.

Non altrettanto confortante per l'incapace naturale sembra essere invece il valore che gli argomenti di prova assumono in sede di decisione della causa. Anche qui la dottrina prevalente è nel senso di escludere l'equiparazione tra argomenti di prova e prove in senso tecnico, giustificando tale esclusione sulla equiparazione che intercorrerebbe tra i primi e le presunzioni¹⁴². Tale equiparazione però non giustifica il risultato cui si approda. Infatti la prova presuntiva, una volta che trova ingresso nel processo, non è connotata da minor valore rispetto alle prove in senso tecnico e il giudice, dal canto suo, ben potrebbe assumere tale prova a fondamento della sua decisione¹⁴³. In realtà risulta necessario riconsiderare il vero ruolo degli argomenti di prova, anzi il loro duplice ruolo. Da un lato, sono preordinati ad essere il mezzo grazie al quale valutare le prove raccolte, ma dall'altro¹⁴⁴, e questo appare più importante, gli stessi possono costituire una fonte di presunzione utilizzabile dal giudice al fine di argomentare la prova positiva o negativa del *factum probandum*¹⁴⁵.

A sostegno di questo, si ritiene di dover condividere un attento rilievo proveniente da quella parte della dottrina che pone in evidenza come sia contraddittorio permettere al

¹⁴² RUFFINI, G., «Argomenti di prova», *op. cit.*, spec. p. 1338.

¹⁴³ LUISO, F., *Diritto processuale civile*, III ed., vol. II, Milano, 2000, p. 80; Cass., 21 dicembre 1988, n. 6987.

¹⁴⁴ Funzione questa già presente nel codice di rito abrogato; RUFFINI, G., «Argomenti di prova», *op. cit.*, spec. p. 1340.

¹⁴⁵ Corte di Appello di Firenze 26 ottobre 1929, in *Rivista di diritto processuale civile*, con nota di CALAMANDREI, P., *Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio*, p. 289 e ss.

giudice, da un lato, di condurre il suo ragionamento presuntivo basando lo stesso su fatto extraprocessuali di cui lo stesso prende conoscenza grazie alla assunzione di prove e non consentire, dall'altro, che lo stesso ragionamento presuntivo possa basarsi su fatti di origine endoprocessuale dei quali il giudice ha diretta e immediata contezza¹⁴⁶. Appare non corretta l'idea secondo cui dal contegno processuale delle parti mai il giudice potrebbe risalire al *factum probandum*¹⁴⁷. Oltre a questo sembra che l'autorizzazione a compiere tale ragionamento presuntivo provenga proprio dallo stesso art. 116, 2° comma, c.p.c.: la norma in parola infatti autorizza il giudice ad argomentare in via presuntiva la prova dell'esistenza e dell'inesistenza del fatto da provare dal comportamento delle parti nel processo e in tal modo è sempre lo stesso 116, 2° comma, c.p.c. a consentire il superamento, per gli argomenti di prova, del divieto di *presumere de praesumpto*¹⁴⁸, il quale trova il suo fondamento nella lettera dell'art. 2727 c.c. che non consente al giudice di risalire al fatto ignorato, da altro fatto ignorato desunto da fatto noto. C'è da notare infatti che l'art. 116, 2° comma, c.p.c. si pone nei confronti dell'art. 2727 c.c. come norma speciale e consente «al giudice di risalire al *factum probandum* attraverso un ragionamento inferenziale fondato sugli accadimenti processuali ivi menzionati, alle sole condizioni che da essi possano trarsi presunzioni «gravi precise e concordanti» e che la legge non escluda la prova per testimoni.(art. 2729 c.c.)»¹⁴⁹. Si riscontra in questo senso l'orientamento della giurisprudenza che, in contrasto con la dottrina prevalente, ammette la possibilità per il contegno delle parti nel processo di costituire l'unica fonte del convincimento del giudice¹⁵⁰.

Riassumendo quindi, il giudice può argomentare in via presuntiva la prova della esistenza o inesistenza del *factum probandum* dal contegno delle parti e può farlo prescindendo dal limite dell'impossibilità di *presumere de praesumpto* operante per le presunzioni, visto il carattere speciale della norma ex art. 116, 2° comma, c.p.c., rispetto all'art. 2727 c.c.

¹⁴⁶ PROTO PISANI, A., *Lezioni*, op. cit., p. 430.

¹⁴⁷ Secondo il CALAMANDREI «ad esempio con riguardo al rifiuto di ottemperare all'ordine di esibizione «non ci vuole molto acume per interpretare tale rifiuto come riconoscimento della verità dei fatti affermati dalla controparte». Cfr. Corte di Appello di Firenze 26 ottobre 1929, in *Rivista di diritto processuale civile*, con nota di CALAMANDREI, P., *Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio*, p. 289 e ss. spec. p. 296.

¹⁴⁸ RUFFINI, G., «Argomenti di prova», op. cit., spec. p. 1355.

¹⁴⁹ RUFFINI, G., «Argomenti di prova», op. cit., p. 1355.

¹⁵⁰ Cass., 26 giugno 2007, n. 14748; Cass., 8 febbraio 2006, n. 2815; Cass., 4 maggio 2005, n. 9279; Cass., 4 febbraio 2005, n. 2273; Cass., 27 gennaio 2005, n. 1658

Detto questo è possibile trarre alcune conclusioni: in primo luogo, se si rifiuta ciò che in questa sede si sta affermando, cioè che lo stato di incapacità naturale rientra nell'alveo della «causa non imputabile» e del «giustificato motivo», allora mai l'incapace naturale non comparso proprio a causa del suo stato, potrà giovare del rimedio della rimessione. In secondo luogo, effetto se si vuole ancor più grave, se non si accorda alla parte incapace il potere di giustificare la sua mancata comparizione adducendo il suo stato di incapacità naturale, allora tale contegno omissivo sarà valutato dal giudice allo stesso modo con cui il giudice valuterebbe il contegno omissivo di una qualsivoglia parte che non sia comparsa per negligenza. Si arriverebbe dunque al paradosso: equiparare il contegno omissivo dovuto a colpa, quello della parte sana che senza giustificato motivo non compare, al contegno omissivo di un soggetto che rimane inerte poiché menomato. E ancora, si arriverebbe a desumere, dalla mancata comparizione della parte incapace di intendere e volere, gli stessi argomenti di prova, che abbiamo detto essere idonei a fondare da soli la decisione del giudice, che si desumerebbero dalla mancata comparizione della parte negligente.

Passando ora alla disciplina del tentativo di conciliazione, a norma dell'art. 185 c.p.c., qualora le parti ne facciano richiesta congiunta, il giudice fissa un'udienza al fine di interrogarle e provarne la conciliazione¹⁵¹. Lo svolgimento del tentativo di conciliazione sarà ovviamente condizionato dalla natura della controversia e, specificamente, dal fatto che la stessa non abbia ad oggetto un diritto sottratto alla disponibilità delle parti. Pur essendo logicamente distinto dall'interrogatorio libero, il giudice procederà al tentativo di conciliazione contestualmente all'interrogatorio delle parti¹⁵². L'esito positivo del tentativo, cioè la conciliazione avvenuta, fa cessare la materia del contendere e tronca il processo¹⁵³. Inoltre, *ex art. 185, 3° comma, c.p.c.* «il processo verbale [della convenzione conclusa] costituisce titolo esecutivo».

Ora, per quanto riguarda la mancata comparizione all'udienza fissata per il tentativo di conciliazione, valgono le stesse riflessioni che si sono svolte in ordine alla mancata comparizione all'udienza nella quale doveva svolgersi l'interrogatorio libero¹⁵⁴. In ordine al tentativo di conciliazione, però, deve farsi una considerazione ulteriore. Si faccia riferimento all'ipotesi in cui durante il corso del giudizio vengano formulate delle

¹⁵¹ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 177.

¹⁵² PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche, op. cit.*, vol. II, p. 70.

¹⁵³ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 178.

¹⁵⁴ GRAZIOSI, C., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art. 185*, p. 538.

proposte di conciliazione che l'incapace naturale rifiuti a causa di valutazioni non del tutto lucide da lui condotte. Bene, qualora all'esito del procedimento il giudice accolga la domanda in misura non superiore alle proposte conciliative rifiutate, si dovrebbe, *ex art. 91 c.p.c.*, come modificato dalla l. 69/2009, condannare l'incapace al pagamento delle «spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta».

Un'altra sanzione applicata, quindi, un'altra sanzione senza che vi sia traccia di negligenza alcuna e senza che l'autore della condotta sanzionata potesse in alcun modo evitare di tenerla.

II.3.2. Interrogatorio formale

L'interrogatorio si configura come la «richiesta attuale di una dichiarazione responsabile»¹⁵⁵. In particolare, l'interrogatorio formale è il mezzo grazie al quale le parti possono dimostrare il fondamento delle loro rispettive posizioni¹⁵⁶, consentendo l'ingresso del loro sapere nel processo. In ordine alla sua natura, l'interrogatorio si configura come quel mezzo istruttorio «attraverso cui la parte costringe l'avversario a pronunciarsi sui fatti da lei allegati, emettendo una dichiarazione in ogni caso utilizzabile dal giudice per la decisione di merito»¹⁵⁷: è quel mezzo, quindi, con cui una parte costringe l'altra a pronunciarsi sui fatti causa¹⁵⁸. La legittimazione a chiedere l'interrogatorio spetta alla parte che è in una posizione antitetica rispetto all'interrogando¹⁵⁹, ma con una precisazione: nel valutare tale contrasto di posizioni in giudizio si deve aver riguardo ai rapporti che intercorrono in concreto tra le parti, senza

¹⁵⁵ LASERRA, G., *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, *op. cit.*, p. 914.

¹⁵⁶ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, *op. cit.*, p. 121.

¹⁵⁷ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, *op. cit.*, p. 368; più incisivamente MORTARA, L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III ed. riveduta, vol. III, Milano, s.d., p. 562 e 575 secondo il quale: «il suo scopo complesso [dell'interrogatorio] è quello di costringere l'avversario a stabilire o confini delle contestazioni intorno ai fatti di causa, utilizzando inoltre come mezzo di prova le ammissioni parziali o totali contenute nelle risposte: le quali si elevano al valore di confessione quando ne abbiano completi gli estremi ma possono fornire elementi di convinzione al magistrato, anche nel caso di reticenza o di deficienza che impedisca nodi attribuirvi quel valore».

¹⁵⁸ CASTELLARI, A., *Dell'interrogatorio delle parti secondo il nostro diritto giudiziario moderno*, in appendice a GLÜCK, C. F., *Commentario alle Pandette*, 1b. XI, Milano, 1903, p. 97.

¹⁵⁹ LASERRA, G., *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, *op. cit.*, spec. 919; Cass., 3 ottobre 1955, n. 276; Cass., 25 gennaio 1965, n. 136.

escludere *a priori* che un convenuto possa dedurre l'interrogatorio nei confronti di un altro convenuto¹⁶⁰.

Per la parte istante, colei che ha chiesto l'ammissione del mezzo di prova, è prevista la possibilità di rinuncia all'interrogatorio, purché tale rinuncia intervenga prima dell'assunzione della prova¹⁶¹. Ai fini dell'ammissibilità, la parte richiedente deve, *ex art. 230 c.p.c.*, assolvere l'onere di specificazione, deducendo i fatti in capitoli separati e specifici¹⁶². Durante l'espletamento non possono farsi domande su fatti diversi da quelli formulati, salvo che ci sia consenso di tutte le parti e che il giudice le ritenga utili¹⁶³. Per quanto concerne i poteri del giudice, questi non può inserire d'ufficio nel capitolato fatti non indicati dalla parte richiedente e l'unica facoltà concessagli è quella di chiedere chiarimenti sulle risposte date¹⁶⁴. In ordine invece alle dichiarazioni delle parti, queste forniranno elementi che saranno utili alla formazione del convincimento del giudice¹⁶⁵. Relativamente alle risultanze dell'interrogatorio formale, a seconda che si tratti di risposte o di mancate risposte, le stesse soggiacciono ad un diverso regime giuridico. La risposta all'interrogatorio formale può dar vita alla prova legale¹⁶⁶, se infatti la stessa presenta i requisiti dagli artt. 2730 e ss., costituisce una *contra se declaratio*, cioè una confessione giudiziale¹⁶⁷ ed, in particolare, quella che consegue all'interrogatorio formale, e che ne rappresenta il fine¹⁶⁸, è denominata confessione provocata¹⁶⁹.

Nel caso in cui, invece, la parte non si presenti all'interrogatorio o si rifiuti di rispondere alle domande che le vengono poste, questa va incontro alle conseguenze regolate *ex art. 232 c.p.c.*, a norma del quale «se la parte non si presenta o rifiuta di

¹⁶⁰ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti, op. cit.*, p. 353 e ss. spec. p. 373 che fa notare la necessità di dover condividere la precisazione nel testo se non si vuole, ad esempio, che sia impedito che anche dopo la sua chiamata in causa *ex art. 106 c.p.c.*, il conducente dell'autoveicoli non possa essere sentito sui capitoli dedotti dal proprietario.

¹⁶¹ Cass., 29 marzo 1960, n. 681.

¹⁶² PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche, op. cit.*, vol. II, p. 121; ANDRIOLI, V., *Commento, op. cit.*, vol. II, p. 145; LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, tomo I, Milano, 1959, p. 145.

¹⁶³ LASERRA, G., *Interrogatorio (diritto processuale civile), op. cit.*, p. 918.

¹⁶⁴ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche, op. cit.*, vol. II, p. 122-123.

¹⁶⁵ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti, op. cit.*, p. 353 e ss. spec. 369.

¹⁶⁶ VERDE, G., *Diritto processuale civile. Processo di cognizione*, III ed., vol. II, Bologna, 2012, p. 106.

¹⁶⁷ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti, op. cit.*, p. 353 e ss. spec. 357.

¹⁶⁸ CARNELUTTI, F., *Istituzioni del processo civile italiano*, V ed., vol. II, Roma, 1956, p. 60; ANDRIOLI, V., *Commento op. cit.*, vol. II, p. 171; MICHELI, G. A., *Corso*, *op. cit.*, vol. II, Milano, 1960, p. 136; LIEBMAN, E.T., *Manuale, op. cit.*, p. 145; ZANZUCCHI, M. T., VOCINO, C., *Diritto, op. cit.*, p. 456.

¹⁶⁹ Da tenere distinta dalla confessione *spontanea* che, *ex art. 229 c.p.c.*, può essere contenuta in qualsiasi atto processuale firmato dalla parte.

rispondere senza giustificato motivo, il collegio, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio».

L'art. 218 c.p.c. abr. faceva conseguire dalla mancata risposta o mancata comparizione una vera e propria *ficta confessio*; l'art. 232 c.p.c. dal canto suo, è più mite: l'ammissione dei fatti dedotti nell'interrogatorio è infatti rimessa al potere discrezionale del giudice, che procederà alla stessa solo dopo aver valutato ogni altro elemento di prova. La differenza tra il codice abrogato ed il codice vigente quindi è che, mentre *ex art. 218 c.p.c. abr.*, l'ammissione dei fatti dedotti nell'interrogatorio conseguente alla mancata risposta o al rifiuto di rispondere era un effetto automatico, oggi, ai sensi dell'art. 232 c.p.c., tale conseguenza non è automatica, ma rimessa alla valutazione del giudice comprensiva anche degli altri elementi di prova¹⁷⁰.

Sembra che la mitezza della vigente disposizione, però, sia solo apparente. La norma in parola infatti è in grado di condurre a conseguenze pregiudizievoli quando a tenere le condotte descritte *ex art.232 c.p.c.* sia un incapace naturale; e a questo non basterebbe obiettare che l'automatismo previsto dal dettame normativo abrogato non è più tale.

Il problema infatti è un altro: ciò che crea disfunzione non è collegare automaticamente ad una certa inattività qualificata una data conseguenza, ma considerare come completamente irrilevante la condizione soggettiva della parte che rimane inerte, valutando quell'inattività solo oggettivamente. Non può negarsi che la circostanza secondo cui l'ammissione dei fatti dedotti sia rimessa alla valutazione del collegio e che la stessa non sia più automatica, rappresenta un dato favorevole; da un lato è certamente vero che l'incapace naturale non vedrà più dalla sua incosciente mancata comparizione o dal suo inconsapevole rifiuto a rispondere, discendere automaticamente l'ammissione dei fatti dedotti, ma d'altro canto è altrettanto vero che l'ammissione stessa è tutt'altro che scongiurata, configurandosi come uno dei possibili esiti della valutazione collegiale.

Se si deve ammettere che la mancata risposta non vincola più il giudice nel ritenere ammessi i fatti dedotti, perché occorre che egli valuti «ogni altro elemento di prova»¹⁷¹, d'altro canto non può prescindere dal ritenere che «l'attivazione del potere giudiziale

¹⁷⁰ ANDRIOLI, V., *Commento op. cit.*, vol. I, , *sub art. 232*, p. 175; MAZZEO, A., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art. 232*, p. 1266 e ss.

¹⁷¹ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, *op. cit.*, p. 353 e ss. spec 379.

esercitabile in sede di decisione»¹⁷² ben potrebbe condurre a ritenere veri, corrispondenti a realtà, non più bisognosi di prova i fatti sfavorevoli all'interrogato¹⁷³.

Nonostante, di fatto, le parti non sappiano che valore sarà attribuito alla loro condotta omissiva, in quanto l'ammissione dei fatti dedotti è subordinata ad una valutazione del collegio¹⁷⁴ il cui esito non è prevedibile, è evidente che si è stabilita una pericolosissima equiparazione potenziale, quanto agli effetti, tra mancata risposta e *contra se declaratio*¹⁷⁵. La situazione che si prospetta per colui che è incapace di intendere e volere è quindi la seguente: qualora inconsapevolmente (e quindi incolpevolmente) quest'ultimo non si presenti all'udienza fissata per l'interrogatorio, per evitare che tale condotta lo pregiudichi, può solo fidarsi nella valutazione del collegio senza avere a sua disposizione alcuno strumento preordinato alla sua tutela. Il giudice dal canto suo può liberamente valutare la mancata risposta, ed in questa valutazione egli è sovrano¹⁷⁶: può ritenere non ammessi i fatti, scongiurando il danno per l'incapace, ovvero considerarli non più bisognosi di prova e fondare esclusivamente su questo la sua decisione¹⁷⁷, condannando l'incapace alla soccombenza.

È stabilito *ex art.* 232, comma 2°, c.p.c. che la parte possa liberarsi dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla sua condotta dimostrando la giustificazione della stessa. Il giustificato motivo, l'impedimento non imputabile si configura, quindi, come l'unico elemento in grado di escludere la responsabilità dell'assenza¹⁷⁸. Riconoscere giustificata o meno la mancata presentazione¹⁷⁹, valutare nel senso di ammettere la serietà degli impedimenti addotti dalla parte come giustificazione della mancata comparizione, costituisce apprezzamento di fatto del giudice di merito, sottratto al sindacato della cassazione¹⁸⁰.

¹⁷² DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, *op. cit.*, p. 358

¹⁷³ FERRI, C., *Interrogatorio. I) Diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁷⁴ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, *op. cit.*, p. 353 e ss. spec. 369.

¹⁷⁵ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, *op. cit.*, p. 353 e ss. spec. 379.

¹⁷⁶ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, *op. cit.*, p. 353 e ss. spec. 382.

¹⁷⁷ *Ex multis* Tribunale di Cassino, 4 marzo 2010; Tribunale di Novara, 30 novembre 2010; Corte di Appello di Potenza, 21 maggio 2010. Cass., 19 marzo 2009, n. 6697.

¹⁷⁸ CAPONI, R., *La rimessione*, *op. cit.*, Milano, 1996, p. 442.

¹⁷⁹ Il giustificato motivo può riguardare stando all'espressione normativa, sia il rifiuto di rispondere, sia la mancata presentazione. Considerato, però, che il rifiuto di rispondere deve concretarsi in un diniego esplicito e formale e non può essere desunto da meri comportamenti dilatori, si può ritenere che il giustificato motivo attiene per lo più alla mancata presentazione. Così pressoché letteralmente DE SANTIS, F., *La rimessione in termin*, *op. cit.*, p. 358.

¹⁸⁰ Cass., 27 ottobre 1965, n. 2268; Cass., 30 maggio 1963, n. 1427; Cass., 6 giugno 1965, n. 1882.

È stato ritenuto sussistente il giustificato impedimento nel caso di malattia grave dell'interrogando¹⁸¹, ovvero nel caso cui l'interrogando stesso abbia addotto come causa della sua mancata comparizione la tarda età e disturbi della memoria¹⁸².

Sorge spontaneo un interrogativo: non è equiparabile alle situazioni suddette quella in cui si trova un incapace naturale? La mancata presentazione di una parte all'udienza fissata per lo svolgimento dell'interrogatorio, causata da una malattia grave, da tarda età, o da disturbi della memoria non deve forse essere equiparata alla mancata presentazione determinata da uno stato di incoscienza o da un *deficit* delle facoltà intellettive¹⁸³?

II.3.3. Giuramento decisorio

Il giuramento è la dichiarazione che la parte rende in giudizio in forma solenne sull'averità di fatti¹⁸⁴ o sulla conoscenza che la stessa ha intorno a tali fatti. Il giuramento, precisamente, può aver ad oggetto un fatto proprio della parte (c.d. giuramento *de veritate*) ovvero la conoscenza che la parte ha di un fatto altrui (c.d. giuramento *de scientia* o *de notitia*)¹⁸⁵. A differenza della confessione, durante la quale la parte rende una *contra se declaratio*, nel giuramento il delato afferma fatti *pro se* e sfavorevoli alla controparte¹⁸⁶.

Il codice civile, *ex art. 2736 c.c.*, descrive due specie di giuramento che costituiscono due istituti profondamente diversi tra loro: il giuramento decisorio ed il giuramento suppletorio¹⁸⁷. Il primo è «quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione parziale o totale della causa» (art. 2736, n. 1, c.c.); il secondo è «quello che è

¹⁸¹ ANDRIOLI, V., *Commento op. cit.*, vol. I, *sub art. 232*, p. 177.

¹⁸² Corte di Appello di Catanzaro, 30 novembre 1966.

¹⁸³ Si pensi alle patologie derivanti dall'invecchiamento; CAPONI, R., *La rimessione, op. cit.*, Milano, 1996, p. 274.

¹⁸⁴ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 209.

¹⁸⁵ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 209; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche, op. cit.*, vol. II, p. 129. Il giuramento *de veritate* può aversi anche nell'ipotesi in cui il fatto non sia direttamente della parte, ma la stessa ne abbia avuto conoscenza diretta; così Cass., 13 gennaio 2009, n. 476. In ordine invece al giuramento *de scientia* lo stesso è tale anche quando la parte non ne ha avuto conoscenza per effetto della narrazione di un terzo; ne consegue che il giuramento *de scientia* dovrà essere formulato in modo da permettere al delato l'affermazione o la negazione non della verità del fatto, quanto della sua conoscenza dello stesso; così Cass., 4 maggio 1993, n. 5163.

¹⁸⁶ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 209 e ss.; COMOGLIO, L. P., *Giuramento II) diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1990, p. 1; PROVINCIALI, R., *Giuramento decisorio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, parte 103 e ss., spec. p. 115.

¹⁸⁷ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 211.

deferito d'ufficio dal giudice a una delle parti al fine di decidere la causa quando la domanda o le eccezioni non sono pienamente provate, ma non sono del tutto sformite di prova, ovvero quello [ma la norma qui si riferisce ad un ulteriore tipo di giuramento: il c.d. giuramento estimatorio] che è deferito al fine di stabilire il valore della cosa domandata, se non si può accertarlo altrimenti» (art. 2736, n. 2, c.c.). Dall'esito del giuramento decisorio, quindi, dipende la decisione della causa¹⁸⁸; il giuramento suppletorio tende al completamento del convincimento del giudice quando lo stesso si trovi dinanzi ad una *sempliplena probatio*¹⁸⁹ ed il giuramento estimatorio, dal canto suo, è preordinato alla precisazione del valore della cosa domandata, nel rispetto della *taxatio*¹⁹⁰ imposta dal giudice¹⁹¹.

Per quanto riguarda il giuramento decisorio, lo stesso si configura come una sfida con la quale una parte chiama l'altra a giurare su un determinato fatto non pacifico e decisivo, al fine di far dipendere dell'esito del giuramento stesso la decisione del giudice. Il giuramento, per essere ammesso, deve avere come oggetto un fatto o un punto di fatto «giuridicamente decisorio»¹⁹² cioè vertente «su tutto il materiale di fatto ancora controverso fra le parti in modo tale che, una volta prestato al giudice non resti che accogliere o respingere la domanda»¹⁹³. A questo si aggiunge che non è sufficiente che il fatto sia rilevante ai fini decisorii¹⁹⁴, ma è necessario che lo stesso, valutato *a priori*, si mostri come capace di risolvere da sé solo la controversia o parte di essa, ponendo fine ad esempio alla questione di merito principale, o ad una questione preliminare di tipo assorbente¹⁹⁵. Oltre al carattere della decisorietà vi sono altri limiti oggettivi che incidono sull'ammissibilità del giuramento¹⁹⁶. Ai sensi dell'art. 2739 c.c., non può essere deferito giuramento per decidere cause relative a diritti di cui le parti

¹⁸⁸ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 126.

¹⁸⁹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 137.

¹⁹⁰ La *taxatio* è il limite preventivamente stabilito dal giudice fino al quale il giuramento avrà efficacia; ciò significa che se il valore della cosa viene indicato dalla parte giurante in una somma maggiore, l'efficacia della prova sarà limitata alla somma stabilita dal giudice; cfr. LUGO, A., *Manuale*, op. cit., p. 211; LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 376.

¹⁹¹ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 376.

¹⁹² COMOGLIO, L. P., *Giuramento II) diritto processuale civile*, op. cit., p. 2.

¹⁹³ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 126; Cass., 23 febbraio 2006, n. 4001.

¹⁹⁴ Cass., 5 settembre 1963, n. 2432.

¹⁹⁵ COMOGLIO, L. P., *Giuramento II) diritto processuale civile*, op. cit., p. 3. Cass., 21 marzo 1962, n. 583.

¹⁹⁶ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., II, Torino, 2010, p. 129.

non possono disporre¹⁹⁷ e questo per evitare di concedere alle parti la possibilità di decidere la sorte di controversie relative a diritti indisponibili, volendosi che queste ultime rimangano affidate all'autorità giudiziaria¹⁹⁸; non può deferirsi giuramento su un fatto illecito¹⁹⁹ nel rispetto del principio del principio *nemo tenetur edere contra se*.²⁰⁰ Non può essere deferito giuramento su un contratto per il quale la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, in quanto il requisito della forma non ammette equivalenti²⁰¹. Ed infine il giuramento non può essere finalizzato a sconfessare un fatto risultante da un atto pubblico.

Quando il giuramento ha ad oggetto un fatto comune, la parte destinataria del deferimento può, finché non si sia dichiarata pronta a giurare, riferire al deferente il giuramento stesso²⁰².

Dal punto di vista soggettivo il giuramento può essere deferito o riferito solo personalmente dalla parte che sia capace di disporre del diritto cui si riferiscono i capitoli del giuramento, o dal difensore munito di procura speciale²⁰³. In ordine invece al delato, lo stesso può essere sia persona fisica che persona giuridica e, in questo secondo caso, il giuramento sarà prestato per mezzo del rappresentante²⁰⁴. Il giuramento, a differenza di ciò che era previsto dal previgente art. 220 c.p.c. abr.²⁰⁵, può oggi essere deferito, in qualunque grado del processo ed anche in fase di rinvio, fino a che la causa non venga rimessa in decisione²⁰⁶. Il deferimento (come il riferimento) infine avviene mediante dichiarazione verbale della parte o suo mandatario

¹⁹⁷ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 211; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche., op. cit.*, vol. II, p. 129; COMOGLIO, L. P., *Giuramento II) diritto processuale civile, op. cit.*, p. 2.

¹⁹⁸ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche., op. cit.*, vol. II, Torino, 2010, p. 129.

¹⁹⁹ Per fatto illecito deve intendersi qualsiasi condotta contrastante con le norme imperative di ordine pubblico e bon costume e quindi sicuramente in senso più ampio rispetto alla previgente disposizione (art. 1364 c.c. 1865) che faceva riferimento al solo «fatto delittuoso»; cfr. PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche., op. cit.*, vol. II, Torino, 2010, p. 129.

²⁰⁰ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 211.

²⁰¹ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 371; secondo il quale è possibile provare con il giuramento l'esistenza e il contenuto del documento andata perduto.

²⁰² COMOGLIO, L. P., *Giuramento II) diritto processuale civile, op. cit.*, p. 5.

²⁰³ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 212.

²⁰⁴ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche., op. cit.*, vol. I-II, p. 130 – 131; PROVINCIALI, R., *Giuramento decisorio, op. cit.*, spec. p. 115.

²⁰⁵ Art. 220 c.p.c. abr. (Del giuramento) «Il giuramento decisorio si può deferire in qualunque stato e grado della causa. Chi lo deferisce deve proporre la formola».

²⁰⁶ REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto, op. cit.*, p. 300.

che viene raccolta in verbale²⁰⁷, ovvero in atto scritto²⁰⁸, contenente la formula specificata per articoli²⁰⁹.

Si è già detto che dall'esito del giuramento decisorio dipende la risoluzione della controversia o di parte della stessa. Infatti, se colui che viene chiamato a giurare dalla controparte presta il giuramento, vince la causa; in caso contrario, se il delato non giura, soccombe.

Dal combinato disposto degli artt. 2738 c.c. e 239 c.p.c. è possibile delineare quali siano le condotte adottabili dalle parti: in primo luogo il delato può comparire e prestare il giuramento ed in tal modo condizionare in proprio favore l'esito della lite. In siffatta ipotesi la controparte, colui che ha deferito il giuramento, nulla può fare: *ex art.* 2738, 1° comma, c.c., infatti, né può provare il contrario di quanto è stato giurato, né potrà chiedere, in caso di dichiarazione di falsità del giuramento, la revocazione della sentenza pronunciata.

In secondo luogo, e si perviene all'ipotesi che qui specificamente interessa, il delato può non comparire, o pur comparendo rifiutarsi di prestare giuramento²¹⁰. Le conseguenze derivanti da siffatta condotta sono disciplinate dall'art. 239 c.p.c., a tenore del quale «la parte alla quale il giuramento decisorio è deferito, se non si presenta senza giustificato motivo all'udienza all'uopo fissata, o, pur comparendo, rifiuta di prestarlo o non lo riferisce all'avversario, soccombe rispetto alla domanda o al punto di fatto relativamente al quale il giuramento è stato ammesso; e del pari soccombe la parte avversaria, se rifiuta di prestare il giuramento che le è riferito. Il giudice istruttore, se ritiene giustificata la mancata comparizione della parte che deve prestare il giuramento, provvede a norma dell'art. 232, secondo comma».

La posta in gioco è altissima. Dalla mancata comparizione discende *de plano*, automaticamente, la soccombenza, la perdita della lite²¹¹. Si ritiene che questo sistema, nell'ipotesi in cui le parti siano consapevoli di ciò che fanno, non produca una lesione del contraddittorio. La stessa infatti è scongiurata dal fatto che le parti sono «legislativamente preavvertite della possibilità che il loro contegno nel processo ed in particolare alcuni comportamenti tipizzati»²¹², se tenuti, avranno delle conseguenze. Il problema si pone quando la parte non è cosciente di ciò che fa e quando non è in grado

²⁰⁷ PROVINCIALI, R., *Giuramento decisorio*, *op. cit.*, spec. p. 119.

²⁰⁸ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, *op. cit.*, vol. II, p. 132.

²⁰⁹ LUGO, A., *Manuale*, *op. cit.*, p. 210.

²¹⁰ COMOGLIO, L. P., *Giuramento II) diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 3.

²¹¹ Cass., 14 agosto 1998, n. 8015.

²¹² RUFFINI, G., «Argomenti di prova», *op. cit.*, spec. p. 1355.

di comprendere e prendere in considerazione le possibili conseguenze che dalle sue azioni possono discendere. Come pretendere che un incapace naturale si renda conto degli effetti particolarmente gravi²¹³ che il mancato giuramento comporta? A questo si aggiunga anche che il giudice, dal canto suo, si trova nelle condizioni di non poter far nulla per venire in soccorso all'incapace: lo stesso infatti viene privato di qualunque potere di valutazione dell'*animus* del giurante²¹⁴ ed è escluso, stante il divieto *ex art. 2738, 1° comma, c.c.* che lo stesso possa assumere prove contrarie; inoltre è escluso che il giudice debba assumere la decisione della controversia: *ex antea* lo stesso può solo giudicare se il capitolato e la formula del giuramento abbiano il connotato della decisorietà ed *ex post* si deve limitare a constatare *an iuratum sit*²¹⁵, null'altro.

In altri termini «il giuramento vincola il giudice a limitarsi a prendere atto dell'esito del giuramento stesso»²¹⁶. Il giuramento diviene «sostituto della decisione del giudice»²¹⁷ e come tale si pone al di là del fenomeno probatorio. Il giuramento infatti fa venir meno la mediazione che il giudice di norma compie tra la prova e il giudizio e ricollega direttamente la decisione giudiziale alla risposta della parte²¹⁸; per questo è stato definito come «un altro modo, diverso dal giudizio, di risolvere la controversia»²¹⁹.

L'incapace naturale non compare e soccombe, come qualsiasi altra parte. L'assenza di distinzioni rischia peraltro di provocare gravi pregiudizi. Non si può né ritenere né ammettere che un meccanismo processuale come quello appena descritto, che fa dipendere dal contegno delle parti la decisione della causa, resti affidato alle inconsapevoli condotte di un incapace naturale; è per questo che si continua a sostenere la necessità di una disciplina generale posta a tutela dell'incapace naturale o che, comunque, un rimedio generale come quello della rimessione in termini sia accessibile

²¹³ COMOGLIO, L. P., *Giuramento II) diritto processuale civile, op. cit.*, p. 4.

²¹⁴ Valutazione che invece gli è concessa qualora assuma una confessione.

²¹⁵ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, *op. cit.*, vol. II, p. 127; Cass., 11 ottobre 2004, n. 20124; Cass., 26 aprile 1978, n. 1950

²¹⁶ GIORDANO, R., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 239, p. 1135 e ss; nello stesso senso LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 209 e ss; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, *op. cit.*, vol. II, p. 127. *Contra* BALENA, G., *Giuramento*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IX, 1970, p. 105 e ss. spec. p. 107 secondo il quale «l'incontrovertibilità derivante dalla prestazione del giuramento (non meno, d'altronde, che dal suo rifiuto) opera solo rispetto alla fissazione del fatto controverso sicché la "decisorietà" attiene non già, propriamente al giuramento, bensì al fatto che ne è oggetto e dunque costituisce un presupposto che spetta al giudice autonomamente accertare, alla luce dell'inquadramento giuridico della fattispecie, vuoi degli altri fatti per i quali sia già stata raggiunta la prova».

²¹⁷ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, *op. cit.*, vol. II, p. 128.

²¹⁸ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, *op. cit.*, vol. II, p. 127.

²¹⁹ LUISO, P.F., *Diritto processuale civile*, III ed., vol. II, Milano, 2000, parte 145; SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, tomo I, Milano, 1959, *sub art.* 239, p. 228.

anche per tali soggetti, consentendo loro di poter addurre come giustificato motivo, liberatorio da autoresponsabilità, il loro stato.

II.3.4. Interrogatorio libero *ex art.* 420 c.p.c.

A norma dell'art. 415, 2° comma, c.p.c. «il giudice, entro cinque giorni da deposito del ricorso, fissa, con decreto, l'udienza di discussione, alla quale le parti sono tenute a comparire personalmente». Oltre ad essere preordinata all'instaurazione di un contatto immediato e diretto tra le parti e il giudice²²⁰, la comparizione personale delle parti è richiesta in quanto necessaria all'espletamento dell'interrogatorio libero che il giudice, *ex art.* 420 c.p.c., dovrà condurre durante l'udienza di discussione della causa²²¹.

Nonostante l'obbligatorietà dell'interrogatorio libero nelle controversie di lavoro, si ritiene che l'omissione dello stesso non cagioni la nullità del procedimento o della sentenza²²²; tale opinione è stata aspramente criticata da chi condanna «la prassi lassista che tende a svalutare il momento dell'interrogatorio essenziale per salvaguardare il carattere dell'oralità del rito speciale»²²³; qualora infatti si considerassero interamente e seriamente le potenzialità dell'istituto in parola, lo stesso potrebbe assumere nel processo un ruolo tutt'altro che irrilevante. Dalla mancata ed ingiustificata comparizione personale delle parti o dall'ingiustificato rifiuto della proposta transattiva del giudice, discende la possibilità per il giudice stesso di valutare detti contegni processuali ai fini della decisione²²⁴ (art. 116, 2° comma, c.p.c.).

²²⁰ TARZIA, G., *Manuale del processo del lavoro*, V ed., Milano, 2008, p. 153.

²²¹ TESORIERE, G., *Diritto processuale del lavoro*, V ed., Padova, 2007, p. 218; TARZIA, G., *Manuale*, *op. cit.*, p. 153.

²²² Cass., 18 agosto, 2004, n. 16141; Cass., 5 maggio 2003, n. 6815; Cass., 14 giugno 2002, n. 8310; Cass., 10 marzo 2001, n. 3380; Cass., 9 giugno 1998, n. 5710; Cass., 7 settembre 1995, n. 9430; Cass., 25 maggio 1995, n. 5754; Cass., 2 ottobre 1995, n. 10958.

²²³ ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 420, p. 2352; TARZIA, G., *Manuale*, *op. cit.*, p. 135; NICOLETTI, C. A., *Tutela differenziata e interrogatorio "libero" delle parti (circa un tipo di della verità in un certo tipo di processo)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 928 e ss. spec. p. 928; CHIARLONI, S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 569 e ss., spec. p. 569; MONTESANO, L., VACCARELLA, R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, III ed., riv. e ampliata, Napoli, 1996, p. 164.

²²⁴ Vi è anche chi sostiene che la mancata comparizione prevista *ex art.* 420 c.p.c. abbia un'efficacia diversa, maggiore, rispetto ai meri argomenti di prova: «l'importanza di tale istituto nel nuovo rito è sottolineata dal fatto che il legislatore ha sanzionato l'obbligo della comparizione attraverso la previsione di una specifica efficacia probatoria della sua inosservanza. Tale efficacia si deve intendere come qualcosa di diverso qualitativamente e quantitativamente dai meri "argomenti di prova", che il giudice può dedurre dal contegno processuale delle parti (art. 116, 2° co.). Infatti, se la mancata comparizione

Oltre a rinnovare quanto precedentemente affermato in ordine alle conseguenze positivamente disciplinate, discendenti dalla mancata comparizione personale di una delle parti quando una delle stesse sia incapace naturale all'udienza fissata per l'espletamento dell'interrogatorio libero²²⁵, si ritiene necessario svolgere ancora alcune considerazioni.

In primo luogo anche con riguardo alle controversie di lavoro, come in quelle relative al modello ordinario di cognizione, si ritiene che la mancata comparizione valutabile ai fini della decisione sia solo quella che integra una condotta «volontaria ed ingiustificata»²²⁶.

Detto ciò, si ritiene di dover criticare chi sostiene che dalla mancata comparizione delle parti, stante il suo carattere negativo, non possa mai discendere il fondamento del convincimento del giudice in ordine alla sua decisione. In altri termini secondo l'opinione qui criticata, la decisione del giudice mai potrà fondarsi sulla «mera assenza della parte» in quanto «chi diserta il processo non vi tiene alcun contegno»²²⁷.

A ben vedere in realtà anche un contegno dal contenuto negativo può assumere rilevanza relativamente a quanto disposto *ex art.* 116, 2° comma, c.p.c.; dall'esame della norma infatti nulla osta al ritenere comprese nella locuzione «conteggio delle parti» anche quelle condotte che seppur negative, seppur consistenti in un “non fare”, sono comunque manifestazione dell'intenzione delle parti che le stesse pongono in essere.

Ciò che impedisce l'applicazione all'incapace naturale della sanzione processuale²²⁸ prevista *ex art.* 420 c.p.c. non è l'impossibilità di considerare come contegno processuale legittimamente valutabile alla stregua dell'art. 116 2° c.p.c. la mancata comparizione *tout court*, ma l'impossibilità di valutare in tal modo la **sua** mancata comparizione. Dalla mancata comparizione dell'incapace naturale non può desumersi argomento di prova alcuno, in quanto detto contegno non è né volontario né tantomeno ingiustificato.

dovesse essere interamente equiparata, agli effetti della formazione del convincimento del giudice, al comportamento delle parti nel processo, previsione del primo comma della norma in esame apparirebbe del tutto superflua, essendo applicabile la disciplina generale del rito ordinario e, quindi, anche l'art. 116, che facoltizza il giudice a desumere dal comportamento delle parti argomenti di prova. Deve, quindi, ritenersi che la formulazione del comma in esame, che pone in diretta correlazione il comportamento valutabile con la formazione della decisione, autorizzi ad interpretarlo nel senso di attribuire alla mancata comparizione un'efficacia diversa e maggiore di quella sancita all'art. 116, 2° comma». Cfr. DENTI, V., SIMONESCHI, G., *ART. 420*, in IDD, *Il nuovo processo del lavoro: commento alla legge 11 agosto 1973, n. 533*, Milano, 1974, p. 110.

²²⁵ Cfr. paragrafo. II.3.1.

²²⁶ TESORIERE, G., *Diritto, op. cit.*, p. 218.

²²⁷ TARZIA, G., *Manuale, op. cit.*, p. 153.

²²⁸ DE SANTIS, F., *La rimessione in termini, op. cit.*, p. 357.

Se ciò non si ammettesse, stante la possibilità che il giudice ha di porre a fondamento della sua decisione argomenti di prova²²⁹, e stante l'inesistenza di una norma che imponga alle parti di indagare volta per volta sul "perché" della mancata comparizione²³⁰, si rischierebbe di ammettere la possibilità di una pronuncia che, anziché prendere in considerazione l'impossibilità di comparire dell'incapace, consideri solo il dato oggettivo della sua assenza in giudizio.

Da quanto disposto *ex art. 420 c.p.c.* è possibile notare un'ulteriore menomazione del diritto di difesa dell'incapace naturale con conseguente disparità di trattamento rispetto all'altra parte che si trova in giudizio. Nella disposizione in parola infatti si legge che «nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice interroga liberamente **le parti presenti**». Da ciò quindi si desume che anche nell'ipotesi in cui all'udienza non comparissero tutte le parti, ma ve ne sia almeno una, questa, pur essendo l'unica, deve essere interrogata dal giudice finanche fosse il convenuto costituitosi tardivamente²³¹.

Giuste le numerose funzioni cui l'interrogatorio libero è preordinato, nell'ipotesi di mancata comparizione del solo incapace naturale, vi è il rischio di assistere ancora una volta alla perdita di *chances* per quest'ultimo che, incolpevolmente assente, non si vedrà riconosciuta la possibilità di profittare dell'istituto in parola.

Secondo la prevalente dottrina²³², inoltre, la mancata comparizione della parte non potrà essere sanata per mezzo della comparizione del difensore tecnico, la quale non sembra essere obbligatoria²³³.

Vista la condizione problematica in cui l'incapace naturale si trova, l'importanza del ruolo che il giudice viene ad assumere in questa fase è ancor più evidente: lo stesso è infatti chiamato «a un ruolo di autentica mediazione, dal quale dipendono la corretta impostazione dei problemi e la possibilità di risolverli con reciproca soddisfazione delle parti. Tanto più il giudice mostra preparazione specifica nella materia, buona conoscenza dei fatti di causa, doti di equilibrio e autorità, tanto più le parti possono essere invogliate a chiudere la lite senza attendere gli sviluppi del processo». Il

²²⁹ Cfr. II.3.1.

²³⁰ TARZIA, G., *Manuale, op. cit.*, p. 156.

²³¹ VULLO, E., in CONSOLO, C., LUIO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, sub art. 420, p. 3368; LUIO, F., *Il processo del lavoro*, Milano, 1992, p. 169; Tribunale di Genova, 3 luglio 1974.

²³² TESORIERA, G., *Diritto, op. cit.*, p. 219; FABBRINI, G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, p. 138; TARZIA, G., *Manuale del processo del lavoro*, IV ed., Milano, 1999, p. 144 e s.; PEZZANO, M. G., in ANDRIOLI, V., BARONE, A., PEZZANO, M. G., PROTO PISANI, A., *Le controversie in materia di lavoro*, II ed., Bologna-Roma, 1987, p. 650.

²³³ ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice, op. cit.*, sub art. 420, p. 2349; VULLO, E., in CONSOLO, C., LUIO, F., *Codice, op. cit.*, sub art. 420, p. 3370; Cass., 24 aprile 2004, n. 7866.

problema però rimane sempre lo stesso: non è sufficiente affidare al giudice diligente la sorte delle parti la cui controversia lo stesso è chiamato a dirimere, ma è altresì necessario assicurare, non solo l'opportunità di una tutela veloce, ma anche quella di una tutela adeguata e "personalizzata".

II.3.5. Udienze del processo di cognizione e del processo di esecuzione

Le parti, titolari del potere di impulso, qualora non abbiano più interesse alla prosecuzione del processo al quale le stesse hanno dato inizio, possono far sì che questo, estinguendosi, venga meno²³⁴. È possibile parlare di estinzione del processo sia riguardo al processo di cognizione che riguardo a quello d'esecuzione; in entrambi, le cause estintive sono individuate nella rinuncia agli atti del giudizio e in alcune ipotesi di inattività delle parti²³⁵.

Sia in ordine al processo di cognizione che in ordine a quello di esecuzione l'ordinamento prevede una particolare ipotesi di estinzione causata dall'inerzia delle parti: tale ipotesi è disciplinata rispettivamente *ex art. 181 e 309 c.p.c.* ed *ex art. 631 c.p.c.* La fattispecie descritta dalle disposizioni indicate è la seguente: qualora le parti, già non comparse ad una prima udienza, disertino anche quella successivamente fissata dal giudice e comunicata loro, il processo sarà dichiarato estinto²³⁶.

Precisamente, ai sensi dell'art. 181 c.p.c. viene sanzionata la duplice diserzione dell'udienza prevista *ex art. 183 c.p.c.*, e con particolare riguardo al suo 2° comma, la duplice diserzione dell'attore; l'art. 309 c.p.c. estende tale principio alle udienze che saranno celebrate nel corso del processo interamente considerato²³⁷, ed infine a norma dell'art. 631 c.p.c. viene sanzionata la mancata comparizione delle parti alle udienze del processo esecutivo.

²³⁴ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 253.

²³⁵ CRIVELLI, A., in ID, *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, vol. III, Torino, 2006, p. 1671.

²³⁶ D'ADAMO, D., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile*, Torino, 2010, *sub art. 181*, p. 881; BERGAMINI, L., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile*, Torino, 2010, *sub art. 309*, p. 1392; GIORDANO, R., in CENDON, P., *Commentario, op. cit.*, *sub art. 307*, p. 1909; BELLAGAMBA, G., CARITI, G., *L'esecuzione civile. Rassegna della giurisprudenza su tutta la normativa sostanziale e processuale con commento*, II ed. ampliata e aggiornata, Milano, 2003, p. 774; SASSANI, B., in BOVE, M., CAPPONI, B., MARTINETTO, G., SASSANI, B., *L'espropriazione forzata, Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, Torino, 1988, p. 558 e ss., spec. p. 586; ANDRIOLI, V., *Commento op. cit.*, vol. III, *sub art. 631*, p. 394.

²³⁷ Facendo riferimento indistintamente a tutte le parti senza prevedere la particolare ipotesi concernente il solo attore.

Il termine “parte” o “parti” che si legge rispettivamente *ex artt.* 181 e 309 ed *ex* 631 c.p.c., deve essere interpretato non nel senso di “parte (o “parti”) personalmente” bensì nel senso di difensore della parte (o delle parti) munito di valida procura *ad litem*²³⁸.

Ciò potrebbe indurre a ritenere irrilevante la mancata comparizione dell’incapace naturale alle predette udienze, dovendosi piuttosto guardare alla comparizione in giudizio del suo difensore²³⁹. Questo però è vero solo in parte. La problematica che si vuole descrivere, infatti, si mostra in tutta la sua complessità nel caso in cui il soggetto che sta in giudizio personalmente divenga, posteriormente alla sua costituzione, incapace di intendere e volere.

È possibile infatti che un soggetto in origine perfettamente capace scelga, nei casi in cui la legge glielo consenta, di costituirsi personalmente in giudizio; *quid iuris* se detto soggetto divenga posteriormente incapace naturale? In siffatta ipotesi non vi sarà al suo fianco difensore alcuno e lo stesso assisterà impotente all’estinzione del processo.

Nonostante l’ordinario svolgersi dei processi preveda nella maggior parte delle ipotesi la presenza di un avvocato al fianco della parte, sono tutt’altro che trascurabili i casi in cui invece la parte può legittimamente essere sola in giudizio. Dalle disposizioni in materia si evince infatti che la parte può stare in giudizio senza il ministero del difensore davanti al giudice di pace nelle cause il cui valore non ecceda euro 1.100 e nelle ipotesi in cui lo stesso giudice ritenga possibile, avendo avuto riguardo alla natura e alla entità della causa, la costituzione personale. Nell’art. 82, 3° comma, c.p.c. si legge che «salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti davanti al tribunale e alla corte d’appello le parti debbono stare in giudizio col ministero di un procuratore legalmente

²³⁸ D’ADAMO, D., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile, op. cit.*, , *sub art.* 181, p. 879; GRAZIOSI, C., in CENDON, P., *Commentario, op. cit.*, *sub art.* 181, p. 422 e 423; MURONI, R., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, *sub art.* 181, p. 257; BRUNELLI, B., in CARPI, F., COLESANTI, V., TARUFFO, M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, VI ed., Padova, 2009, *sub art.* 181, p. 655.

²³⁹ A ben vedere, la presenza del difensore al fianco della parte potrebbe non essere sufficiente a garantirne la tutela. Lo stesso difensore, infatti, ben potrebbe versare in uno stato di incapacità naturale. Il problema potrebbe porsi, nella specie, nel caso in cui a non comparire, e più in generale, a non compiere gli atti processuali dovuti, sia il difensore colpito da incapacità naturale.

Si pensi anche all’ipotesi di incapacità naturale sopravvenuta del difensore: in questo caso si realizzerebbe una discrasia tra l’inizio del giudizio, momento in cui il difensore era pienamente presente e la sua attività preordinata alla tutela della parte assistita, e il momento successivo al venir in essere della condizione di incapacità naturale, situazione questa connotata da una completa assenza del difensore, della cui giustificazione il giudice potrebbe non venire mai a conoscenza, dichiarando decadenze a carico della parte per l’apparente (ma non reale) negligenza del difensore. Per motivi di economia si ritiene di dover solo far cenno al realizzarsi di codesta problematica, ma al contempo non ci si vuole esimere dal sottolinearla, vista la criticità massima in cui la parte capace o incapace naturale si verrebbe a trovare nell’ipotesi in cui il suo difensore versi in dette condizioni: nulla più sarebbe in alcun modo garantito, né le attività che spettano *ex lege* al difensore, né tantomeno quanto dovrebbe essere compiuto dalla parte.

esercente; e davanti alla corte di cassazione col ministero di un avvocato iscritto nell'apposito albo». La legge, precisamente, «dispone altrimenti» nelle ipotesi *ex artt.* 86, 417, 707 c.p.c.; la parte può infatti stare in giudizio personalmente quando «ha le qualità necessarie per esercitare l'ufficio di difensore»; quando nelle controversie di lavoro e solo in primo grado «il valore della causa non eccede le lire duecentocinquantamila [euro 129.11]»; nel procedimento di separazione personale dei coniugi. Soprattutto la prima di queste tre ipotesi desta preoccupazione: a norma dell'art. 86 c.p.c. infatti un soggetto abilitato all'esercizio della professione forense può in ogni fase e grado del processo²⁴⁰ difendersi personalmente²⁴¹.

Quid iuris se quel soggetto nel corso del processo venga a trovarsi in stato di incapacità naturale? Dallo stesso infatti il giudice legittimamente si attende una consapevolezza che corrisponda al suo ruolo, al suo essere tecnico del diritto, e quindi di certo considererà come voluta e coscientemente scelta ciascuna condotta posta in essere dallo stesso sulla convinzione di aver di fronte a sé un soggetto abilitato a stare in giudizio dinnanzi all'Autorità Giudiziaria ed in quanto tale (almeno in teoria) perfetto conoscitore delle conseguenze che discendono dalle condotte tenute durante il processo. Ci si accorge che in siffatta ipotesi quanto prospettato dal giudice non corrisponde alla realtà.

Analogo discorso va svolto sia per i casi in cui la parte stia in giudizio personalmente davanti al giudice di pace *ex art.* 82, 1° e 2° comma, c.p.c., che nelle ipotesi previste *ex art.* 417 e 707 c.p.c., con l'aggravante che in dette situazioni la parte che sta in giudizio personalmente *ab origine* non ha alcuna conoscenza né in ordine alle norme sostanziali né in ordine a quelle processuali.

Con particolare riferimento al processo di cognizione, l'udienza prevista dall'art. 183 c.p.c. rappresenta un momento di particolare importanza; in primo luogo è questo il momento in cui si definiscono i termini della controversia ed in secondo luogo, elemento di maggior rilievo, l'udienza stessa costituisce il limite temporale cui le parti

²⁴⁰ Compreso anche il regolamento di competenza Cass., 28 novembre 1983, n. 7136

²⁴¹ Molteplici sono le ipotesi delineate dalla giurisprudenza in cui è stata ammessa, indubbiamente, la difesa personale: nel caso in cui l'amministratore di condominio agisca in giudizio per riscuotere coattivamente le rate non pagate (Cass., 5 giugno 1942, n. 6947); può stare in giudizio personalmente il curatore dell'eredità giacente (Cass., 22 dicembre 1998, n. 12784); la persona fisica che sia legale rappresentante della persona giuridica o dell'ente (Cass., 8 agosto 2003, n. 11966 e Cass., 26 ottobre 2001, n. 13210); il tutore del minore (Cass., 14 luglio 2010, n. 16553 e Cass., 14 giugno 2010, n. 14216) e ancora per un ampio panorama circa le ipotesi in cui è la costituzione personale in giudizio cfr. DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 82, p. 119 e ss.; STESURI, A., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Torino, 2012, *sub art.* 82, p. 1072 e ss.

debbono sottostare per precisare le proprie domande ed eccezioni anche e soprattutto considerando le deduzioni avversarie²⁴².

È proprio la rilevanza di cui si è appena detto che giustifica la sanzione prevista dall'ordinamento in caso di diserzione bilaterale²⁴³; il processo è una «fattispecie a formazione progressiva e condivisa»²⁴⁴ e quando tale formazione non si realizza per mancata partecipazione delle parti viene meno il motore del processo stesso e conseguentemente viene meno anche il processo.

È necessaria subito una precisazione: la mancata comparizione delle parti deve essere oggetto della loro libera volontà²⁴⁵. In altri termini l'estinzione, proprio in quanto «effetto giuridico finale della cessazione dell'impulso processuale»²⁴⁶, deve essere **voluta**.

Nell'ipotesi in cui quindi protagonista di detta condotta omissiva sia un incapace naturale la sua non comparizione non dovrebbe condurre all'estinzione del processo poiché non è indice di quel potere dispositivo di cui le parti invece devono essere titolari; con la sua condotta lo stesso non estrinseca quella «disponibilità del processo che si riconnette al potere di abbandono per inerzia»²⁴⁷, e questo perché l'incapace naturale non ha la disponibilità né dei suoi diritti, né del processo che li ha per oggetto.

Oltre questo, quanto disposto *ex art.* 181, 2° comma, c.p.c. in ordine alla dismissione attorea del processo, suggerisce la considerazione del nostro problema da un duplice punto di vista: in riferimento a tale disposizione infatti la situazione si pone diversamente a seconda che l'incapace naturale sia in giudizio attore o convenuto. Da un punto di vista generale, dalla mancata comparizione dell'attore alla prima udienza possono prospettarsi due diverse situazioni: o il convenuto chiede che si proceda in sua assenza ed in questo caso il processo seguirà il suo *iter* naturale, ovvero il convenuto potrebbe astenersi dal formulare tale richiesta, il che aprirebbe la strada per la fissazione di una seconda udienza dall'esito della quale dipenderà lo svolgersi o l'estinguersi del processo. In questa seconda udienza possono aversi tre eventualità: il convenuto non chiede ancora una volta che il processo prosegua in assenza dell'attore; d'altro canto ed

²⁴² LUGO, A., *Manuale*, *op. cit.*, p. 176; FORNACIARI, M., *La definizione del thema decidendum e probandum nel processo civile di rito ordinario*, in *Giustizia civile*, 2002, II, p. 297 e ss., spec. p. 297; Cass., 25 novembre 2002, n. 16571.

²⁴³ MONTANARI, M., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 309, p. 2479.

²⁴⁴ GRAZIOSI, C., in CENDON, P., *Commentario*, *op. cit.*, *sub art.* 181, p. 417.

²⁴⁵ GRAZIOSI, C., in CENDON, P., *Commentario*, *op. cit.*, *sub art.* 181, p. 421.

²⁴⁶ GRAZIOSI, C., in CENDON, P., *Commentario*, *op. cit.*, *sub art.* 181, p. 419.

²⁴⁷ Cass., 8 marzo 1972, n. 654.

in secondo luogo è possibile invece che il convenuto chieda la prosecuzione del processo; ed in ultimo è possibile che l'attore, scongiurando la potenziale estinzione, compaia alla seconda udienza²⁴⁸.

Qualora l'incapace naturale ricopra il ruolo dell'attore, lo stesso in tutte le ipotesi prospettate sarebbe incolpevolmente pregiudicato e, vista l'officiosità della dichiarazione di estinzione²⁴⁹, si troverebbe senza avere a disposizione alcuno strumento per evitare l'estinzione. Nel caso in cui, infatti, il convenuto non chieda la prosecuzione del processo, quest'ultimo non solo si estinguerà, ma verosimilmente si estinguerà all'insaputa dell'incapace. Oltre a questo è necessario considerare che alla mancata comparizione dell'attore viene attribuita una importanza particolare, poiché è l'attore stesso ad aver dato vita al processo e in quanto tale deve essere lo stesso a garantirne la prosecuzione. Venuto meno l'attore può venir meno anche l'interesse alla prosecuzione del giudizio²⁵⁰, ed è proprio in virtù di questo che la mancata comparizione attorea viene equiparata dalla dottrina ad una vera e propria rinuncia all'azione²⁵¹. Non vi è dubbio, o almeno si reputa che non dovrebbe esservi, nell'ipotesi in cui il giudice venga reso edotto della condizione dell'infermo e della impossibilità per questo di comparire; in tale situazione infatti il giudice, riconosciuta come giustificata la mancata comparizione, non dovrebbe dichiarare l'estinzione del processo, la quale non avrebbe alcuna ragion d'essere vista la completa assenza di volontà da parte di colui che non compare e vista l'inevitabilità di tale condotta. Non può muoversi un rimprovero all'incapace naturale-attore che non compare alla prima udienza e stante ciò non lo si può sanzionare con l'estinzione del processo.

Si pone un primo problema: a ben vedere le norme non prendono in considerazione la possibilità di giustificare la mancata comparizione. Si riporti alla mente però un esempio già indicato: il soggetto che si trova in stato comatoso nel giorno in cui doveva invece comparire in udienza può definirsi come un soggetto che **sceglie** di non comparire? La tesi secondo cui la mancata comparizione di un soggetto incapace debba essere considerata come equivalente alla rinuncia all'azione dello stesso, appare già *prima facie* talmente abnorme da doversi respingere.

²⁴⁸ PARISI, A., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub* art. 181, p. 1658.

²⁴⁹ GRAZIOSI, C., in CENDON, P., *Commentario, op. cit.*, *sub* art. 181, p. 429.

²⁵⁰ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, *sub* art. 181, p. 78

²⁵¹ D'ADAMO, D., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile, op. cit.*, *sub* art. 181, p. 883.

Nell'ipotesi in cui l'incapace naturale sia l'attore della controversia ed il convenuto non chieda né alla prima udienza né a quella successivamente fissata la prosecuzione del processo, è possibile che venga a delinearsi un'ulteriore problematica: quando il giudice non sa che la mancata comparizione dell'attore è indipendente dalla volontà di costui, allo stesso non resta che prendere atto della condotta omissiva e dichiarare l'estinzione del processo senza che nessuno si occupi (e senza che nessuno sia obbligato a farlo) di verificare cosa ha impedito all'attore di presentarsi in udienza. In questo caso, peraltro, è agevole prevedere che il convenuto, lungi dall'indagare circa il reale motivo che sottostà alla mancata comparizione dell'attore, si approfitti della condizione della controparte al fine di liberarsi di un processo che lo coinvolge.

Passando alla seconda ipotesi prospettata, cioè quella in cui l'incapace naturale non compaia ed il convenuto abbia interesse alla prosecuzione del processo, l'attore-incapace potrebbe vedere irrimediabilmente leso il suo diritto di difesa.

L'unica via di salvezza per l'incapace naturale è quella descritta dalla terza eventualità cui si è fatto cenno: l'incapace naturale deve comparire alla seconda udienza fissata dal giudice. Anche in questo ultimo caso però, nonostante venga meno la possibilità che il processo si estingua, rimane comunque il problema di aver a che fare con un soggetto che è solo "giuridicamente" presente nel processo, senza che detta presenza realizzi quella partecipazione attiva e preordinata alla proposizione di domande e di eccezioni²⁵².

Da altro punto di vista, anche nell'ipotesi in cui cioè l'incapace sia il convenuto della controversia è inevitabile che si realizzino eventi a suo danno. Questo è evidente soprattutto nell'ipotesi in cui il convenuto abbia interesse alla prosecuzione del giudizio, avendo proposto domanda riconvenzionale, o aspirando comunque ad una sentenza che rigetti nel merito la pretesa avversaria²⁵³; in generale, peraltro il pregiudizio arrecato all'incapace è evidente se si considera che «tramite la costituzione cioè la sua presenza giuridica nel processo il convenuto "condivide" il processo e viene pertanto investito della legittimazione ad esercitare un impulso processuale suppletivo/sostitutivo a tutela di un proprio interesse processuale ovviamente distinto dalla condizione dell'azione racchiusa nell'art. 100 c.p.c., interesse la cui sussistenza dunque il giudice non è

²⁵² COSTA, S., *Comparizione delle parti*, in, *Novissimo Digesto italiano*, vol. III, Torino, 1959, p. 711

²⁵³ D'ADAMO, D., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile, op. cit.*, , sub art. 181, p. 883.

chiamato ad accertare essendo assolutamente insindacabile la scelta di impulso adottata dal convenuto»²⁵⁴.

Nell'ipotesi in cui quindi, nonostante vi abbia interesse, l'incapace naturale-convenuto si astenga dal formulare la richiesta di prosecuzione, il processo di fatto si trova nella sola disponibilità dell'attore, con evidente ed innegabile lesione del contraddittorio e del diritto di difesa di colui che non è posto nelle condizioni di resistere in giudizio.

Detto ciò in linea generale, deve anche riflettersi su un'ulteriore possibilità: nell'ipotesi *ex art 181, 2° comma, c.p.c.* la mancata comparizione alle udienze potrebbe essere assolutamente imprevedibile non solo per il convenuto, ma anche per l'attore stesso che pone in essere detta condotta. Ipotesi di "incapacità naturale imprevedibile" possono realizzarsi ad esempio quando un soggetto, posteriormente alla citazione e dopo che si sia costituito in giudizio, venga colpito improvvisamente da *ictus* e non sia nelle condizioni né fisiche né mentali per potersi presentare in udienza; si rifletta poi su un possibile repentino peggioramento delle condizioni di chi è affetto da morbo di Alzheimer. Tale imprevedibilità va considerata anche nelle situazioni descritte *ex art. 181, 1° comma, e 309 c.p.c.* Ben potrebbe la parte che non sceglie di non comparire, trovarsi a non essere in udienza per ragioni riconducibili alla sua infermità ovvero agli esempi appena posti all'attenzione. Anche in queste ipotesi come sostenuto in precedenza si ritiene che dalla mancata comparizione di detti soggetti non possa in alcun modo farsi discendere una sanzione gravissima quale è quella dell'estinzione del processo, dovendosi ritenere come giustificate dette condotte omissive.

Passando ora alla disciplina degli effetti derivanti dalla bilaterale diserzione delle udienze del processo esecutivo, il codice di rito *ex art. 631* prevede che «se nel corso del processo esecutivo nessuna delle parti si presenta all'udienza, fatta eccezione per quella in cui ha luogo la vendita, il giudice dell'esecuzione fissa un'udienza successiva di cui il cancelliere dà comunicazione alle parti. Se nessuna delle parti si presenta alla nuova udienza, il giudice dichiara con ordinanza l'estinzione del processo esecutivo. Si applica l'ultimo comma dell'articolo precedente». L'effetto estintivo in parola non consegue a prescindere da chi ponga in essere tale condotta omissiva e da quale udienza venga disertata; tale effetto, infatti, discende solo se la condotta descritta dalla norma venga adottata da determinati soggetti del processo esecutivo e solo se la diserzione

²⁵⁴ GRAZIOSI, C., in CENDON, P., *Commentario, op. cit., sub art. 181, p. 418.*

consecutiva riguardi precise udienze. In ordine al primo punto si sostiene che «tra le parti non sembra debba essere considerato il debitore che non ha potere di iniziativa se tutti creditori sono assenti»²⁵⁵. Si ritiene quindi che non la mancata comparizione di tutti causa estinzione, ma solo quella del creditore procedente ovvero dei creditori intervenuti muniti di titolo esecutivo, quei soggetti cioè che hanno potere di impulso, quelle parti la cui presenza è necessaria proprio perché titolari di detto potere²⁵⁶.

In ordine alla seconda questione, nello stabilire la diserzione di quali udienze generi il fenomeno estintivo, è stato efficacemente notato che solo la diserzione delle udienze «la cui funzione è essenziale per la prosecuzione del processo»²⁵⁷ causa la conclusione del processo stesso²⁵⁸. L'estinzione del processo esecutivo, *ex art. 631 c.p.c.*, quindi è causata dalla consecutiva diserzione di udienze essenziali alla prosecuzione del processo posta in essere da parte di quei soggetti titolari del potere d'impulso²⁵⁹.

Si è notato come la norma sia squilibrata a favore dell'esecutato in quanto consente al giudice di far cadere il processo esecutivo a seguito dell'inerzia di coloro che procedono all'esecuzione²⁶⁰.

Proprio in virtù della disposizione in parola è essenziale che l'inerzia descritta dall'art. 631 c.p.c. sia manifestazione del potere dispositivo²⁶¹; è necessario che le parti che decidono di non comparire (per ben due volte!) abbiano scelto di farlo, è necessario che le stesse rinuncino consapevolmente alla prosecuzione del processo esecutivo.

Nell'ipotesi in cui un incapace naturale non compaia non può affermarsi con certezza che lo stesso abbia deciso volontariamente di rimanere assente. D'altro canto deve ammettersi che la sola assenza di **una** parte creditrice incapace naturale, non provoca l'estinzione. Si è detto infatti che il fenomeno estintivo abbisogna per operare della mancata comparizione di **tutte** le parti titolari del potere di impulso.

²⁵⁵ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1959, *sub art. 631*, p. 514.

²⁵⁶ BORRÈ, G., *Intorno alle conseguenze della mancata comparizione delle parti alla c.d. udienza di incanto immobiliare*, in *Foro italiano*, 1963, I, c. 2319 e ss., spec. 2322; Cass., 4 settembre 1985, n. 4612.

²⁵⁷ CASTORO, P., *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, V ed. ampliata e aggiornata, Milano, 1980, p. 748.

²⁵⁸ «Se l'udienza fissata serve [invece] per limitare i mezzi di espropriazione (art. 483), per convertire il pignoramento (art. 495), per ridurlo (art. 496), per escludere dal pignoramento le cose che sono di uso necessario alla coltura del fondo (art. 5151) per sostituire il custode (art. 66) etc., poiché la funzione di una siffatta udienza è soltanto essenziale al singolo procedimento che la riguarda la mancata comparizione alla udienza non cagiona l'estinzione del processo esecutivo, ovviamente estraneo ma del singolo procedimento inserito nel processo esecutivo» CASTORO, P., *Il processo di esecuzione, op. cit.*, p. 748; conforme VACCARELLA, R., VERDE, G., *Codice di procedura civile, op. cit.*, p. 423.

²⁵⁹ CRIVELLI, A., in ID, *Esecuzione forzata op. cit.*, p. 1678-1679; Cass., 29 dicembre 1962, n. 3444.

²⁶⁰ RICCI, G.F., *Diritto, op. cit.*, vol. III, p. 184.

²⁶¹ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 253.

A questo punto però si pongono due problematiche: in primo luogo *quid iuris* se l'unico titolare del potere di impulso sia l'incapace naturale? In altri termini, *quid iuris* se l'unico creditore sia un soggetto non in grado di intendere e volere che ben potrebbe subire l'estinzione del processo per (inconsapevole) mancata comparizione all'udienza?

In secondo luogo, si osserva che nel caso di pluralità di creditori tra i quali vi sia anche un incapace naturale, è ben possibile che alcuni di questi, tra i quali non vi sia l'incapace, scelgano consapevolmente di non comparire all'udienza, poiché magari hanno in altro modo soddisfatto il loro credito. Che ne è in questo caso dell'incapace naturale che, non comparendo a causa del suo stato, subisce la consapevole scelta degli altri creditori?

La situazione che si crea è la seguente: vi sono da un lato i creditori pienamente capaci che, venendo meno la volontà di proseguimento nell'azione esecutiva, scelgono consapevolmente (e convenientemente) di non partecipare alle udienze²⁶²; dall'altro lato vi è l'incapace naturale che, lungi dal preordinare la scelta delle proprie condotte alla cura dei suoi interessi, non compare all'udienza, realizzando così il «fatto giuridico»²⁶³ descritto dalla norma e da essa qualificato come una delle possibili cause estintive del processo.

La scelta dei consapevoli creditori che non compaiono, unitamente all'inconsapevole condotta omissiva tenuta dall'incapace naturale, realizza l'estinzione del processo, voluta e prediletta dai primi, potenzialmente non voluta e di certo inaspettata per il secondo.

L'estinzione di una procedura esecutiva che il creditore non voleva si estinguesse provoca allo stesso pregiudizi molto gravi. Se si riflette infatti sugli effetti che dall'estinzione discendono, agevolmente si potrà concordare sulla portata negativa della cancellazione della trascrizione di un pignoramento, della liquidazione del compenso eventualmente dovuto al delegato *ex art. 591 bis*, c.p.c. e, più in generale, della portata negativa della intervenuta inefficacia degli atti esecutivi²⁶⁴.

Non sembra che lo strumento esperibile contro l'ordinanza dichiarativa dell'estinzione previsto *ex art. 631* c.p.c. sia sufficiente a rimediare alla situazione sopra descritta. È certamente vero, infatti, che l'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione

²⁶² MALAGÙ, L., *Artt. 615-632*, in CARPI, F., COLESANTI, V., TARUFFO, M., *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1994, 1183 e ss., spec. p. 1227.

²⁶³ CALVOSA, C., *Estinzione del processo civile*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VI, Torino 1960, p. 973 e ss spec. p. 986.

²⁶⁴ LAMARCA, G., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art. 632*, p. 2853.

dichiara l'estinzione è reclamabile dinanzi al collegio²⁶⁵, ma è altrettanto vero che non sembra opportuno affidare nell'attivarsi dell'incapace naturale; quest'ultimo infatti è chiamato a presentare reclamo al collegio, e quindi ad attivarsi, in quanto rimasto inerte precedentemente. Come ritenere che l'unico strumento che un soggetto ha a disposizione per difendersi e sostenere le proprie ragioni garantisca un accettabile livello di tutela, quando proprio la condotta necessaria per utilizzare tale strumento coincide con la condotta che il soggetto non ha tenuto in precedenza, senza che vi sia ragione alcuna di ritenere che lo stesso sia ora in grado di tenerla?

II.4. Mancato compimento di un atto da compiere a pena di decadenza. In particolare: riassunzione del processo

In ordine al compimento dell'atto processuale della riassunzione è necessaria una precisazione al fine di delineare in modo esatto la sede entro la quale ha interesse il problema della mancata riassunzione del processo da parte all'incapace naturale.

Di certo la condizione di incapacità naturale non rileva nell'ipotesi in cui la parte legittimata alla riassunzione sia costituita per mezzo del difensore²⁶⁶, in detta ipotesi infatti sarà il difensore stesso a porre in essere la condotta necessaria e preordinata alla ripresa del processo.

Il problema può porsi peraltro nell'ipotesi in cui il processo debba essere riassunto da o nei confronti del successore della parte colpita da evento interruttivo, ovvero da o nei confronti del nuovo rappresentante della stessa, e siano proprio detti soggetti a trovarsi in stato di incapacità naturale: si pensi al caso in cui, venuta meno la parte (art. 111 c.p.c.), l'unico erede della stessa, chiamato a succedergli nel processo a titolo universale, versi in stato di incapacità naturale. Fatta questa preliminare precisazione possono svolgersi le ulteriori considerazioni.

²⁶⁵ SALETTI, A., *Estinzione del processo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIII, Roma, 1990, p. 17; SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XII ed. a cura di PUNZI, C., Padova, 1996, p. 884; RICCI, G.F., *Diritto*, op. cit., vol. III, p. 184; BELLAGAMBA, G., CARITI, G., *L'esecuzione*, op. cit., p. 774; REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto*, op. cit., p. 802.

²⁶⁶ In detta ipotesi ciò che può porre in luce rilievi problematici è lo stato di incapacità naturale in cui versi, non la parte, ma il suo difensore. Vedi nota n. 244.

Quale atto di impulso processuale la riassunzione è chiamata a rendere possibile il procedere del giudizio posteriormente all'avverarsi di un evento che ne abbia arrestato il naturale corso e sviluppo. Il mancato compimento dell'atto di riassunzione entro il termine perentorio previsto *ex lege*, comporta l'estinzione del processo stesso²⁶⁷. Per aversi riassunzione quindi è necessaria l'iniziativa di un soggetto e, precisamente, legittimati alla riassunzione sono coloro che risultano essere forniti della qualità di parte nel processo quiescente²⁶⁸.

Dalle norme codicistiche è agevole notare che funzione precipua dell'istituto in parola sia quella di far proseguire un processo già pendente e che quindi essa presuppone sempre la quiescenza processuale²⁶⁹. La riassunzione, manifestazione dell'esercizio del potere di impulso processuale delle parti²⁷⁰, è preordinata alla riattivazione del processo e precisamente di quel processo sospeso, interrotto, ovvero quiescente a causa della previa cancellazione dal ruolo²⁷¹.

La funzione della riassunzione quindi è funzione di impulso processuale²⁷² e per atto di impulso si intende quell'atto processuale che ha «per immediata conseguenza la costituzione, la conservazione, lo svolgimento, la modificazione o la definizione di un rapporto processuale»²⁷³.

L'atto di impulso processuale postula necessariamente l'idea del divenire, è per mezzo del compimento di tali atti infatti che il processo va avanti e giunge alla composizione definitiva della controversia mediante la pronuncia della sentenza²⁷⁴. L'atto di impulso processuale è atto del divenire²⁷⁵, è atto propulsivo in grado di garantire lo sviluppo del procedimento. In altri termini, l'atto di impulso estrinseca ciò che è connaturale al procedimento stesso e cioè la sua dinamicità²⁷⁶.

²⁶⁷ SALETTI, A., *Riassunzione del processo I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1990, p. 1.

²⁶⁸ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., vol. II, p. 198-199.

²⁶⁹ SALETTI, A., *Riassunzione del processo I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 1.

²⁷⁰ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., vol. II, p. 198; COSTA, S., *Manuale di diritto processuale civile*, V ed., Torino, 1980, p. 197.

²⁷¹ LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, IV., ed., vol. II, Milano, 1981, p. 211; Cass., 12 novembre 1981, n. 6003; Cass., 26 marzo 1969, n. 972.

²⁷² BONSIGNORI, A., *Problemi dibattuti in tema di riassunzione del processo di cognizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, p. 1063 e ss.

²⁷³ CHIOVENDA, G., *Istituzioni*, op. cit., p. 357-358; ID., *Principi di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 1928, p. 766-767.

²⁷⁴ CHIOVENDA, G., *Istituzioni*, op. cit., p. 320; ID., *Principi op. cit.*, , 1928, p. 761.

²⁷⁵ ZANZUCCHI, M. T., *Diritto processuale civile*, V ed., vol. I, Milano, 1964, p. 138.

²⁷⁶ CARNELUTTI, F., *Sistema*, op. cit., 1938, p. 3; FURNO, C., *Nullità e rinnovazione degli atti processuali civili*, in *Studi in onore di Redenti*, vol. I, Milano, 1951, p. 403 e ss. spec. p. 408, nota 7.

Ciò che qui interessa è quanto concerne gli atti di impulso provenienti dalle parti²⁷⁷ e precisamente gli atti di impulso provenienti dalla parte incapace naturale. Come abbiamo detto, il processo entra in uno stato di quiescenza nell'ipotesi in cui rispettivamente venga sospeso, interrotto, ovvero nel caso in cui la causa venga cancellata dal ruolo. In tutte queste ipotesi, «per rimettere in moto il procedimento è necessario che la parte diligente eserciti l'onere di un impulso successivo a quell'atto o fatto che ha azionato la temporanea stasi provocando la crisi del procedimento»²⁷⁸.

Occorre un primo rilievo: l'incapace naturale non può vedersi garantita la certezza che il processo quiescente non rimarrà tale fintantoché giunga l'estinzione; come affermato in precedenza infatti l'incapacità naturale è uno stato soggettivo che compromette le facoltà intellettive e volitive del soggetto che ne è colpito, senza che ciò possa essere in alcun modo evitato dallo stesso infermo. Dalla mancata riassunzione discende l'estinzione del processo e, anche se quest'ultima non estingue l'azione²⁷⁹, non garantire all'incapace naturale la medesima opportunità garantita a tutti i soggetti di diritto di far “rivivere” un processo di cui lui stesso è parte, realizza una palese disparità di trattamento di certo censurabile in riferimento all'art. 3 della Costituzione.

Nell'ipotesi in cui poi l'incapace naturale sia parte attrice del processo entrato in stato di quiescenza, la lesione del diritto di quest'ultimo è ancor più palese: infatti, salvo che abbia ulteriori interessi in causa, al convenuto di certo gioverà avere come controparte una parte incosciente della cui inattività profittare²⁸⁰. In altri termini, l'inattività della parte attrice incapace naturale non sarà, almeno di norma, colmata dalla riassunzione di chi è parte passiva; al contrario quest'ultima lascerà che il processo si estingua approfittando della condizione dell'incapace e al contempo danneggiandone gli interessi.

²⁷⁷ In ordine agli atti in esame infatti esistono e sono previste ipotesi in cui l'impulso anziché far carico alle parti faccia carico al giudice: in questo caso si è in presenza di un sistema connotato dall'impulso d'ufficio. Il mancato ovvero erroneo esercizio dell'attività propulsiva da parte del giudice non incide mai **direttamente** sul processo, se non in riferimento al necessario compimento o rinnovazione dell'atto omesso o irregolarmente compiuto. La conseguenza di questo mancato o erroneo esercizio può comportare eventuali sanzioni a carico dell'organo senza però come detto, compromettere irrimediabilmente il processo. Cfr. TARZIA, G., *Manuale del processo del lavoro*, III ed., Milano, 1987, p. 134 e 144; SALETTI, A., *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981, p. 119-120.

²⁷⁸ FANELLI, R., *La riassunzione della causa nel processo civile*, Napoli, 1956, p. 10.

²⁷⁹ VACCARELLA, R., *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, p. 295; MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, IV ed., vol. II, Torino, 1983, p. 261; SALETTI, A., *Riassunzione del processo I) diritto processuale civile*, op. cit., p. 12; MICHELI, G.A., *Corso*, op. cit., vol. II, Milano, 1959, p. 206; ZANZUCCHI, M. T., *Diritto processuale civile*, VI ed., vol. II e III a cura di VOCINO, C., Milano, 1962-1964, p. 160; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, Torino, 2010, p. 207.

²⁸⁰ Cass., 17 giugno 1968, n. 1943 con nota di FINOCCHIARO, A., in *Giustizia civile*, 1968, I, p. 1985, spec. p. 1988.

Nel caso in cui l'incapace naturale decada incolpevolmente dal potere di riassumere il processo a causa del suo stato e considerata la condizione di incapacità naturale come causa di forza maggiore o come caso fortuito²⁸¹, di certo deve ritenersi ammissibile l'istanza di rimessione in termini proveniente dall'incapace stesso²⁸². La mancata riassunzione di un processo causata dallo stato di infermità di colui che era legittimato a riassumere deve ritenersi giustificata poiché, lungi da integrare una scelta consapevole, si configura come esito di una malsana condizione di chi avrebbe dovuto porre in essere l'atto di impulso.

Oltre a questo, al fine di evidenziare come l'attuale disciplina della riassunzione rischi di pregiudicare l'incapace naturale, deve ragionarsi in ordine alle ipotesi di estinzione conseguenti alla mancata riassunzione del processo sospeso od interrotto e, segnatamente, in ordine alle pronunce della Corte costituzionale²⁸³ circa l'individuazione del giorno dal quale far decorrere il termine perentorio di tre mesi previsto dalla legge per la riassunzione del processo sospeso od interrotto.

Con le pronunce n. 139 del 1967 e n. 34 del 1970, la Consulta ha rispettivamente dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 305 e 297 c.p.c.

In ordine alla prima disposizione, questa viene censurata in riferimento all'art. 24 Cost., nella parte in cui fa decorrere dalla data dell'interruzione del processo il termine per la sua prosecuzione o la sua riassunzione anche nei casi regolati dal precedente art. 301, in quelle ipotesi cioè in cui l'evento interruttivo riguardi la persona del difensore.

Relativamente alla seconda disposizione, l'art. 297 c.p.c. viene dichiarato illegittimo in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui dispone la decorrenza del termine utile per richiesta di fissazione della nuova udienza dalla cessazione della causa di sospensione anziché dalla conoscenza che ne abbiano le parti del processo sospeso.

Ponendo l'attenzione alla seconda questione di legittimità, la stessa è stata posta con esclusivo riferimento alla cessazione della causa di sospensione di cui all'art. 3 c.p.p., ma è stata la Corte stessa, nel pronunciarsi, ad estendere i principi da lei affermati in quella sede, alla residua ipotesi di passaggio in giudicato della sentenza che definisce la controversia civile o amministrativa di cui all'art. 295²⁸⁴.

²⁸¹ Cass., 21 marzo 1994, n. 2650.

²⁸² CAPONI, R., *La rimessione*, *op. cit.*, p. 336.

²⁸³ Corte Cost. sent. 12 dicembre 1967, n. 139; Corte cost. sent. 26 febbraio 1970, n. 34

²⁸⁴ «Nelle tre ipotesi previste dal citato art. 297, comma primo (e così considerate dalle ordinanze), la cessazione della causa di sospensione di cui all'art. 3 del codice di procedura penale, ed il passaggio in giudicato della sentenza che definisce la controversia civile o amministrativa di cui all'art. 295 del codice di procedura civile, potrebbero essere ignorati dalla parte interessata alla prosecuzione del processo 'in

Come si nota, in luogo dell'elemento oggettivo²⁸⁵ viene ad assumere rilevanza un elemento di natura soggettiva: posteriormente alle pronunce della Consulta, il *dies a quo* per la riassunzione del processo sospeso non è più individuato nella cessazione della causa di sospensione, così come per la riassunzione del processo interrotto non si ha più riguardo alla data dell'evento interruttivo. Ciò che rileva oggi è la conoscenza che le parti del processo sospeso o interrotto hanno di detti eventi.

La conoscenza dell'evento cui la decorrenza di un termine perentorio, è prescritta dal nostro sistema processuale caratterizzato dalla «imposizione alle parti di una serie di oneri e di termini alla cui mancata osservanza vengono ricollegate decadenze e preclusioni»; sistema che per sfuggire a censure di legittimità costituzionale è necessario che garantisca alle parti la possibilità di ottenere la pronuncia di merito che «costituisce fine del processo».

Gli interventi della Consulta hanno creato problematiche prima estranee alla disciplina della riassunzione del processo: individuato nella conoscenza di un determinato evento il *dies a quo* di decorrenza del termine utile per la riassunzione, infatti, si pone il problema relativo alla necessità di determinare con assoluta certezza il momento in cui tale conoscenza possa dirsi raggiunta²⁸⁶. La Corte di Cassazione ha risolto l'incertezza tentando di ancorare l'elemento soggettivo di cui sopra si è detto ad un elemento oggettivo consistente in atti processuali che lascino presumere la presa di conoscenza della parte. Per conoscenza degli eventi deve intendersi non la conoscenza degli stessi comunque acquisita da taluna delle parti, bensì la conoscenza «legale», conseguita attraverso atti processuali, (*id est*, comunicazioni e notificazioni)²⁸⁷.

Il nostro problema da questo modo di ragionare è reso ancora più complesso: l'incapace naturale, infatti, in quanto capace processualmente può essere destinatario di valide notificazioni, e quindi, nella specie, anche della notificazione che abbia ad oggetto l'evento interruttivo ovvero la cessazione della causa di sospensione, senza che

quanto esorbitanti dal campo delle sue ordinarie occupazioni ed esperienze e non fatti oggetto di obblighi od oneri di notifiche o comunicazioni alla parte stessa, a carico di chicchessia'». Corte cost. 34/1970.

²⁸⁵ Cessazione causa d'estinzione, passaggio in giudicato della sentenza che definisce la controversia civile o amministrativa di cui all'art. 295 c.p.c., per quanto riguarda la riassunzione del processo sospeso; ovvero morte, perdita della capacità di stare in giudizio di una delle parti o del suo rappresentante legale, la cessazione di tale rappresentanza, la morte, la radiazione o la sospensione dall'albo professionale del difensore legale, per quanto riguarda la riassunzione del processo interrotto.

²⁸⁶ CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 569.

²⁸⁷ Cass., 7 ottobre 1968, n. 3138.

il suo stato incida in alcun modo sul perfezionamento del procedimento di notificazione²⁸⁸.

Questo genera non poche perplessità. La questione è la seguente: è necessario interrogarsi circa la possibilità per l'ufficiale giudiziario di notificare un atto ad una persona in stato di incapacità naturale. La Corte di cassazione si è interrogata in ordine a tale questione e, senza fornire risposta alcuna, ha comunque assunto delle posizioni che possono in un certo senso rendere visibili quali siano i reali motivi che ostacolano ad una seria considerazione del problema dell'incapacità naturale nel processo civile. Il Supremo Collegio, da un lato non nega che l'infermità mentale possa essere annoverata tra le ipotesi di caso fortuito, e dall'altro afferma la necessità di valutare se tale incapacità comporta l'incapacità processuale del destinatario della notificazione.

Espressamente si ammette, quindi, che l'incapace naturale potrebbe non essere capace processualmente, ma al contempo e nella medesima pronuncia, la Corte di cassazione esclude una valutazione di tal fatta sulla base dell'impossibilità²⁸⁹ di disporre un necessario apprezzamento di natura medico-legale²⁹⁰. Sembra che questioni procedurali, certamente indispensabili per garantire l'ordinato svolgersi del processo in tutti i suoi gradi, prevalgano a svantaggio di questioni sostanziali come quella della tutela dei soggetti in discorso.

Altrove è stato inoltre affermato che considerare come rilevante (e quindi bisognosa di disciplina) la condizione di coloro che abbiano come controparte un incapace naturale «richiederebbe un'assurda indagine (da parte di chi agisce o resiste in giudizio) sulle condizioni mentali della controparte,»²⁹¹. Inoltre a proposito è stato ritenuto necessario «evitare che i terzi prima di compiere un atto processuale, debbano svolgere un'indagine o chiedere giudiziali accertamenti sulle condizioni fisio-psichiche della controparte. senza considerare che se fosse possibile un accertamento incidentale della capacità naturale delle parti molti processi resterebbero bloccati»²⁹².

Le preoccupazioni espresse da tali affermazioni sono assolutamente condivisibili: è certamente vero che rendere complicato più di quanto già lo sia lo svolgimento dei processi è sicuramente non indicato e sconveniente; ma d'altro canto non può ammettersi in virtù di una problematica di natura pratica, come quella relativa

²⁸⁸ COSTANTINO, G., *Il giubileo del medico dei pazzi*, op. cit., spec. c. 1049.

²⁸⁹ Vista l'impossibilità di disporre ulteriori accertamenti istruttori dinanzi alla Corte di cassazione.

²⁹⁰ Cass., 21 marzo 1994, n. 2650.

²⁹¹ LAZZARO, F., GURRIERI, M., D'AVINO, P., *L'esordio*, op. cit., p. 7.

²⁹² Cass., 4 giugno 1975, n. 2227.

all'«assurda» indagine che si richiederebbe sulle condizioni della controparte presunta incapace di intendere e volere, il sacrificio dei diritti dei soggetti che, in quanto deboli, maggiormente dovrebbero essere tutelati.

Oltre a questo è necessario considerare che qualora l'incapace naturale venga considerato, come viene fatto dalla pressoché unanime dottrina, destinatario di valide notificazioni, peraltro dovrà anche accettarsi che un eventuale rifiuto inconsapevole di ricevere l'atto da parte dello stesso venga equiparato ad un rifiuto consapevole, con la conseguenza che la notificazione, seppur non effettuata, sarà considerata come eseguita in mani proprie (art. 138, 2° comma, c.pc.).

Questa tesi non può ammettersi. A ben vedere infatti la legge processuale, almeno in tema di notificazioni, si pone il problema dell'incapacità naturale: ex art. 139, 2° comma, c.p.c. infatti si legge che «Se il destinatario non viene trovato in uno di tali luoghi, l'ufficiale giudiziario consegna copia dell'atto a una persona di famiglia o addetta alla casa, all'ufficio o all'azienda, purché non minore di quattordici anni o non palesemente incapace». Di conseguenza se la legge processuale considera e disciplina la problematica dell'incapacità naturale in relazione ad un soggetto (il consegnatario) la cui presenza è meramente eventuale, *a fortiori* non può considerarsi indifferente di fronte alla medesima problematica relativa però ad un soggetto (il destinatario del procedimento di notificazione) la cui presenza è essenziale ed imprescindibile.

Nell'ipotesi in cui ad essere destinatario di una notificazione sia un incapace naturale non può dirsi realizzato lo scopo cui la notificazione stessa è preordinata e cioè la trasmissione di una notizia o di un atto verso un destinatario predeterminato²⁹³.

L'incapace naturale potrebbe, anche dal punto di vista fisico, non essere in grado di ricevere la notizia oggetto della notificazione. Può ritenersi validamente effettuata la notificazione che abbia come destinatario un soggetto in coma? Può ritenersi validamente effettuata quella notificazione diretta ad un soggetto *non compos sui* che non sia in grado di comprendere di essere il destinatario della notifica di un determinato atto processuale?

Sembra di no. La notificazione all'incapace naturale, per quanto si vuole continuare ad insistere sulla sua piena capacità processuale, non realizza la fattispecie legale. Non può dirsi che la notizia oggetto della notificazione raggiunga e renda cosciente chi per definizione non è in grado di intendere. La notificazione effettuata nei confronti del

²⁹³ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., p. 114.

soggetto in coma, o comunque più generalmente, nei confronti del soggetto incapace naturale deve considerarsi *tamquam non esset*, poiché, sostanzialmente, non realizza trasmissione di notizia alcuna, non trasferisce di fatto alcuna conoscenza. In quest'ordine di idee si colloca un primo approccio della Corte di cassazione che, prima di elaborare la categoria della conoscenza legale cui prima si è fatto cenno, ha ritenuto, più ragionevolmente si reputa, che il termine per la riassunzione del processo dovesse decorrere dalla conoscenza, non legale, ma effettiva dell'evento.

A parere della Suprema Corte infatti « la decorrenza di un termine processuale dalla data di un evento di cui il soggetto non conosca l'avverarsi, incide, in senso pregiudizievole, sul concreto esercizio del diritto alla difesa [...] In sostanza la ragione dell'illegittimità [costituzionale] è stata ravvisata nell'*inscientia* della parte del verificatosi evento, mentre l'esigenza della difesa in giudizio richiede che il termine decorra da quando la parte abbia avuto conoscenza dell'evento interruttivo affinché la parte stessa sia in grado di utilizzare nella sua interesse il termine processuale ad essa assegnato»²⁹⁴. Deve evitarsi che dall'eventuale *inscientia*²⁹⁵ della parte incapace naturale in ordine al decorrere del termine per la riassunzione discenda l'estinzione del processo.

Le pronunce della Consulta di cui si è detto sono intervenute proprio al fine di scongiurare che l'estinzione del processo si realizzasse all'insaputa delle parti²⁹⁶; qui si ritiene che si debba allo stesso modo scongiurare che l'estinzione si realizzi all'insaputa dell'incapace naturale. Questo può garantirsi esclusivamente ancorando il decorso del termine utile per la riassunzione ad una conoscenza che sia effettiva. *A fortiori* per un incapace naturale è necessario che gli venga garantita l'assistenza e la presenza di un soggetto che possa in suo luogo ricevere notificazioni rilevanti come quella avente ad oggetto l'avverarsi di un fatto interruttivo, ovvero la cessazione della causa di sospensione. La parte incapace naturale è posta in una posizione di svantaggio e nei suoi confronti, come nei confronti di quella parte che subiva a sua insaputa l'estinzione del processo, non può di certo dirsi garantito il regolare e normale svolgimento del contraddittorio²⁹⁷.

²⁹⁴ Cass., 17 giugno 1968, n. 1943.

²⁹⁵ Corte cost. sent. 26 febbraio 1970, n. 34.

²⁹⁶ CAPONI, R., *La rimessione, op. cit.*, p. 101.

²⁹⁷ Corte cost. sent. 26 febbraio 1970, n. 34.

In questo ordine di idee, infatti, si configura come ipotesi né eccezionale né rara, quella per cui l'incapace naturale rimanga completamente ignaro riguardo sia al decorrere del termine di riassunzione che in ordine alla intervenuta estinzione²⁹⁸.

A bene vedere ed in conclusione, sembra che la condizione dell'incapace naturale nel processo civile sia ritenuta irrilevante non tanto dalla legge processuale, quanto piuttosto dagli operatori stessi del diritto in virtù di un timore circa la difficoltà pratica di porre rimedio ad una condizione come quella in parola che già *ex antea* si pone come poco determinata; timore che, seppur certamente fondato, non può prevalere sull'esigenza di tutela di chi in tale condizione di trovi.

II.4.1. Disconoscimento della scrittura privata

A norma dell'art. 2702 c.c. «la scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni di chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta». Dal dato normativo si evince la necessità di accertare la riferibilità soggettiva, l'imputabilità giuridica del documento²⁹⁹, così da render pacifica la provenienza dello stesso: la scrittura privata, in ordine all'efficacia probatoria, non mostra alcuna attitudine particolare³⁰⁰; la stessa infatti, una volta prodotta in giudizio, non è che un mero sostegno dell'affermazione dell'interessato, costituendo solo oggetto del possibile apprezzamento del giudice³⁰¹.

Ciò che fa piena prova non ha nulla a che vedere con il contenuto intrinseco del documento³⁰². Il valore di prova legale, di «efficacia privilegiata»³⁰³, della scrittura

²⁹⁸ Le sentenze del Giudice delle leggi mancano di prendere in considerazione un ulteriore aspetto: quello relativo all'ipotesi in cui il fatto incolpevole impedisca, non la conoscenza del *dies a quo*, bensì la vera e propria riassunzione. In altri termini, la parte interessata sa che il termine per la riassunzione del giudizio decorre e, elemento ancor più rilevante, è cosciente anche del momento da cui lo stesso ha iniziato a decorrere, ma un fatto avveratosi successivamente all'acquisizione di detta conoscenza impedisce la riassunzione tempestiva²⁹⁸. Si consideri il caso in cui il soggetto pienamente capace, dopo aver ricevuto la notificazione e quindi dopo essere divenuto cosciente del evento interruttivo o della cessazione della causa di sospensione, divenga incapace. In un'ipotesi di tal fatta è pacifico che l'istituto della rimessione in termini scongiuri la possibilità che la parte incolpevolmente decaduta dal potere di riassumere veda addossarsi le conseguenze della sua condotta omissiva. (Cfr. CAPONI, R., *La rimessione*, *op. cit.* p. 573).

²⁹⁹ CARPINO, B., *Scrittura privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, 1990, p. 805.

³⁰⁰ MARMOCCHI, E., *Scrittura privata*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1990, p. 5 e ss; CONTE, M., *Le prove civili*, Milano, 2005, p. 124.

³⁰¹ Cass., 11 luglio 1969, n. 2561; Cass., 26 luglio 1967, n. 1971.

³⁰² CONTE, M., *Le prove*, *op. cit.*, p. 125.

³⁰³ MARMOCCHI, E., *Scrittura privata*, *op. cit.*, p. 5.

privata³⁰⁴ è limitato infatti alla sola provenienza della stessa, prescindendo totalmente dal suo contenuto³⁰⁵. La veridicità della dichiarazione può essere accertata o contrastata con qualsiasi mezzo di prova³⁰⁶, visto che da un lato la scrittura privata non offre alcuna certezza circa i fatti in essa rappresentati³⁰⁷ e, dall'altro, che le parti non hanno a disposizione alcun potere per attribuire alle loro dichiarazioni carattere di veridicità³⁰⁸.

Gli effetti probatori descritti dall'art. 2702 c.c. vedono condizionato il loro dispiegarsi. Se da un lato è vero che la scrittura privata ha in sé l'attitudine di fare «piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta», dall'altro tale efficacia risulta essere limitata. In altri termini, la regola contenuta nel citato articolo ha rilevanza processuale solo relativamente ad alcune ipotesi³⁰⁹. L'efficacia in discorso infatti è subordinata al riconoscimento legale o giudiziale della sottoscrizione della scrittura³¹⁰. Dunque la scrittura privata, per avere piena efficacia probatoria, deve essere autenticata ovvero giudizialmente riconosciuta o giudizialmente verificata³¹¹. Nell'ipotesi in cui venga prodotta una scrittura privata nei confronti di una delle parti, la parte che vede attribuirselà è costretta a prendere posizione: o, ex art. 214 c.p.c., nega formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione, ovvero in caso di mancato disconoscimento la suindicata scrittura le sarà attribuita³¹².

Se una parte intende contestare l'attribuzione di una scrittura privata prodotta dalla controparte ha un'unica soluzione: il disconoscimento formale della scrittura medesima³¹³. La legge, stante la regola dell'art. 215 c.p.c., equipara un dato contegno omissivo della parte al c.d. riconoscimento tacito³¹⁴. La scrittura infatti si ha per

³⁰⁴ La scrittura privata è «quel documento [...] non proveniente da pubblico ufficiale, che viene in essere senza prescrizione di forme, capace di conservare durevolmente la rappresentazione, attraverso segni grafici, di un accadimento o la dichiarazione di uno o più soggetti, i quali vi appongono in calce la loro sottoscrizione, così facendo proprio ed assumendo la paternità di quanto in esso rappresentato» Cfr. MONTESANO, L., ARIETA, G., *Trattato di diritto processuale*, op. cit., tomo II, p. 1209 – 1210. Proprio in ragione di questa sua capacità rappresentativa, la legge processuale inquadra la scrittura privata, unitamente all'atto pubblico, nel sistema delle prove, e precisamente delle prove documentali precostituite, cioè formate fuori e indipendentemente dal processo nel quale vengono prodotte

³⁰⁵ MONTESANO, L., ARIETA, G., *Trattato di diritto processuale*, op. cit., tomo II, p. 1210.

Cass., 13 aprile 1987, n. 3667; Cass., 6 febbraio 1978, n. 534; Cass., 27 agosto 1999, n. 8979.

³⁰⁶ MARMOCCHI, E., *Scrittura privata*, op. cit., p. 6.

³⁰⁷ MARMOCCHI, E., *Scrittura privata*, op. cit., p. 6.

³⁰⁸ CARPINO, B., *Scrittura privata*, op. cit., p. 805.

³⁰⁹ CARPINO, B., *Scrittura privata*, op. cit., p. 806.

³¹⁰ MONTESANO, L., ARIETA, G., *Trattato di diritto processuale*, op. cit., tomo II, p. 1210.

³¹¹ CARPINO, B., *Scrittura privata*, op. cit., p. 806.

³¹² CARPINO, B., *Scrittura privata*, op. cit., p. 806.

³¹³ CONTE, M., *Le prove*, op. cit., p. 128.

³¹⁴ CARPINO, B., *Scrittura privata*, op. cit., p. 806.

riconosciuta se è prodotta nei confronti di una parte costituita che non la disconosca nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla sua produzione, ovvero se è prodotta nei confronti di un contumace, salvo quanto disposto *ex art.* 293, 3° comma, c.p.c.

È necessario, quindi, affrontare la questione relativa al mancato disconoscimento della scrittura privata sia avendo riguardo all'ipotesi in cui la parte incapace naturale sia costituita in giudizio, sia in riferimento a quella in cui la stessa sia invece rimasta contumace.

In ordine a quanto disposto *ex art.* 215, n. 1, la prima ipotesi da doversi considerare è quella in cui l'incapace naturale non si sia costituito in giudizio. Lo stesso, considerato (ingiustamente) alla stessa stregua di qualsiasi altra parte capace rimasta contumace, vede concedersi la possibilità di disconoscere le scritture private contro di lui prodotte «nella prima udienza o nel termine assegnatogli dal giudice istruttore».

Oltre a quanto disposto dall'*art.* 293, 3° comma, c.p.c., a tutelare la posizione del contumace relativamente agli effetti del mancato disconoscimento, contribuisce anche l'interpretazione dell'*art.* 292 c.p.c. posteriore alle pronunce della Consulta, la quale ha posto il contumace nelle condizioni di essere edotto della produzione di documenti non indicati nell'atto di citazione. Il Giudice delle leggi ha infatti dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'*art.* 292, 1° comma, c.p.c. in relazione all'*art.* 215, n. 1, dello stesso codice, nella parte in cui non prevede la notificazione al contumace del verbale in cui si dà atto della produzione della scrittura privata non indicata in atti precedenti»³¹⁵.

La disciplina risultante peraltro, seppure può considerarsi soddisfacente se si ha riguardo ad un soggetto capace, risulta essere tutt'altro che sufficiente se considerata in relazione ad un incapace naturale.

In ordine infatti alla prima previsione cui si è fatto cenno, deve ammettersi che l'incapace naturale rimasto contumace potrebbe non costituirsi mai, non potendo conseguentemente mai profittare di quanto offertogli *ex art.* 293, 3° comma, c.p.c.

E, sempre nello stesso ordine di idee, qualora allo stesso venga notificato, *ex art.* 292, il verbale in cui si dà atto della produzione di una scrittura privata non indicata nell'atto introduttivo del giudizio, non si comprende perché l'incapace naturale, non costituitosi posteriormente alla notificazione dell'atto di citazione, debba invece costituirsi dopo aver ricevuto la notifica del verbale; quest'ultimo, a ben vedere, non ha nulla di diverso

³¹⁵Corte cost. sent. 18 maggio-6 giugno 1989, n. 317.

(salvo che il contenuto) rispetto all'atto di citazione: il verbale in discorso svolge la medesima funzione svolta dall'atto introduttivo del giudizio e da tutti gli altri atti che, stante la regola *ex* 292 c.p.c., devono necessariamente notificarsi al contumace.

Stessa funzione, perseguimento della medesima finalità, necessariamente stessi effetti: il contumace al quale viene notificato il verbale in cui si dà atto della produzione in corso di causa di scritture private non prodotte precedentemente, è lo stesso incapace naturale rimasto inerte posteriormente alla notificazione dell'atto di citazione ed è lo stesso incapace naturale che, molto probabilmente, rimarrà nuovamente inerte.

Non sembra esserci infatti alcun motivo che induca a ritenere che la notificazione del verbale possa sortire effetti maggiori rispetto alla notificazione dell'atto di citazione.

Facendo ora riferimento alla seconda ipotesi su cui vuole riflettersi, si consideri il caso in cui l'incapace naturale sia regolarmente costituito in giudizio. Anche in siffatta ipotesi, quanto offerto e concesso dall'ordinamento non sembra essere abbastanza: l'incapace, infatti, per impedire che gli venga attribuita la paternità di scritture private di cui lui stesso non è né autore né sottoscrittore, dovrebbe come chiunque altro, *ex* art. 215, n. 2 c.p.c., compiere una dichiarazione di volontà³¹⁶, che integri una impugnazione specifica e determinata³¹⁷ tale che se ne possa desumere con certezza la negazione dell'autenticità della scrittura o della relativa sottoscrizione³¹⁸. E il tutto dovrebbe essere compiuto dallo stesso, con un atto processuale, immediatamente successivo alla produzione in giudizio della scrittura.

Ancora una volta l'incapace naturale non è posto nella condizione di potersi difendere: allo stesso vengono dirette richieste che già *ex antea* appare impossibile soddisfare. Lo stesso infatti è incosciente, non è consapevole di sé e delle proprie azioni, agisce sconsideratamente senza valutare le possibili conseguenze che dalle stesse azioni (od omissioni) possono discendere³¹⁹.

Si chiede infatti una condotta che sia determinata, individuata nel suo contenuto che deve essere univoco; gli si richiede una condotta che, oltre ad essere inequivoca e

³¹⁶ Cass., 23 maggio 2003, n. 8201.

³¹⁷ Cass., 6 febbraio 2002, n. 1591 secondo la quale «al fine di evitare che la scrittura privata prodotta in giudizio acquisti efficacia di piena prova è necessaria un'impugnazione specifica e determinata, da compiersi con atto processuale immediatamente successivo alla produzione in giudizio della scrittura, tale che se ne possa desumere con certezza la negazione dell'autenticità della scrittura e/o della sottoscrizione».

³¹⁸ ANDRIOLI, V., *Commento op., cit.*, vol. II, *sub* art. 214 p. 140.

³¹⁹ DEVOTO, G., OLI, G.C., *Incosciente*, in DEVOTO, G., OLI, G.C., (a cura di SERIANNI, L., TRIFONE, M.) *Il Devoto – Oli Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2009, p. 1364.

specificata³²⁰, sia anche tempestiva; si richiede, in altri termini, prontezza di reazione e precisione nell'agire.

Il disconoscimento della scrittura privata costituisce onere processuale il cui assolvimento è posto esclusivamente in capo all'incapace naturale apparente autore o sottoscrittore della scrittura³²¹. Nelle situazioni connotate dalla presenza di un onere processuale, la parte in capo alla quale grava l'assolvimento dello stesso è posta «nell'alternativa tra il compiere un'attività che può produrre, se essa vuole, un effetto ad essa vantaggioso, e il subire l'effetto svantaggioso derivante dalla sua inerzia»³²².

Nella specie, l'incapace naturale può disconoscere della scrittura ovvero subire gli effetti del mancato disconoscimento. A ben vedere, però, l'incapace, almeno nella maggior parte delle ipotesi, nulla farà e nulla dichiarerà³²³, quindi in realtà gli viene negata qualsiasi tipo di scelta.

In siffatta situazione, connotata dall'assenza di strumenti idonei alla tutela dell'incapace, sia questo regolarmente costituito in giudizio, ovvero rimasto contumace, sembra che l'unica e reale «possibilità di salvezza» per l'incapace naturale sia affidata al suo difensore. Il disconoscimento infatti può essere compiuto anche da quest'ultimo, il quale è chiamato a svolgere tutte le attività processuali non espressamente riservate alla parte³²⁴ e che non comportino disposizione del diritto controverso³²⁵.

A ben vedere, però, tale soluzione, seppur soddisfacente sul piano pratico, suscita qualche perplessità. Il difensore nel procedimento civile infatti è chiamato a compiere tutti quegli atti idonei ad inserirsi validamente nel processo e preclusi alla parte³²⁶, lo stesso deve compiere in luogo della parte quelle attività che la stessa, stante la mancanza dello *ius postulandi*, non ha il potere di «porre in essere direttamente»³²⁷.

Nell'ipotesi descritta *ex art.* 215 c.p.c., peraltro, la parte avrebbe il potere di disconoscere la scrittura privata prodotta nei suoi confronti; non è quindi la carenza di

³²⁰ Cass., 23 maggio 1980, n. 3490; Cass., 12 dicembre 1979, n. 6475; Cass., 23 gennaio 1978, n. 292.

³²¹ MAZZEO, A., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile, op. cit., sub art.* 214, p. 1228.

³²² Corte di Appello di Firenze 26 ottobre 1929, con nota di CALAMANDREI, P., *Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio*, p. 298.

³²³ CARPINO, B., *Scrittura privata, op. cit.*, p. 807; A ben vedere, l'incapace naturale non ha davanti a sé alternativa alcuna e l'eventuale vantaggio che all'incapace stesso potrebbe anche derivare, nel caso in cui disconoscere la scrittura, sarebbe il frutto, non del consapevole assolvimento dell'onere, ma di un **casuale** rispetto del dettame normativo.

³²⁴ CONTE, M., *Le prove, op. cit.*, p. 130.

³²⁵ MONTESANO, L., ARIETA, G., *Trattato di diritto processuale, op. cit.*, tomo II, p. 1227; MAZZEO, A., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile, op. cit., sub art.* 214, p. 1228; CONTE, M., *Le prove, op. cit.*, p. 130; Cass., 27 luglio 2000, n. 9869.

³²⁶ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, *op. cit.*, vol. I, p. 320.

³²⁷ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, *op. cit.*, vol. I, p. 347.

potere in capo alla parte ad impedire il disconoscimento, ma lo stato di incapacità naturale.

Il difensore ha il compito di trasformare la pretesa in domanda e la resistenza in eccezione³²⁸ e non di rimediare all'inetitudine psichica del suo assistito. E soprattutto è da sottolineare che il difensore non può prescindere dalla volontà della parte, a questa infatti appartiene sia l'azione, che il potere di disporne³²⁹. Come può l'avvocato trasformare in domanda una pretesa non esternata? Come può l'avvocato trasformare in eccezione una resistenza non posta in essere? Anche a prescindere da quanto sopra, all'incapace naturale viene comunque negata una *chance*³³⁰: mentre i soggetti completamente capaci possono essi stessi, oltre che i loro difensori, disconoscere ciò che non hanno né sottoscritto né redatto, tale possibilità è di fatto preclusa all'incapace naturale.

Anche in siffatta ipotesi sembra ragionevole ritenere che l'unica strada percorribile a tutela degli interessi dell'incapace naturale sia l'applicazione dell'istituto della rimessione in termini: sia che l'incapace naturale fosse costituito in giudizio, infatti, sia che lo stesso fosse rimasto contumace, il giudice, accertato che il mancato disconoscimento è stato frutto della condizione alterata in cui la parte chiamata allo stesso versava, dovrà accordare alla stessa la possibilità di attivarsi posteriormente, considerando giustificata la condotta omissiva in parola.

È evidente però, che non si possa confidare nel ravvedimento dell'incapace nell'ipotesi in cui l'incapacità naturale sia permanente, così come risulta evidente l'assenza di tutela nel caso in cui l'incapace sia costituito personalmente in giudizio, ed è proprio per queste ragioni che, ancora una volta, si reputa come soddisfacente solo quella soluzione che vede in giudizio, al fianco dell'incapace naturale, un soggetto che ne curi e rappresenti gli interessi.

³²⁸ CARNELUTTI, F., *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, p. 464 e ss.

³²⁹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., vol. I, p. 320.

³³⁰ CIPRIANI, F., *Errori nella difesa e responsabilità del difensore*, in *Il giusto processo civile*, I, 2009, p. 1 e ss., spec. p. 7.

II.4.2. Richiesta della sentenza *ex art. 186 quater* da parte dell'intimato

Ai sensi dell'art 186 *quater* c.p.c.³³¹ «esaurita l'istruzione, il giudice istruttore, su istanza di parte che ha proposto domanda di condanna al pagamento di somme ovvero alla consegna o al rilascio di beni, può disporre con ordinanza il pagamento, ovvero la consegna o il rilascio, nei limiti per cui ritiene già raggiunta la prova. Con l'ordinanza il giudice provvede sulle spese processuali. L'ordinanza è titolo esecutivo. Essa è revocabile con la sentenza che definisce il giudizio. Se dopo la pronuncia dell'ordinanza, il processo si estingue, l'ordinanza acquista l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza se la parte intimata non manifesta entro trenta giorni dalla sua pronuncia in udienza o dalla comunicazione, con ricorso notificato all'altra parte e depositato in cancelleria, la volontà che sia pronunciata la sentenza».

Presupposti per l'emanazione dell'ordinanza «postistruttoria»³³² quindi sono l'esaurimento dell'istruzione, l'istanza di parte e le limitazioni di cui si connota l'oggetto dell'istanza, il *petitum* delle domande infatti può consistere esclusivamente nel pagamento di somme, nella consegna di cose ovvero nel rilascio di beni³³³.

Finalità dell'ordinanza in parola è anticipare la tutela, ridurre lo iato che c'è tra l'acquisizione dei fatti e la decisione del giudice³³⁴, evitare in altri termini pregiudizi derivanti dalla lungaggine del processo.

L'ordinanza *ex art. 186 quater* rende possibile il realizzarsi di un meccanismo potenzialmente conclusivo del giudizio³³⁵, e si configura come un provvedimento potenzialmente sostitutivo della sentenza di primo grado³³⁶. Proprio al fine di permettere che l'ordinanza in esame possa assolvere alla sua funzione sostitutiva³³⁷, la stessa è dotata di efficacia esecutiva e, elemento ancor più significativo³³⁸, statuisce sulle spese

³³¹ Introdotta nel nostro ordinamento con il d.l. 21 giugno 1995, n. 238 reiterato con il d.l. 9 agosto 1005, n. 357 e il d.l. 18 ottobre 1995, n. 432 convertito con modificazioni nella l. 2 dicembre 1995, n. 534.

³³² TISCINI, R., *Art. 186-quater*, in BRIGUGLIO, A., CAPPONI, B., *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. I, Padova, 2007, p. 106.

³³³ PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed. rist., Napoli, 2012, p. 586.

³³⁴ LUISO, F., *Diritto processuale civile*, VI ed., vol. II, Milano, 2011, p. 69; ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *op. cit.*, sub art. 186 quater, p. 1150.

³³⁵ ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice op. cit.*, sub art. 186 quater, p. 1150.

³³⁶ SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XII ed. a cura di PUNZI, C., Padova, 1996, p. 375; LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 183; BALENA, G., *Elementi di diritto processuale civile*, III ed., vol. II, tomo I, Bari, 2006, p. 236.

³³⁷ SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XII ed. a cura di PUNZI, C., Padova, 1996, p. 375

³³⁸ LUISO, F., *Diritto, op. cit.*, p. 69.

processuali³³⁹; la previsione secondo la quale il provvedimento deve contenere la condanna alle spese, infatti, «induce a ritenere che esso abbia natura normalmente definitiva e siano, invece, nella *mens legis*, eccezionali i casi di prosecuzione del processo. La condanna alle spese, infatti, è indice della natura definitiva del provvedimento»³⁴⁰.

La norma in esame, a seguito della legge di riforma del processo civile n. 263 del 2005, ha subito una modifica che assume particolare rilievo³⁴¹. Il legislatore con il suo intervento ha capovolto il sistema precedente³⁴²: prima del 2005 il giudizio, posteriormente alla richiesta e alla concessione dell'ordinanza, proseguiva il suo *iter* naturale e, in mancanza di una espressa rinuncia della parte intimata³⁴³, il giudice pronunciava la sentenza. Nell'attuale sistema il meccanismo cui soggiace l'ordinanza è completamente diverso: una volta pronunciata l'ordinanza, alla parte intimata è lasciata la possibilità di chiedere espressamente che venga emanata la sentenza. In mancanza di un'espressa manifestazione di volontà in tal senso, che deve esplicitarsi mediante ricorso notificato alla controparte e depositato in cancelleria entro il termine di trenta giorni dalla pronuncia o dalla comunicazione dell'ordinanza in parola, il giudizio si concluderà con ordinanza, anziché con sentenza.

Non più quindi manifestazione espressa che abbia il fine di rendere nota alla controparte la volontà di rinunciare alla sentenza, ma al contrario, espressa richiesta della pronuncia di quest'ultima.

Non più espresso consenso alla naturale conclusione del procedimento, ma al contrario, tacito assenso alla chiusura del procedimento con ordinanza. In altre parole, prima del 2005 la manifestazione di volontà della parte intimata aveva l'effetto di donare all'ordinanza anticipatoria efficacia di sentenza impugnabile; a partire dal 2005

³³⁹ REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto*, op. cit., p. 266; RICCI, G.F., *Diritto*, op. cit. vol. I, p. 40; SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XII ed. a cura di PUNZI, C., Padova, 1996, p. 375; LUGO, A., *Manuale*, op. cit., p. 183

³⁴⁰ COSTANTINO, G., *La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995 n. 238)*, in *Foro Italiano*, 1995, II-V, c. 321 e ss. spec. c. 332.

³⁴¹ TRISORIO LIUZZI, G., *Art. 186 quater*, in CIPRIANI, F., MONTELEONE, G., *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, p. 134.

³⁴² TRISORIO LIUZZI, G., *Art. 186 quater*, in CIPRIANI, F., MONTELEONE, G., *La riforma*, op. cit., p. 134; TISCINI, R., *Art. 186-quater*, in BRIGUGLIO, A., CAPPONI, B., *Commentario*, op. cit., p. 106.

³⁴³ Per parte intimata si intende anche colei che non abbia ricevuto precetto alcuno, basta che la stessa risulti essere destinataria dell'ordinanza. Cfr. MONTELEONE, G., *Diritto processuale civile*, III ed. riv. agg., Padova, 2002, p. 402; SASSANI, B., CONSOLO, C., LUISO, F., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, p.201; DIDONE, A., *Osservazioni sulla rinuncia della sentenza da parte dell'intimato ex art. 186 quater c.p.c. e sull'impugnazione dell'ordinanza*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, I, p. 287, spec. p. 288; Cass., 12 maggio 2004, n. 8962; Cass., 15 luglio 2004, n. 13113; Cass., 8 marzo 2002, n. 3434.

invece, la manifestazione di volontà di chi è destinatario dell'ordinanza stessa è finalizzata ad ottenere la pronuncia della sentenza, è il mezzo grazie al quale l'ordinanza non acquista l'efficacia di sentenza impugnabile³⁴⁴.

Mentre prima, nonostante la presenza dell'ordinanza *ex art. 186 quater* c.p.c., la pronuncia della sentenza rappresentava comunque il naturale epilogo del processo, oggi tale pronuncia risulta essere meramente eventuale³⁴⁵. La possibilità che l'ordinanza anticipatoria si trasformi in sentenza è rimessa alla esclusiva disponibilità della parte intimata³⁴⁶.

Ora, è stato sostenuto che «l'istante nel chiedere l'ordinanza sa che, in caso di accoglimento [...] la controparte ha in mano la scelta fra il chiedere la sentenza o non chiederla con conseguente appellabilità immediata dell'ordinanza. In questo meccanismo non vi è alcunché di incostituzionale in quanto la parte se vuole può benissimo ottenere la pronuncia motivata, costituzionalmente garantita: basta che non proponga l'istanza. E a sua volta la controparte se vuole può benissimo ottenere la sentenza: basta chela chiedi»³⁴⁷.

Tale affermazione di principio è sì condivisibile, ma non sembra esserlo nella totalità dei casi.

Il problema si pone, infatti, nell'ipotesi in cui la parte **non possa** chiedere la sentenza, si pone nel caso in cui la stessa sia inconsapevole ed incosciente. A norma dell'art. 186 *quater*, 4° comma, c.p.c. la mancata richiesta della sentenza entro il termine ivi indicato equivale ad un «preciso ed inequivoco atto di volontà della parte soccombente»³⁴⁸. È possibile definire l'inattività di un soggetto causata dall'incapacità di intendere e volere dello stesso come «preciso ed inequivoco atto di volontà»? Non sembra sia possibile rispondere positivamente.

Il meccanismo processuale previsto dalla norma in parola, infatti, raggiunge il suo scopo qualora i soggetti protagonisti dello stesso risultino da un lato in grado di intendere le alternative prospettate dalla norma, e dall'altro in grado di volere realmente ciò che dichiarano di scegliere.

³⁴⁴ TRISORIO LIUZZI, G., *Art. 186 quater*, in CIPRIANI, F., MONTELEONE, G., *La riforma*, *op. cit.*, p. 138; TISCINI, R., *Art. 186-quater*, in BRIGUGLIO, A., CAPPONI, B., *Commentario*, *op. cit.*, p. 106; LUGO, A., *Manuale*, *op. cit.*, p. 182; BALENA, G., *Elementi*, *op. cit.*, p. 238 – 239; LUISO, F., *Diritto*, *op. cit.*, p. 71.

³⁴⁵ TRISORIO LIUZZI, G., *Art. 186 quater*, in CIPRIANI, F., MONTELEONE, G., *La riforma*, *op. cit.*, p. 137.

³⁴⁶ LUISO, F., *Diritto*, *op. cit.*, p. 71.

³⁴⁷ LUISO, F., *Diritto*, *op. cit.*, p. 71.

³⁴⁸ TRISORIO LIUZZI, G., *Art. 186 quater*, in CIPRIANI, F., MONTELEONE, G., *La riforma*, *op. cit.*, p. 138.

Nel caso in cui, invece, vi sia un soggetto la cui condotta non risulta essere né il frutto di una consapevole scelta, né tantomeno il risultato di una strategia processuale tendente alla realizzazione dei suoi interessi, allora il meccanismo in parola difetta, e di molto.

L'incapace naturale che non è in grado di discernere quali siano le condotte convenienti da adottare, nel caso in cui lasci inutilmente decorrere il termine previsto per la richiesta della sentenza, si ritroverà a **subire**, e non a scegliere, la chiusura del procedimento con un'ordinanza. È necessaria una precisazione. Il problema che qui si sta prospettando, quasi certamente, non si pone nell'ipotesi in cui il soggetto seppur incapace naturale, sia comunque difeso ed assistito da un avvocato. Compito primario e fondamentale di quest'ultimo infatti è «difendere - nel rispetto della Costituzione, delle leggi ordinarie e della deontologia professionale – chi lo chiama in aiuto e gli si affida»³⁴⁹. Ma *quid iuris* per chi si difende personalmente? Come garantire a quest'ultimo la possibilità di operare nel concreto la scelta offerta *ex art. 186 quater c.p.c.*?

L'ordinamento concede alla parte intimata uno specifico potere processuale: ottenere la chiusura del processo con la sentenza, anche nel caso in cui il giudice istruttore abbia emanato un provvedimento in grado di sostituirla. Ora, se non si vuole dubitare della legittimità costituzionale della disposizione, se «**tutti** i cittadini [...] sono eguali davanti alla legge», si deve necessariamente affermare che lo strumento previsto dalla norma in parola sia a disposizione di chiunque si trovi nella situazione descritta dalla stessa e di chiunque voglia avvalersene. Di chiunque, quindi anche dell'incapace naturale.

A quest'ultimo, però, sembra che sia di fatto negata la possibilità di scegliere tra le alternative prospettate dalla norma. È molto probabile che lo stesso subisca la chiusura con ordinanza del processo, ma non perché lo ritenga più conveniente.

Il meccanismo previsto in seguito alla pronuncia dell'ordinanza *ex art. 186 quater* è un meccanismo di «rimessione all'altrui volontà»³⁵⁰, ma nel caso di incapacità naturale della parte intimata, si rimette la forma del provvedimento conclusivo del giudizio ad una volontà inconsapevole. A questo si aggiunga poi che la circostanza per cui il processo si conclude con un'ordinanza piuttosto che con una sentenza è tutt'altro che irrilevante. È stato affermato infatti che «l'unico obiettivo realizzato [dalla norma in esame] appare quello di esonerare irrazionalmente i giudici dalla stesura delle

³⁴⁹ CIPRIANI, F., *La professione di avvocato*, in ID, *Avvocatura e diritto alla difesa*, Napoli, 1999, p. 8

³⁵⁰ ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice op. cit.*, *sub art. 186 quater*, p. 1159.

motivazioni delle sentenze, dal rispetto della regola della necessaria coincidenza tra chiesto e pronunciato ai sensi dell'art. 112 dalla osservanza dell'art. 277»³⁵¹ a norma del quale nel «pronunciare sul merito – il giudice – deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni». Orbene l'ordinamento giuridico, al fine di realizzare un «alleggerimento della crisi del processo civile»³⁵², tollera che un procedimento veda il suo epilogo suggellato in un provvedimento succintamente motivato, immediatamente esecutivo, e frutto di un lavoro del giudice di certo non paragonabile a quello necessario per la stesura di una sentenza e soprattutto per la stesura della motivazione di quest'ultima³⁵³. Allo stesso tempo però, l'ordinamento, tollera tale semplificazione alla sola condizione che la stessa venga tollerata anche dalla parte che la viene a subire. La parte intimata deve sceglierla consapevolmente.

Non sembra che la situazione appena descritta si realizzi nel caso in cui a dover scegliere se il processo debba chiudersi con una ordinanza, piuttosto che con una sentenza, si trovi un soggetto incapace di intendere e volere. Sembra piuttosto che allo stesso non venga garantito l'esercizio di quel potere che, come a chiunque altro, *ex art. 186 quater c.p.c.*, gli spetta di diritto.

II.4.3. Impugnazione

L'impugnazione è il rimedio grazie al quale è possibile contrastare un provvedimento giurisdizionale ingiusto o invalido³⁵⁴. Lo «scopo giudiziale» dell'impugnazione è quello di ottenere un provvedimento in grado di far venir meno il pregiudizio causato al soccombente dal provvedimento impugnato³⁵⁵.

Il potere di proporre impugnazione è compreso entro certi termini, limiti temporali, la ragione della cui esistenza è intuitiva e si spiega nell'esigenza di preservare il provvedimento giurisdizionale conclusivo di un procedimento, «dal pericolo di prevedibili attacchi»³⁵⁶. Nell'ipotesi in cui l'esercizio di detto potere non si espliciti nel

³⁵¹ COSTANTINO, G., *La lunga agonia del processo civile*, *op. cit.*, spec. c. 332.

³⁵² COSTANTINO, G., *La lunga agonia del processo civile*, *op. cit.*, spec. c. 331.

³⁵³ BALENA, G., *Elementi*, *op. cit.*, 2006, p. 237.

³⁵⁴ GIUDICEANDREA, N., *Impugnazioni (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1988, p. 385 e ss. spec. p. 386; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. II, p. 351.

³⁵⁵ GIUDICEANDREA, N., *Impugnazioni (diritto processuale civile)*, *op. cit.*, spec. p. 387.

³⁵⁶ REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto*, *op. cit.*, p. 382.

rispetto dei termini previsti, la parte soccombente incorrerà in decadenza³⁵⁷, con conseguente inammissibilità rilevabile anche d'ufficio dell'impugnazione stessa³⁵⁸.

I termini previsti per la proposizione delle impugnazioni rendono visibile il nesso che esiste tra impugnazione e processo, in quanto è «un'esigenza dell'ordinamento che il concreto si determini e si determini a tutti gli effetti»³⁵⁹ ed è proprio al fine di soddisfare tale esigenza che il potere della parte di scagliarsi contro la sentenza deve essere limitato nel tempo. Il sistema delle impugnazioni è quindi connotato da termini perentori: qualificati espressamente in tal modo sono i termini brevi³⁶⁰ e della stessa natura, desunta ancorché non espressa, il c.d. termine lungo. Mentre il termine breve riflette l'interesse che la parte ha ad «affrettare il passaggio in giudicato»³⁶¹, il termine lungo è posto dalla legge a presidio dell'interesse pubblico, per evitare che il processo penda all'infinito³⁶² e per completare la procedura della conoscenza legale della sentenza³⁶³.

Ora, come si desume da quanto detto, l'inosservanza del termine breve e di quello lungo producono l'identico effetto della decadenza dal potere di impugnare³⁶⁴. Qualora la parte abbia interesse a rimettere in discussione la sentenza, mediante l'instaurazione del procedimento di impugnazione³⁶⁵, la stessa deve attivarsi entro i termini perentori previsti *ex artt.* 325 e 327 c.p.c. La notificazione della sentenza da un lato, e la pubblicazione della stessa dall'altro, ai fini del venire in essere della decadenza, vengono assunti come elementi che determinano una presunzione assoluta di conoscenza³⁶⁶.

È necessario però guardare al caso in cui a tale presunzione assoluta di conoscenza non corrisponda una conoscenza effettiva, nonché all'ipotesi in cui il potere di impugnazione non sia tempestivamente esercitato dal soggetto che, pur avendo avuto

³⁵⁷ CANOVA, A., C., CONSOLO, C., *Impugnazioni I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Roma, 1990, p. 5.

³⁵⁸ LUGO, A., *Manuale*, *op. cit.*, p. 271; REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto*, *op. cit.*, p. 383.

³⁵⁹ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, tomo II, Milano, 1959 – 1968, *sub art.* 325, p. 31

³⁶⁰ Per termine breve si intende un termine calcolabile in giorni. Cfr. REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, p. 385.

³⁶¹ REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto*, *op. cit.*, p. 385.

³⁶² LUGO, A., *Manuale*, *op. cit.*, p. 272; REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto*, *op. cit.*, p. 385.

³⁶³ BALBI, C. E., *La decadenza*, *op. cit.*, p. 458

³⁶⁴ CAPONI, R., *La rimessione*, *op. cit.*, p. 332.

³⁶⁵ GIUDICEANDREA, N., *Impugnazioni (diritto processuale civile)*, *op. cit.*, spec. p. 398.

³⁶⁶ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, tomo II, Milano, 1959 – 1968, *sub art.* 325 e 327,

conoscenza del provvedimento, sia successivamente entrato in uno stato di incapacità naturale incompatibile con l'esercizio del predetto potere.

È necessario riflettere sulla possibile realizzazione della decadenza dovuta, però, non alla negligenza di quel soggetto che la decadenza doveva evitare, ma al contrario, dovuta all'impossibilità effettiva di evitarla in cui lo stesso soggetto si è venuto a trovare. In altri termini, anche in riferimento al potere di proporre impugnazione non può venir meno il principio generale secondo cui «non possono essere sanzionate decadenze in danno di chi non è stato per cause a lui non imputabili in condizione di evitarle»³⁶⁷.

In tale situazione di certo l'agire del difensore può porre rimedio al non agire della parte soprattutto se si considera che la notificazione della sentenza, *dies a quo* rispetto al decorso del termine breve relativamente alle impugnazioni ordinarie, deve essere fatta al difensore costituito salvo le ipotesi in cui la parte stia in giudizio personalmente³⁶⁸. La realizzazione dell'interesse della parte assistita è quindi affidata alla diligenza cui è tenuto il suo avvocato, in quanto «atti od omissioni del difensore ricadono direttamente sulla parte»³⁶⁹.

A questo punto però, è necessaria una precisazione: l'avvocato non può decidere sostituendosi alla parte, lo stesso deve agire secondo le indicazioni della stessa: impugnare se la parte vuole impugnare, non proporre l'impugnazione qualora la parte voglia accettare il *dictum* della sentenza.

Il fulcro del nostro problema trova proprio qui la sua sede: per definizione non esiste un soggetto incapace naturale che sia in grado di manifestare la propria volontà. La corrispondenza tra volontà della parte assistita e consequenziale attivarsi del difensore, nel rapporto tra avvocato e incapace naturale difetta nel suo presupposto; in tale ipotesi, infatti, considerato che non vi è alcuna volontà da parte dell'assistito (o qualora vi sia sarebbe del tutto inconsapevole), non può esservi attività alcuna da parte del difensore.

E oltre questo, *quid iuris* se la parte, giusta la regola *ex* artt. 82 e 86 c.p.c., stia in giudizio personalmente? Chi curerà i suoi interessi? Chi garantirà il suo diritto di difesa?

Nell'ipotesi in cui un soggetto incolpevolmente non ponga in essere la condotta necessaria per scongiurare la decadenza dal potete di impugnare, le conseguenze sono

³⁶⁷ ANDRIOLI, V., *Commento op. cit.*, vol. II, sub. art. 327, p. 378.

³⁶⁸ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 367.

³⁶⁹ BALBI, C. E., *La decadenza*, op. cit., p. 449.

serissime: da un contegno omissivo di tal fatta discende, automaticamente, il passaggio in giudicato della sentenza, e quindi l'irretrattabilità della regola definitiva contenuta in essa.³⁷⁰ Il soggetto che incapace di intendere e volere lasci decorrere i termini previsti per la proposizione dell'impugnazione, rischia di veder discendere da tale contegno l'immutabilità della sentenza³⁷¹.

La Suprema Corte di Cassazione ha posto all'attenzione della Consulta una questione di legittimità costituzionale dubitando della conformità degli artt. 4, comma 3°, L. 20 Novembre 1982, n. 890³⁷² (Notificazioni di atti a mezzo posta e di comunicazioni a mezzo posta connesse con la notificazione di atti giudiziari) e 149 c.p.c., in riferimento agli artt. 3 e 24, nella parte in cui quest'ultimo, richiamando implicitamente il primo, facendo decorrere la notifica dell'atto da notificare dalla data della consegna del plico al destinatario, anziché dalla data della spedizione, addossa alla parte notificante l'eventuale decadenza conseguita dalla negligenza dell'ufficiale giudiziario e dell'agente postale³⁷³.

La pronuncia della Consulta in parola³⁷⁴, nonostante possa apparire estranea al discorso fin qui compiuto, sembra avere alla base argomentazioni che possono invece rivelarsi utili anche ai nostri fini e al fine di comprendere meglio la portata che la riforma intervenuta nel 2009 ha avuto anche in riferimento all'istituto della rimessione in termini ed alla sua applicazione.

La Consulta, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme censurate, afferma il principio, suscettibile di generalizzazione³⁷⁵, secondo cui risulta «palesamente irragionevole, oltre che lesivo del diritto di difesa del notificante, che un effetto di decadenza possa discendere dalla ritardo nel compimento di un'attività riferibile non al medesimo notificante, ma a soggetti diversi e che perciò, resta del tutto estranea alla sfera di disponibilità della primo»³⁷⁶.

³⁷⁰ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., vol. II, p. 352.

³⁷¹ CAPONI, R., *La rimessione, op civ.*, p. 150; in accordo BALBI, C. E., *La decadenza, op. cit.*, nota 20, p. 457.

³⁷² Art. 4, comma 3°, L. 20 novembre 1982, n. 890: «L'avviso di ricevimento costituisce prova dell'eseguita notificazione».

³⁷³ Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale emessa il 2 febbraio 2002 dalla Corte di Cassazione, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 14, aprile, prima serie speciale, dell'anno 2002*.

³⁷⁴ Corte cost. sent. 477/2002.

³⁷⁵ CAPONI, R., *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*, in *Foro italiano*, I, 2003, c. 13 e ss., spec. c. 14.

³⁷⁶ Corte cost. sent. 477/2002.

La parte quindi non può rispondere delle negligenze dei terzi in quanto le attività che dai terzi stessi devono essere svolte restano del tutto estranee alla sfera di disponibilità della prima³⁷⁷.

Sembra che analogo discorso possa farsi in riferimento agli atti che un incapace naturale è chiamato a compiere nel processo, specialmente quando si tratta dell'atto di impugnazione che, tra i due gradi di giudizio, risulta essere l'unico strumento previsto e preordinato alla tutela del contraddittorio³⁷⁸.

Con più precisione: è certamente vero che almeno in via teorica l'atto di proposizione dell'impugnazione spetterebbe all'incapace naturale e non ad un soggetto terzo, ma d'altro canto forse ci si può convincere del fatto che, nonostante il titolare del compimento dell'atto sia lui solo e non un altro, questo non basta per far rientrare tale attività nella sfera di disponibilità di chi deve compierla. Tutti gli atti che l'incapace naturale è chiamato a compiere rientrano nella sua sfera di disponibilità esclusivamente nel senso che da lui dovrebbero promanare e a lui dovrebbero essere destinati, ma nella pratica essi ne rimangono completamente al di fuori.

È proprio sulla scorta di tali ragionamenti che il legislatore con la Novella del 2009 ha deciso di accogliere i suggerimenti di parte della dottrina la quale con determinazione affermava che nel caso in cui il passaggio in giudicato della sentenza non sia l'effetto dell'accettazione della stessa, bensì sia dovuto ad un impedimento incolpevole, «non vi è salvaguardia dell'immutabilità del provvedimento giurisdizionale che tenga di fronte all'esigenza di tutelare il diritto di difesa della parte che incolpevolmente sia decaduta dal potere di proporre impugnazione»³⁷⁹; e ancora che «nella ipotesi in cui il passaggio in giudicato della sentenza sia stato causato da un impedimento incolpevole all'esercizio del potere di impugnazione, il contraddittorio è tutelabile anche dopo il passaggio in giudicato»³⁸⁰. Il legislatore nell'imporre limiti temporali all'esercizio del potere di impugnazione ha tentato di realizzare un «compromesso tra l'esigenza della certezza del diritto e il diritto alla difesa»³⁸¹. Dalla prima esigenza discende la «necessità di assicurare la massima stabilità della sentenza

³⁷⁷ CAPONI, R., *La notificazione op cit.*, spec. c. 14.

³⁷⁸ BALBI, C. E., *La decadenza, op. cit.*, p. 456.

³⁷⁹ CAPONI, R., *La rimessione, op. cit.*, p. 150; BALBI, C. E., *La decadenza, op. cit.*, p. 457; CAPONI, R., *La nuova disciplina del perfezionamento della notificazione nel processo civile (art. 149, 3° comma, c.p.c.)*, in *Foro italiano*, 2006, V, c. 165, spec. c. 168.

³⁸⁰ CAPONI, R., *La rimessione, op. cit.*, 1996, p. 150.

³⁸¹ BALBI, C. E., *La decadenza op. cit.*, p. 455

entro un periodo di tempo ragionevolmente breve»³⁸²; dalla seconda, la necessaria nonché doverosa «tutela della parte diligente decaduta senza colpa»³⁸³. Con la scelta legislativa operata nel 2009 si è riconosciuto tra i principi generali del nostro processo, quello secondo cui non può ammettersi che la parte incorra in decadenza dal diritto di difesa quando tale effetto non sia riconducibile a sua negligenza³⁸⁴, e da tale riconoscimento discende il logico corollario secondo cui «il giudicato non si giustifica se non quando si attui con l'applicazione di norme non inique, che tutelino sufficientemente la difesa del soccombente. Il discorso processuale non è tanto la tutela del diritto della parte vincitrice di vedere non più attaccabile il rapporto dedotto in giudizio, quanto piuttosto la garanzia per **tutte**³⁸⁵ le parti delle stesse effettive possibilità di esercitare il diritto alla difesa nel rispetto della piena tutela della parte diligente»³⁸⁶.

Di fronte all'esigenza di tutelare il diritto di difesa dell'incapace naturale che incolpevolmente si trovi dinnanzi ad un provvedimento non più intaccabile, non può ostacolarsi, quindi, il fatto stesso del passaggio in giudicato del provvedimento. Non può negarsi la rimessione in termini in virtù dell'irretrattabilità della sentenza, in quanto tale immutabilità è proprio la conseguenza del decorso dei termini nei quali l'incapace naturale chiede di essere rimesso.

Deve accettarsi che qualora una delle parti in giudizio versi in stato di incapacità naturale, la diligenza della stessa non può essere d'ausilio poiché tale condizione oltrepassa la sua volontà³⁸⁷.

La decadenza si realizza quando un soggetto ometta di compiere un atto processuale che doveva compiersi in un lasso di tempo (pre)determinato. Tale meccanismo ha la sua ragion d'essere però solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui l'inattività in questione rientri nella volontà della parte. In altri termini «l'inattività del legittimato all'impugnazione deve essere cosciente perché possa prodursi l'effetto decadenza»³⁸⁸. Da ciò discende, oserei dire palesemente, che dall'inattività dell'incapace naturale consistente nel non proporre l'impugnazione nel termine *ad hoc* predisposto, non può discendere la decadenza dal potere di impugnare: non sembra che tale inattività possa definirsi come manifestazione di volontà, né tantomeno come condotta omissiva

³⁸² BALBI, C. E., *La decadenza op. cit.*, p. 455

³⁸³ BALBI, C. E., *La decadenza op. cit.*, p. 435

³⁸⁴ BALBI, C. E., *La decadenza op. cit.*, p. 457

³⁸⁵ Enfasi del redattore.

³⁸⁶ BALBI, C. E., *La decadenza op. cit.*, p. 457

³⁸⁷ BALBI, C. E., *La decadenza, op. cit.*, p. 426.

³⁸⁸ BALBI, C. E., *La decadenza, op. cit.*, p. 458.

cosciente. La tutela della parte vincitrice, che vede il giudicato rimanere fermo anche nell'ipotesi anzidetta, si realizza «attraverso la negazione al soccombente di un diritto costituzionalmente protetto»³⁸⁹ e quindi non può ammettersi.

II.4.4. Opposizione al decreto ingiuntivo e opposizione alla convalida di licenza o sfratto

Il procedimento monitorio è costituito da due fasi: la prima necessaria, sommaria e senza contraddittorio alcuno, che va dalla proposizione della domanda di colui che si afferma creditore alla pronuncia del decreto; e la seconda, eventuale, in contraddittorio delle parti e a cognizione piena, che si instaura con l'opposizione del presunto debitore e si conclude con la decisione della stessa³⁹⁰. Alla emanazione del provvedimento, e quindi alla formazione del decreto ingiuntivo, si arriva *inaudita altera parte* e questo per garantire il rispetto della *ratio* stessa del procedimento sommario decisorio in parola, che è quella di garantire al creditore «un mezzo sollecito di tutela che gli consenta di ottenere rapidamente una decisione per promuovere immediatamente l'esecuzione forzata evitando o comunque posticipando, per quanto possibile, lo svolgimento dell'ordinario processo di cognizione e quindi l'esame pieno del diritto e delle difese del convenuto - resistente».³⁹¹ Proprio per la sua struttura bifasica per il carattere non necessario dell'instaurazione del giudizio ordinario a cognizione piena, il procedimento monitorio è stato definito come un «procedimento a contraddittorio eventuale»³⁹² e differito.

L'intimato che riceve il decreto ingiuntivo può scegliere come comportarsi: egli può adempiere all'ordine, può opporsi al decreto, ovvero rimanere inerte³⁹³. La scelta tra queste tre alternative naturalmente non è priva di conseguenze: nell'ipotesi in cui l'intimato adempia, non vi saranno successive ripercussioni; qualora lo stesso si opponga, da tale opposizione scaturirà un giudizio ordinario di cognizione; nel caso in cui invece l'intimato rimanga inerte, allora lo stesso subirà l'esecuzione coattiva,

³⁸⁹ BALBI, C. E., *La decadenza*, op. cit., p. 457.

³⁹⁰ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, vol. IV, p. 11.

³⁹¹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., vol. IV, p. 11.

³⁹² SCIACCHITANO, R., *Ingiunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 505 e ss. spec. p. 521.

³⁹³ SCIACCHITANO, R., *Ingiunzione*, op. cit., spec. p. 521.

divenuto esecutivo il decreto. La scelta tra quale delle tre alternative prediligere è nella completa disposizione del destinatario del decreto³⁹⁴.

L'opposizione è strettamente connessa alla prima fase del giudizio in quanto ne rappresenta, in un certo senso, il completamento. Ciò che va completandosi è la cognizione che, su iniziativa del debitore, da sommaria diviene piena³⁹⁵; entrambe le fasi sono intimamente collegate in quanto unica è la cognizione che gradualmente si perfeziona³⁹⁶.

Competente funzionalmente a decidere sull'opposizione al decreto ingiuntivo è il giudice che ha emanato il decreto stesso³⁹⁷. Nel giudizio di opposizione, l'opponente assume la veste di convenuto in senso sostanziale in quanto a lui spetta di provare i fatti estintivi del debito; correlativamente il creditore assumerà la veste di attore in senso sostanziale, al quale spetta la prova del fatto costitutivo che pone a fondamento del suo diritto³⁹⁸.

All'esito del giudizio di opposizione può aversi l'accoglimento della stessa, nel qual caso il decreto ingiuntivo verrà revocato, ovvero il rigetto dell'opposizione che consacrerà la esecutività del decreto. Nel caso in cui l'opposizione venga accolta in parte, il titolo esecutivo sarà esclusivamente costituito dalla sentenza conclusiva del giudizio.

Nel caso di mancata opposizione a norma dell'art. 647 c.p.c. «il giudice che ha pronunciato il decreto, su istanza anche verbale del ricorrente, lo dichiara esecutivo». La legge assimila alla mancata opposizione l'ipotesi di mancata costituzione

³⁹⁴ SCIACCHITANO, R., *Ingiunzione*, op. cit., spec. p. 521.

³⁹⁵ LUGO, A., *Manuale*, op. cit., p. 529.

³⁹⁶ Cass., 17 marzo 1950, n. 724.

³⁹⁷ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. IV, p. 17; Cass., 6 marzo 2007, n. 5105; Cass., 21 novembre 2006, n. 24743; Cass., 20 settembre 2006, n. 20324. Questa competenza è funzionale e non derogabile per connessione Cass., 1 settembre 2000, n. 11499. Tale competenza funzionale non contrasta con la Costituzione; cfr. Corte. cost. ord. 26 giugno 1991 n. 308 secondo la quale l'inattuabilità del *simultaneus processus* denunciata dal giudice rimettente come causa della presunta illegittimità degli artt. 40 e 645 c.p.c. in riferimento all'art. 24 Cost., non genera in realtà violazione alcuna, in quanto il *simultaneus processus* non è altro che un meccanismo processuale preordinato alla prevenzione di giudicati contrastanti, la cui inattuabilità non si pone in contrasto con il diritto di azione e difesa se il soggetto interessato si trovi comunque nella possibilità di far valere la sua pretesa alla competente, benché distinta, autorità giudiziaria con pienezza di contraddittorio e difesa. Stante poi, se questo appena detto non bastasse, l'esistenza di meccanismi generali di raccordo quali lo strumento previsto ex art. 295 c.p.c. che permettono la «sospensione necessaria della causa di opposizione al decreto ingiuntivo fino alla definizione nella sede sua propria della causa sul credito opposto in compensazione, previa - naturalmente - valutazione del giudice circa la ricorrenza del nesso di pregiudizialità».

³⁹⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, E., *Ingiunzione (procedimento di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX, Roma, 1997, p. 21; Cass., 28 aprile 1977, n. 1603; Cass., 11 febbraio 1977, n. 624; Cass., 5 giugno 2007, n. 13086; Cass., 29 settembre 2009, n. 21245.

dell'opponente, ricollegando ad entrambe le situazioni la medesima conseguenza: la dichiarazione di esecutività del decreto ingiuntivo da parte del giudice, previa richiesta anche verbale del creditore³⁹⁹. Nel caso in cui quindi l'intimato né adempia, né si opponga nel termine previsto *ex art. 641 c.p.c.*,⁴⁰⁰ la conseguenza prevista dalla legge è l'esecuzione forzata.

Per quanto concerne il procedimento per convalida di sfratto⁴⁰¹, per lo stesso si ravvisa la medesima struttura bifasica che si è detto caratterizzare il procedimento monitorio.

Dal punto di vista procedimentale, dopo la notificazione dell'intimazione, come nel procedimento monitorio, il comportamento delle parti risulta fondamentale. Nel caso in cui il locatore non compaia all'udienza fissata per la convalida, l'intimazione realizzerà il solo effetto sostanziale di disdetta. Nel caso in cui l'intimato non compaia o pur comparando non si opponga, allora il giudice convaliderà la licenza; ed infine, qualora il conduttore compaia e si opponga, sarà instaurato il giudizio ordinario a cognizione piena, previa ordinanza di «mutamento del rito»⁴⁰². Analogamente a quanto si è notato per il procedimento monitorio, anche nel procedimento per convalida di sfratto, dal contegno omissivo dell'intimato discende l'esecutività del provvedimento sommario.

Sorge un primo problema: i procedimenti in parola hanno il fine di «accordare una tutela che sebbene promani da un provvedimento sommario è generalmente anticipatoria urgente ed effettiva»⁴⁰³ e proprio in virtù del raggiungimento di tal fine alla mancata opposizione, l'ordinamento collega l'effetto di cui si è detto. Già questo appare iniquo quando nelle vesti del presunto debitore, ovvero in quelle del conduttore, vi sia l'incapace naturale. Lo stesso infatti, nell'un caso e nell'altro, potrebbe non opporsi,

³⁹⁹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., vol. IV, p. 20.

⁴⁰⁰ Art. 641 c.p.c. (Accoglimento della domanda) «Se esistono le condizioni previste nell'art. 633 c.p.c., il giudice, con decreto motivato da emettere entro trenta giorni dal deposito del ricorso, ingiunge all'altra parte di pagare la somma o di consegnare la cosa o la quantità di cose chieste o invece di queste la somma di cui all'art. 639 c.p.c. nel termine di quaranta giorni, con l'espresso avvertimento che nello stesso termine può essere fatta opposizione a norma degli articoli seguenti e che, in mancanza di opposizione, si procederà a esecuzione forzata. Quando concorrono giusti motivi, il termine può essere ridotto sino a dieci giorni oppure aumentato a sessanta. Se l'intimato risiede in uno degli Stati dell'Unione europea, il termine è di cinquanta giorni e può essere ridotto fino a venti giorni. Se l'intimato risiede in altri Stati, il termine è di sessanta giorni e, comunque, non può essere inferiore a trenta né superiore a centoventi».

⁴⁰¹ Si distinguono nella locuzione «procedimento per convalida di sfratto» tre istituti: la licenza per finita locazione; lo sfratto ordinario e lo sfratto per morosità. In ordine alla prima ipotesi, l'intimazione si colloca prima della scadenza del contratto, a differenza di ciò che avviene nello sfratto ordinario che si intima dopo la scadenza del contratto. Ipotesi a sé costituisce lo sfratto per morosità, intimato nel caso cui il conduttore non abbia tempestivamente adempiuto al pagamento dei canoni.

⁴⁰² Essendo, alle controversie in materia locatizia e comodato di immobili urbani e a quelle di affitto di aziende, applicato il rito del lavoro (art. 447 *bis* c.p.c.) cfr. LUGO, A., *Manuale*, op. cit., p. 539.

⁴⁰³ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. IV, p. 8.

non poiché non ritenga necessario difendersi nel merito, ma in quanto neanche si renda conto che una difesa occorra.

Nel caso di mancata opposizione, però, sia durante il procedimento di ingiunzione che durante quello per convalida di licenza o sfratto, l'ordinamento prevede uno strumento a carattere rimessorio⁴⁰⁴ a tutela della parte che avrebbe voluto opporsi ma non ha potuto farlo per causa ad essa non imputabile.

L'istituto in parola consiste nella opposizione tardiva disciplinata dall'art. 650 c.p.c., nel caso in cui non vi sia stata opposizione al decreto ingiuntivo nei termini previsti *ex art. 641 c.p.c.* e purché non siano decorsi più di dieci giorni dal primo atto di esecuzione, ed, *ex art. 668 c.p.c.*, nell'ipotesi in cui si sia proceduto alla convalida in assenza dell'intimato, anche qui con la necessità che l'opponente si attivi prima che siano decorsi dieci giorni dall'esecuzione.

L'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo rappresenta «l'estrema risorsa»⁴⁰⁵ cui l'intimato può attingere nel caso in cui lo stesso sia decaduto incolpevolmente dal potere di opporsi⁴⁰⁶.

La *ratio* della norma è quella di garantire una tutela al soggetto destinatario di provvedimenti giurisdizionali emessi senza che lo stesso ne abbia avuto conoscenza, ovvero, avverso i quali non si sia potuto opporre tempestivamente. Il rimedio in parola, quindi, è preordinato ad evitare che i summenzionati provvedimenti giurisdizionali siano portati ad esecuzione realizzando conseguenze irreparabili per l'ingiunto⁴⁰⁷.

L'opposizione tardiva è esperibile nelle ipotesi, tassativamente indicate⁴⁰⁸ dall'art. 650, 1° comma, c.p.c., il quale riconosce come presupposti di tale rimedio la mancanza di tempestiva conoscenza del decreto per irregolarità della notificazione ovvero per caso fortuito o forza maggiore. A questo la Corte costituzionale ha aggiunto un'ulteriore ipotesi che è quella consistente nel prevedere l'esperibilità dell'opposizione tardiva anche nel caso in cui l'intimato, pur avendo avuto conoscenza del decreto, non si sia potuto opporre tempestivamente per caso fortuito o forza maggiore⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, *op. cit.*, p. 367.

⁴⁰⁵ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. IV, tomo I, Milano, 1968, sub art. 650, p. 93.

⁴⁰⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, E., *Ingiunzione*, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁰⁷ EBNER, V., FILADORO, C., *Manuale del procedimento di ingiunzione*, III ed., Milano, 1990, p. 157; PAJARDI, P., *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991, p. 110

⁴⁰⁸ EBNER, V., FILADORO, C., *Manuale*, *op. cit.*, p. 157; Cass., 16 ottobre 1956, n. 3634; Cass., 26 giugno 1956, n. 2290.

⁴⁰⁹ Corte cost. sent. 7 maggio 1976, n 120.

L'istituto descritto dall'art. 650 c.p.c. si configura come parallelo⁴¹⁰ a quello previsto e disciplinato dall'art. 668 c.p.c., che prevede un'altra ipotesi di rimessione tipica, avente ad oggetto il potere di proporre opposizione nel caso in cui l'intimato, incolpevolmente, non sia comparso all'udienza prevista dall'art. 663 c.p.c.

L'opposizione tardiva alla convalida di licenza o sfratto presuppone «ragioni giustificative»⁴¹¹ del tutto assimilabili a quelle individuate dall'art. 650 c.p.c.: anche in tale ipotesi, infatti, è prevista la possibilità di proporre opposizione tardiva qualora il conduttore non abbia avuto tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o per forza maggiore. Anche su questa disposizione, al pari che sul 1° comma, dell'art. 650 c.p.c. è intervenuta la Consulta con una pronuncia additiva, sancendo l'illegittimità costituzionale dell'art. 668 c.p.c., in riferimento all'art. 24, 2° comma, Cost., nella parte in cui non prevede la possibilità per l'intimato che, pur edotto tempestivamente dell'intimazione stessa, non abbia potuto opporsi per caso fortuito o forza maggiore⁴¹².

La Consulta è intervenuta, sia in relazione all'art. 650, 1° comma c.p.c., che all'art. 668, 1° comma, c.p.c. affermando in entrambe le sue pronunce⁴¹³, il medesimo principio: la volontà di assicurare nei procedimenti speciali una rapida formazione del titolo esecutivo non può e non deve gravare, sacrificandolo, sul «diritto di difesa di chi abbia un legittimo motivo di opposizione»⁴¹⁴. Inoltre, la parte non negligente che non abbia adempiuto per *fortuitus casus* o *vis maior*, non può essere considerata alla stessa stregua di chi negligenemente non compie ciò che dovrebbe⁴¹⁵.

L'opposizione tardiva, quindi, si configura come il miglior strumento che l'ordinamento possa offrire alla parte per opporsi⁴¹⁶, quando cause non riconducibili alla sua volontà⁴¹⁷ gli abbiano impedito di farlo prima. In questa ipotesi, senza il correttivo apportato dalla Corte costituzionale con le sue pronunce additive, entrambe le norme denunciate di illegittimità sarebbero state in contrasto con l'art. 24, 2° comma, Cost. e mai avrebbero assicurato un'adeguata ed effettiva tutela giurisdizionale, lasciando

⁴¹⁰ CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 454.

⁴¹¹ DE SANTIS, F., *La rimessione*, op. cit., Torino, 1996, p. 375.

⁴¹² CAPONI, R., *La rimessione*, op. cit., p. 455; DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, op. cit., p. 375.

⁴¹³ Corte cost. sent. 10 maggio 1972, n. 89; Corte cost. sent. 7 maggio 1976, n. 120.

⁴¹⁴ Corte cost. sent. 7 maggio 1976, n. 120.

⁴¹⁵ Corte cost. sent. 7 maggio 1976, n. 120.

⁴¹⁶ Corte cost. sent. 10 maggio 1972, n. 89

⁴¹⁷ Corte cost. sent. 7 maggio 1976, n. 120.

completamente privi di tutela coloro i quali si fossero trovati, per cause non da loro dipendenti, nell'impossibilità di «agire in giudizio e di difendersi»⁴¹⁸.

Quanto alla nozione di «caso fortuito» o «forza maggiore» la stessa deve essere ricondotta nell'alveo della «causa non imputabile»⁴¹⁹ ossia di quel «fatto inevitabile con un comportamento diligente, che ha impedito l'esercizio tempestivo del potere»⁴²⁰.

Posto che l'incapacità naturale è «sussumibile sotto la forma della causa non imputabile»⁴²¹, non può negarsi all'incapace di intendere e volere l'accesso ai rimedi previsti *ex artt.* 650 e 668 c.p.c., quando lo stesso sia decaduto dal potere di opporsi al decreto ingiuntivo, ovvero alla convalida, proprio a causa della sua incapacità. La Corte costituzionale ha voluto attribuire rilevanza a fatti non imputabili alla parte che abbiano impedito l'esercizio di un potere processuale⁴²².

Riassumendo, la Consulta ha affermato che, nelle ipotesi descritte dagli artt. 650 e 668 c.p.c., la tutela giurisdizionale risulta garantita con effettività solo se si assicura la possibilità di rimessione in termini a quella parte che sia decaduta dal potere di proporre opposizione tempestivamente, per caso fortuito o forza maggiore; posto che con tali nozioni non sembra che si faccia riferimento ad un concetto meno ampio rispetto a quello di causa non imputabile⁴²³, e posto che in questa sede si sta sostenendo che l'incapacità naturale rientra nell'ipotesi di causa non imputabile, sembra inevitabile concludere per l'estensione delle norme in discorso, comprendendo nel loro ambito oggettivo, anche l'ipotesi in cui a non opporsi sia un incapace naturale.

Oltre a quelle di cui si è appena detto, è stata posta un'ulteriore questione di illegittimità costituzionale dell'art. 650 c.p.c. in riferimento all'art. 24, 2° comma, Cost⁴²⁴. La pronuncia in parola è meritevole di attenzione sia poiché ha interessato specificamente la condizione di un soggetto incapace naturale sia in quanto rende evidenti i paradossi a cui conduce una mancata tutela di tali soggetti e delle persone che a tali soggetti sono vicine (nella specie, gli eredi legittimi).

Nella fattispecie in esame una signora di 93 anni, prima della sua morte, aveva sottoscritto un contratto di fideiussione con un istituto bancario per la totalità dei debiti contratti dalla società farmaceutica di cui era titolare un suo genero. Escusso senza

⁴¹⁸ Corte cost. sent. 7 maggio 1976, n. 120.

⁴¹⁹ DE SANTIS, F., *La rimessione in termini*, *op. cit.*, p. 370.

⁴²⁰ CAPONI, R., *La rimessione*, *op. cit.*, p. 449.

⁴²¹ CAPONI, R., *La rimessione op. cit.*, p. 281.

⁴²² CAPONI, R., *La rimessione op. cit.*, p. 102.

⁴²³ CAPONI, R., *La rimessione op. cit.*, p. 455.

⁴²⁴ Corte cost. ord. 12 maggio 1988, n. 604.

successo il debitore principale, il suindicato istituto otteneva sia nei confronti della signora, che nei confronti della società un decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo ai sensi dell'art. 642 c.p.c. dell'ammontare di L. 13.681.030. Al decreto ingiuntivo poi aveva fatto seguito il pignoramento immobiliare dei beni della signora, che alcuni mesi dopo morì. Alcune figlie della *de cuius*, divenendo edotte della situazione appena descritta in quanto eredi legittime, proponevano, a distanza di un anno esatto dalla notificazione del decreto ingiuntivo e di un anno e nove mesi dal primo atto dell'esecuzione, opposizione tardiva al decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c., e avanzano una pretesa risarcitoria nei confronti dell'istituto bancario, allegando, con comprovante parere medico *pro veritate*, lo stato di incapacità naturale dell'anziana madre. Quest'ultima infatti risultava vittima della abituale ed inevitabile involuzione senile dovuta all'avanzatissima età e colpita da una emiparesi destra, causata da un *ictus cerebri*⁴²⁵.

A parere del giudice *a quo* l'art. 650 c.p.c. contrasterebbe con l'art. 24, 2° comma, Cost., nella parte in cui non prevede il caso in cui l'intimato si sia trovato impossibilitato ad opporsi al decreto ingiuntivo notificatogli per incapacità naturale protrattasi anche oltre il decimo giorno decorrente dal primo atto di esecuzione; e inoltre lo stesso giudice denuncia che il compimento di detto atto in costanza di tale incapacità contrasterebbe con il legittimo esercizio del diritto di difesa dell'intimato stesso.

A parere del giudice *a quo* la norma impugnata precluderebbe materialmente qualsiasi possibilità per le ricorrenti di veder riesaminato il decreto ingiuntivo non opposto, in quanto allo stesso, proprio perché non opposto, viene riconosciuta l'autorità di cosa giudicata. Nella specie però, argomenta sempre il giudice rimettente, «è lecito dubitare se tale autorità di cosa giudicata sostanziale il decreto ingiuntivo abbia mai acquistato, attesa che la mancata opposizione da parte dell'intimata XX nei termini di legge è stata determinata all'evidenza dal di lei stato di incapacità naturale che, come le aveva impedito di comprendere le conseguenze cui andava incontro sottoscrivendo l'atto di fideiussione, parimenti non le aveva consentito di comprendere le conseguenze giuridiche ed i meccanismi processuali che andava innescando trascurando di proporre

⁴²⁵ Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale emessa il 10 novembre 1986 dal Tribunale di Genova, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 24, giugno, prima serie speciale, dell'anno 1987*; CAPONI, R., *La rimessione, op. cit.*, p. 43 – 44.

una opposizione avverso un atto dotato di caratteristiche particolarmente efficaci a tutela del creditore quale il decreto ingiuntivo non opposto»⁴²⁶.

A questo si aggiunga che la mancata opposizione, sia al decreto ingiuntivo che alla convalida di licenza o sfratto, integra una condotta omissiva qualificata dalla quale discende una conseguenza seria e ben precisa: la definitiva l'esecutività del titolo. La mancata opposizione che produce le conseguenze legislativamente previste, deve sostanziarsi in una «**consapevole**⁴²⁷ non opposizione»⁴²⁸, deve integrarsi cioè «nel contegno processuale proprio di chi, avendo avuto conoscenza della citazione, **volontariamente**⁴²⁹ non si presenta al giudice e dimostra in tal modo di non aver ragioni da far valere né interesse alcuno alla difesa»⁴³⁰. La non opposizione dell'incapace naturale non è né consapevole, né tantomeno volontaria.

A tutto questo, però, la Consulta risponde deponendo per la manifesta inammissibilità della questa questione. L'evidente impossibilità di difendersi in cui può trovarsi l'incapace naturale (e, come nella specie, quella in cui possono trovarsi le presone succedute allo stesso), non è sufficiente. La Consulta afferma che «l'incapace naturale destinatario di altrui atti è posto sullo stesso piano delle persone pienamente capaci»⁴³¹. Il problema è proprio questo: l'incapace naturale **non è, (rectius non può essere)** sullo stesso piano delle persone perfettamente capaci; egli non ha la medesima capacità di costoro. L'incapace naturale non è in grado di intendere e volere, gli altri invece lo sono. L'incapace naturale non può ricondurre alle proprie azioni od omissioni le conseguenze che ne discenderanno, gli altri, invece, ben possono condurre una simile valutazione preventiva. L'incapace naturale non può fare delle scelte consapevoli e prediligere sensatamente un contegno processuale piuttosto che un altro, gli altri possono escogitare ed adottare, invece, la strategia processuale che più si confà ai loro interessi.

Il Giudice delle leggi giustifica tale scelta discrezionale del legislatore in virtù dalla «**priorità**⁴³² riconosciuta dallo stesso al principio dell'altrui affidamento nell'ambito delle relazioni giuridiche». Un quesito sorge spontaneo: che ne è allora della priorità

⁴²⁶ Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale emessa il 10 novembre 1986 dal Tribunale di Genova, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 24, giugno, prima serie speciale, dell'anno 1986*, p. 33 e ss spec. p. 35.

⁴²⁷ Enfasi del redattore.

⁴²⁸ PREDEN, R., *Sfratto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1991, p. 429 e ss. spec. p. 451.

⁴²⁹ Enfasi del redattore.

⁴³⁰ Corte cost. sent. 10 maggio 1972, n. 89

⁴³¹ Corte cost. ord. 12 maggio 1988, n. 604.

⁴³² Enfasi del redattore.

che la Consulta stessa riconosceva al «diritto di difesa di chi abbia un legittimo motivo di opposizione»⁴³³ che non abbia potuto validamente far valere?

Forse l'ordinamento dovrebbe accogliere con coraggio le istanze di quel giudice rimettente, non solo ammettendo che il diritto di difesa di quell'incapace naturale è irrimediabilmente compromesso, ma anche prevedendo l'inserimento di una normativa *ad hoc* preordinata alla tutela della parte incapace naturale e che, proprio perché incapace, non può considerarsi «sullo stesso piano delle persone pienamente capaci»⁴³⁴.

II.4.5. Segue: Costituzione del contumace a seguito della notificazione dell'ordinanza ingiuntiva

Brevemente e nello stesso ordine di idee occorre riflettere altresì sulle conseguenze derivanti dalla mancata costituzione in giudizio del contumace a seguito della notificazione dell'ordinanza ingiuntiva di cui all'art. 186 *ter* c.p.c.

A norma dell'art. 186 *ter*, 5° comma, c.p.c. «se la parte contro cui è pronunciata l'ingiunzione è contumace, l'ordinanza deve essere notificata ai sensi e per gli effetti dell'art. 644. In tal caso l'ordinanza deve altresì contenere l'espreso avvertimento che, ove la parte non si costituisca, entro il termine di venti giorni dalla notifica, diverrà esecutiva ai sensi del 647». Anche in siffatta ipotesi, quindi, come in quelle testé descritte, l'inerzia del soggetto che dovrebbe attivarsi produce la decadenza dall'esercizio del potere. Il contumace rimanendo «processualmente inerte»⁴³⁵ acconsente alla definitiva esecutività del provvedimento in parola⁴³⁶.

Elemento preordinato alla tutela del contumace, ma che non integra di certo una sufficiente tutela per l'incapace, è l'espreso avvertimento che deve contenere l'ordinanza ingiuntiva; è stabilito a norma dell'art. 186 *ter*, 5° comma, c.p.c. che, qualora la parte non si costituisca entro il termine previsto *ex lege*, l'ordinanza stessa diverrà esecutiva ai sensi dell'art. 647.

⁴³³ Corte cost. sent. 7 maggio 1976, n. 120.

⁴³⁴ Corte cost. ord. 12 maggio 1988, n. 604.

⁴³⁵ CONTE, R., *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003, p. 235.

⁴³⁶ NEGRI, M., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, *sub* art. 186 *ter*, p. 453.

Da un lato, con la notificazione dell'ordinanza si vuole evitare che un'ingiunzione di pagamento venga disposta, a sua insaputa, nei confronti di un contumace⁴³⁷; dall'altro, l'avvertimento che detta ordinanza deve necessariamente contenere è preordinato ad evitare che venga intrapresa una esecuzione forzata senza che l'inattività da cui tale esecuzione deriva, sia volontaria.

Nel caso in cui l'ingiunto contumace sia anche incapace naturale né la notificazione, né l'avvertimento di cui sopra realizzano lo scopo cui sono preordinati.

L'innegabile compressione del diritto di difesa dell'incapace naturale risulta qui ulteriormente aggravata proprio dall'esistenza dell'ordinanza in parola. In primo luogo è possibile che l'incapace sia contumace, ma non lo sia volontariamente e questo già pone seri dubbi sulla possibilità concreta che lo stesso avrebbe nel reagire ad una eventuale notificazione dell'ordinanza ingiuntiva. In secondo luogo è necessario chiedersi cosa accada nell'ipotesi in cui il contumace divenga incapace naturale nel medesimo lasso di tempo a lui concesso per la costituzione in giudizio. In altri termini, *quid iuris* se il soggetto, contumace volontario, divenisse incapace naturale nei venti giorni successivi alla notifica del provvedimento? Siffatta situazione sembra compatibile, e si ritiene che lo sia, con quella che giustifica l'esperibilità dell'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.*, soprattutto conseguentemente a ciò che è stato affermato dalla Consulta⁴³⁸; infatti la parte, pur avendo avuto conoscenza dell'ordinanza, per causa ad essa non imputabile non può costituirsi e quindi contestualmente non è in grado di reagire alla *provocatio ad opponendum*⁴³⁹ realizzata con la notificazione del provvedimento.

In linea generale la maggior parte della dottrina⁴⁴⁰ ritiene applicabile in via analogica l'art. 650 c.p.c. quando, come nel caso in cui il provvedimento sia notificato ad un incapace naturale, «la perdurante contumacia sia sorretta da una valida

⁴³⁷ CONTE, R., *L'ordinanza di ingiunzione*, *op. cit.*, p. 236.

⁴³⁸ Corte cost. sent. 10 maggio 1972, n. 89; Corte cost. sent. 7 maggio 1976, n. 120.

⁴³⁹ NEGRI, M., in COMOGGIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario*, *op. cit.*, *sub art. 186 ter*, p. 453.

⁴⁴⁰ SASSANI, B., in CONSOLO, C., LUISO, F., SASSANI, B., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, *sub 650*, p. 189; MANDRIOLI, C., *Diritto*, *op. cit.*, p. 121; BALENA, G., *La riforma*, *op. cit.*, p. 284; TARZIA, G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996, p. 144 secondo il quale l'art. 186 *ter* c.p.c. non potrebbe sottrarsi ad una declaratoria di illegittimità costituzionale se l'art. 650 c.p.c. non potesse essere applicato.

giustificazione»⁴⁴¹, quando cioè «la perdurante contumacia non sia imputabile all'ingiunto»⁴⁴².

A ben vedere però, anche in siffatta ipotesi l'applicabilità del rimedio previsto *ex art.* 650 c.p.c., seppur d'aiuto, non è risolutiva; l'opposizione tardiva infatti deve essere proposta entro il decimo giorno successivo al primo atto di esecuzione, altro termine che l'incapace naturale ben potrebbe far incolpevolmente decorrere. Il termine di sbarramento finale è un elemento certamente necessario, ma al contempo pone in luce il *vulnus* che esiste in ordine alla tutela degli incapaci naturali.

È necessaria una distinzione: *nulla quaestio* nell'ipotesi in cui l'incapacità naturale venga meno prima dello spirare del termine di 10 giorni previsto *ex art.* 650 c.p.c.; l'iniziativa dell'ingiunto contumace in siffatta ipotesi dovrà avvenire nei modi e nei tempi previsti *ex art.* 650 c.p.c..

Nell'ipotesi in cui invece, decorso inutilmente il termine di dieci giorni, e persistendo ancora l'incapacità naturale dell'ingiunto (*id est* l'impedimento) l'attivarsi di questo, non più realizzabile *ex art.* 650 c.p.c., dovrà comunque essere ammesso *ex art.* 153 c.p.c. al fine di scongiurare il compimento di un'esecuzione ingiustificata dell'ordinanza ingiuntiva e soprattutto al fine di evitare un contrasto tra ciò che è disposto *ex art.* 650 c.p.c. e ciò che è invece previsto dalla disciplina (ormai) generale della rimessione in termini; se non si offre all'incapace naturale la possibilità di essere rimesso in termini anche in riferimento al termine di sbarramento *ex art.* 650 c.p.c., nell'ipotesi in cui la causa non imputabile persista, si incorre inevitabilmente nella violazione del principio ormai consolidato e avallato dalla Corte costituzionale secondo il quale la decadenza per essere addossata alla parte deve essere a lei imputabile e, conseguentemente a ciò, si incorre altresì nella violazione e compromissione del diritto di difesa costituzionalmente garantito.

⁴⁴¹ NEGRI, M., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 186 *ter*, p. 1805

⁴⁴² NEGRI, M., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario sub art.* 186 *ter*, p. 457.

II.4.6. Opposizione all'esecuzione

Il codice di rito del 1865 prevedeva numerose norme che consentivano al debitore di opporsi e porre così in dubbio l'esistenza o il *quantum* del credito, ovvero di sollevare contestazione relativamente alla nullità del processo. Allo stesso tempo, però, tali norme rimanevano disseminate nella disciplina della espropriazione mobiliare piuttosto che in quella immobiliare, offrendo in tal modo all'interprete una normativa che risultava essere tutt'altro che sistematica⁴⁴³. Il codice di procedura civile vigente, al fine di realizzare l'«ambizione sistematica»⁴⁴⁴ del legislatore, raccoglie in un titolo generale tutti quei rimedi preordinati alla contestazione dell'esecuzione, sia essa contestazione di merito, sia essa contestazione di rito, «implicanti l'una la contestazione del diritto all'esecuzione, l'altra la violazione delle regole del processo».⁴⁴⁵ Le opposizioni si configurano strumenti offerti dall'ordinamento grazie ai quali è possibile approntare una difesa nell'ipotesi di esecuzione ingiusta o irregolare⁴⁴⁶.

Oggi le opposizioni sono disciplinate nel titolo V del Libro III del codice di rito, che è composto da due capi, il primo intitolato «Delle opposizioni del debitore e del terzo assoggettato all'esecuzione» e il secondo, «Delle opposizioni di terzo». All'interno del primo capo è poi operata un'ulteriore distinzione che vede disciplinate nella prima sezione le opposizioni all'esecuzione, nella seconda, le opposizioni agli atti esecutivi⁴⁴⁷ e, infine, nella terza le opposizioni in materia di lavoro, di previdenza e di assistenza⁴⁴⁸.

La ragion d'essere delle opposizioni esecutive risiede in quello che viene definito il principio della efficacia incondizionata del titolo esecutivo⁴⁴⁹. Secondo tale principio il processo d'esecuzione può procedere, senza ostacolo alcuno e senza la necessità di verifiche ulteriori, verso il raggiungimento del suo scopo che è la «realizzazione pratica del diritto»⁴⁵⁰ del creditore, purché tale diritto risulti consacrato in uno dei documenti

⁴⁴³ SOLDI, A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2008, p. 1021.

⁴⁴⁴ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1965, *sub art.* 615, p. 457.

⁴⁴⁵ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1965, *sub art.* 615, p. 458.

⁴⁴⁶ RICCI, G.F., *Diritto*, *op. cit.*, vol. I, p. 151.

⁴⁴⁷ SOLDI, A. M., *Manuale*, *op. cit.*, p. 1022; ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice op. cit.*, *sub art.* 615, p. 2747; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, *op. cit.*, vol. IV, p. 225.

⁴⁴⁸ ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice op. cit.*, *sub art.* 615, p. 2747.

⁴⁴⁹ LIEBMAN, E. T., *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Milano, 1936, p. 182; SOLDI, A. M., *Manuale*, *op. cit.*, p. 1023; VULLO, E., in *Codice dell'esecuzione forzata*, a cura di ID., Piacenza, 2004, *sub art.* 615, p. 585; ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice*, *op. cit.*, *sub art.* 615, p. 2747.

⁴⁵⁰ VULLO, E., in *Codice*, *op. cit.*, *sub art.* 615, p. 585.

previsti e descritti *ex art.* 474 c.p.c. e definiti titoli esecutivi⁴⁵¹. Questi ultimi sono dotati di tale efficacia in quanto rappresentano la realtà giuridica esistente nel momento in cui vengono a formarsi; detto questo, però, non si può prescindere dal notare che il titolo esecutivo, proprio perché rappresentazione della realtà giuridica, rimane ancorato ad essa e quindi come quella realtà giuridica è ben suscettibile al cambiamento, allo stesso modo il titolo esecutivo subirà il divenire.

Oltre a questo si deve sottolineare che seppur il titolo esecutivo rimanesse immutato, gli stessi organi giurisdizionali preposti alla attuazione del processo esecutivo, potrebbero compiere le attività che loro competono in violazione del dettato legislativo, facendo nascere anche in questa ipotesi un interesse all'opposizione riconducibile a chi tali violazioni viene a subire⁴⁵². Le opposizioni quindi hanno la funzione di impedire che l'esecuzione si svolga ingiustamente, poiché il diritto sulla base del quale si procede è nel mentre mutato, ovvero in modo irregolare, sulla base cioè di atti illegittimi. Tramite le opposizioni il soggetto passivo del processo di esecuzione può proporre le sue contestazioni⁴⁵³ e sempre per mezzo delle opposizioni è possibile la realizzazione (anche) nel processo esecutivo del dettato dell'art. 24 della Costituzione⁴⁵⁴.

In ragione della loro funzione, le opposizioni esecutive si configurano come sostanzialmente autonome, poiché, anche se funzionalmente collegate al processo esecutivo, dallo stesso si distinguono visto il loro svolgimento nella sede di cognizione e soprattutto in quanto danno luogo ad un provvedimento suscettibile di acquistare l'efficacia di cosa giudicata. Non si deve però dimenticare il profondo legame che intercorre tra processo d'esecuzione e opposizione esecutive⁴⁵⁵, infatti, il primo non può proseguire in caso di accoglimento delle seconde, e queste non possono essere introdotte senza che il processo esecutivo sia stato promosso o quantomeno preannunciato⁴⁵⁶.

Dalla lettera delle norme che disciplinano le opposizioni esecutive è poi possibile evincere una ulteriore distinzione: da un lato, le opposizioni preventive, quelle cioè proposte dalla data della notificazione del precetto e sino all'avvio del procedimento

⁴⁵¹ VULLO, E., in *Codice dell'esecuzione forzata*, a cura di ID., Piacenza, 2004, *sub art.* 615, p. 585; SOLDI, A. M., *Manuale*, *op. cit.*, p. 1023;

⁴⁵² SOLDI, A. M., *Manuale*, *op. cit.*, p. 1023- 1024.

⁴⁵³ BELLAGAMBA, G., CARITI, G., *L'esecuzione op. cit.*, p. 603 -604.

⁴⁵⁴ RICCI, G.F., *Diritto*, *op. cit.*, vol. I, p. 151.

⁴⁵⁵ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1965, *sub art.* 615, p. 458.

⁴⁵⁶ SOLDI, A. M., *Manuale*, *op. cit.*, p. 1024.

esecutivo e, dall'altro, le opposizioni successive, proposte ad esecuzione già iniziata⁴⁵⁷. In particolare facendo riferimento all'opposizione all'esecuzione, a tenore dell'art. 615 c.p.c.«quando si contesta il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata e questa non è ancora iniziata si può proporre opposizione al precetto con citazione davanti al giudice competente per materia o valore e per territorio a norma dell'art. 27.

Il giudice, concorrendo gravi motivi, sospende su istanza di parte l'efficacia esecutiva del titolo. Quando è iniziata l'esecuzione, l'opposizione di cui al comma precedente e quella che riguarda la pignorabilità dei beni si propongono con ricorso al giudice dell'esecuzione stessa. Questi fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé e il termine perentorio per la notificazione del ricorso e del decreto».

L'opposizione all'esecuzione è strettamente connessa alla caratteristica che più connota il processo esecutivo: «l'intrinseca mancanza del contraddittorio»⁴⁵⁸, o più precisamente, il suo essere «parziale ed attenuato»⁴⁵⁹ caratteristica questa che dipende dalla presenza, dalla funzione e dall'efficacia del titolo esecutivo⁴⁶⁰, che pone le parti, a differenza di quando accade nella sede di cognizione, non più su un piano di parità: vi è una parte che agisce *in executivis* nei confronti di un'altra che, assoggetta a tale esecuzione, subisce⁴⁶¹. Stante l'intimissima connessione che si è detto intercorre tra titolo ed opposizione, si può affermare che «il problema delle opposizioni è il problema stesso del titolo esecutivo, e non può da questo essere indipendentemente trattato. Si può dire che trattando dell'uno si tratta dell'altro»⁴⁶². Con lo strumento dell'opposizione all'esecuzione, i titoli esecutivi possono subire censure diverse a seconda della loro natura e provenienza⁴⁶³.

In primo luogo quando ci si riferisce a titoli esecutivi di formazione giudiziale, non possono farsi valere con l'opposizione in parola quei vizi che soggiacciono alla conversione di cui all'art. 161, 1° comma, c.p.c., tutti quei vizi cioè che, integrando la nullità della sentenza, possono essere fatti valere soltanto nei limiti e secondo le regole

⁴⁵⁷ SOLDI, A. M., *Manuale*, op. cit., p. 1026.

⁴⁵⁸ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1965, sub art. 615, p. 457.

⁴⁵⁹ TARZIA, G., *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 193 e ss., spec. p. 247; in accordo PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., vol. IV, p. 9; BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata*, III ed., Torino, 1996, p. 45;

⁴⁶⁰ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1965, sub art. 615, p. 458.

⁴⁶¹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., vol. IV, p. 9.

⁴⁶² SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1965, sub art. 615, p. 458.

⁴⁶³ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., vol. IV, p. 231.

proprie dei mezzi di impugnazione⁴⁶⁴. Medesimo discorso può farsi in ordine ai titoli esecutivi giudiziali diversi dalle sentenze per i quali la legge già prevede un rimedio, come ad esempio il decreto ingiuntivo, contrastabile con l'opposizione *ex art. 645 e 650 c.p.c.*, ovvero quei provvedimenti nei confronti dei quali non è previsto uno specifico mezzo di doglianza ma che, pur non avendo la forma di sentenza, hanno un contenuto decisorio incidente su una situazione di diritto soggettivo, ipotesi questa che apre la strada al ricorso straordinario per Cassazione, in ossequio all'art. 111 della Costituzione⁴⁶⁵.

In secondo luogo quando il titolo esecutivo ha natura stragiudiziale, si deve distinguere il caso in cui vi siano contestazioni relative alla possibilità che l'atto costituisca o meno titolo esecutivo, dall'ipotesi in cui lo stesso atto successivamente venga contestato al fine di provocarne la rimozione. Nel primo caso, si fa riferimento a difetti che ineriscono le condizioni di forma e contenuto necessarie perché l'atto costituisca titolo⁴⁶⁶, si faccia riferimento ad una cambiale irregolare nel bollo⁴⁶⁷, ad un assegno bancario privo di data⁴⁶⁸, ad una cambiale che non contiene l'ordine incondizionato di pagare⁴⁶⁹.

Per quanto riguarda le contestazioni successive, si deve operare ancora una distinzione tra titoli «stragiudiziali di formazione privata e titoli aventi natura di atto pubblico»⁴⁷⁰. Esempi di titoli stragiudiziali di formazione privata sono certamente i titoli di credito, assegni e cambiali, per quanto riguarda invece i titoli aventi natura di atto pubblico, ci vuol riferire ovviamente a quegli atti aventi le caratteristiche previste *ex artt. 2699 e ss. c.c.*

Per i primi *nulla quaestio*, sarà ben possibile infatti proporre un'opposizione avente ad oggetto le eccezioni che la legge cambiarla ammette; in ordine ai secondi invece si pone il problema della proposizione, contestualmente all'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, e della querela di falso finalizzata a sconfessare un atto pubblico⁴⁷¹.

⁴⁶⁴ VACCARELLA R., *Opposizioni all'esecuzione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, p. 2; RICCI, G.F., *Diritto*, *op. cit.*, vol. I, p. 153; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. IV, p. 231; ANDRIOLI, V., *Commento op. cit.*, vol. III, *sub art. 615*, p. 340.

⁴⁶⁵ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. IV, p. 231.

⁴⁶⁶ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. IV, p. 235.

⁴⁶⁷ MANDRIOLI, C., *Opposizione all'esecuzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 431 e ss., *spec. p. 435*; Cass., 28 ottobre 1995, n. 1133.

⁴⁶⁸ Cass., 7 febbraio 2000, n. 1337.

⁴⁶⁹ LUISO, F., *Diritto processuale civile*, III ed., vol. II, Milano, 2000, p. 210.

⁴⁷⁰ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. IV, p. 235.

⁴⁷¹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. IV, p. 235.

In ultimo e alla luce di quanto fin qui esposto si precisa che è possibile far valere con l'opposizione all'esecuzione tutti quei vizi talmente gravi da rendere l'atto inidoneo a formare il titolo esecutivo, come ad esempio accade nell'ipotesi di inesistenza della sentenza prevista *ex art.* 161, 2° comma, c.p.c.⁴⁷², ovvero nel caso di condanna generica⁴⁷³.

Vista la funzione di contrasto dell'esercizio dell'azione esecutiva che si è detto svolgere l'opposizione all'esecuzione, la stessa sarà proponibile solo ed esclusivamente dopo che l'azione appena indicata sia stata avviata o almeno preannunciata concretamente⁴⁷⁴.

L'effettivo avvio dell'azione esecutiva si identifica con il momento iniziale della esecuzione nei tre processi espropriativi e nelle esecuzioni in forma specifica. Per quanto concerne l'espropriazione forzata, si identificherà con il pignoramento, e precisamente con la notificazione dell'atto di pignoramento nel processo espropriativo immobiliare e con l'espletamento delle attività previste dall'art. 513 c.p.c. riprodotte nel processo verbale che dia conto del vincolo di indisponibilità dei beni pignorati, nel processo espropriativo mobiliare; facendo riferimento all'espropriazione presso terzi, il momento iniziale dell'azione esecutiva si identificherà con la notificazione dell'atto di pignoramento al debitore e al terzo. In ordine all'esecuzione per consegna o rilascio, il momento iniziale della stessa si ha rispettivamente con la notificazione del preavviso del primo accesso dell'ufficiale giudiziario, e con la redazione del verbale che dà atto delle attività compiute; ed infine con riguardo all'esecuzione degli obblighi di fare o non fare, momento dal quale può dirsi avviata l'azione esecutiva è quello in cui il creditore formula la richiesta prevista dall'art. 612 c.p.c.⁴⁷⁵.

Il concreto preannuncio cui sopra si è fatto cenno è costituito dalla notificazione del precetto e l'opposizione che consegue a questa, ma è precedente rispetto all'effettivo inizio della procedura esecutiva, è qualificata come opposizione a precetto⁴⁷⁶. Quindi, riassumendo, l'opposizione all'esecuzione, a norma dell'art. 615, 1° e 2° comma, può essere proposta quando l'esecuzione non sia ancora iniziata, ovvero quando la stessa sia

⁴⁷² Cass., 23 marzo, 1999, n. 2742.

⁴⁷³ Cass., 5 novembre 1977, n. 4723

⁴⁷⁴ MANDRIOLI, C., *Opposizione all'esecuzione*, *op. cit.*, spec. p. 438.

⁴⁷⁵ SOLDI, A. M., *Manuale*, *op. cit.*, p. 1026.

⁴⁷⁶ GARBAGNATI, E., *Opposizione all'esecuzione*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Torino, 1965, p. 1068 e ss., spec. p. 1072

già stata intrapresa; nel primo caso l'opposizione sarà detta "preventiva" e nel secondo, "successiva"⁴⁷⁷.

Con la proposizione dell'opposizione all'esecuzione il soggetto che riceve la notifica del titolo esecutivo e del precetto contesta «l'affermazione della sua legittimazione passiva»⁴⁷⁸, nega «il diritto della parte istante a procedere»⁴⁷⁹. Al secondo comma dell'art. 615 c.p.c. oltre all'esperibilità di una opposizione successiva all'avvio dell'esecuzione, è disciplinata anche l'ipotesi in cui l'opponente si scagli contro la procedura esecutiva adducendo l'impignorabilità dei beni sottoposti illegittimamente all'espropriazione. L'accostamento delle due contestazioni, quella che tende a negare il diritto a procedere ad esecuzione forzata e quella che riguarda l'impignorabilità dei beni, è molto significativo⁴⁸⁰; l'impignorabilità, infatti, non è altro che il diritto a procedere su determinati beni concretamente e specificamente individuati⁴⁸¹.

Con la contestazione al diritto a procedere all'esecuzione forzata si discute in ordine all'ambito soggettivo della responsabilità, a differenza di quanto accade quando si adduce come motivo dell'opposizione l'impignorabilità dei beni: in questo caso si vuol far valere la patologica divergenza che sussiste tra l'oggetto dell'esecuzione e i beni strumento della responsabilità, divergenza di certo assente nell'ipotesi di esecuzione legittima⁴⁸². È stato affermato che l'impignorabilità dei beni si configura in un duplice senso: da un lato come esempio di contestazione relativo all'esercitabilità concreta dell'esecuzione, e dall'altro come ipotesi di confine tra le contestazioni dell'*an* e quelle del *quomodo*⁴⁸³. Il codice, in altri termini, «muove dall'idea che sui beni che siano dichiarati impignorabili non può sussistere un diritto all'esecuzione – espropriazione»⁴⁸⁴.

Lo strumento dell'opposizione all'esecuzione, come si evince da quanto fin qui esposto, rappresenta il rimedio che il soggetto ingiustamente vittima del procedimento esecutivo, ha a disposizione per far valere le sue ragioni e per evitare che l'irreparabile pregiudizio al suo patrimonio venga in essere. Nel sistema del processo esecutivo

⁴⁷⁷ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. IV, p. 236; SOLDI, A. M., *Manuale*, op. cit., p. 1026.

⁴⁷⁸ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. IV, p. 227.

⁴⁷⁹ Cfr. art. 615 c.p.c.

⁴⁸⁰ ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice op. cit.*, sub art. 615, p. 2748.

⁴⁸¹ Cass., 24 novembre 2000, n. 15198.

⁴⁸² PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. IV, p. 227.

⁴⁸³ ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice op. cit.*, sub art. 615, p. 2756.

⁴⁸⁴ REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, p. 777.

«l'esecutato o l'esecutando soggetto passivo dell'esecuzione che diventa così attivamente legittimato ad opporsi può essere il (vero o preteso) debitore o terzo proprietario contro il quale (bene o male) si minacci o si promuova un'espropriazione, oppure il detentore – possessore contro il quale (bene o male) si minacci o promuova una consegna od un rilascio, il (vero o supposto) obbligato, contro il quale (bene o male) si minaccino o si promuovano delle operazioni sostitutive di un suo fare o non fare fungibile e di fare infungibile o di non fare»⁴⁸⁵; quindi l'opposizione si pone proprio come quel giudizio, a cognizione piena, in grado di definire con assoluta certezza se il debitore è il vero debitore, e se lo si minacci con ragione o meno. La possibilità che si agisca contro un soggetto affermandone, sbagliando, la sua legittimazione passiva, è il presupposto stesso dell'esistenza nel nostro ordinamento di un rimedio quale è quello dell'opposizione. Il soggetto che ingiustamente si veda assoggettato all'agire un altro deve vedersi garantita la possibilità di reagire.

Tale garanzia di reazione può dirsi assicurata a chi non si renda conto che nei suoi confronti sia stata diretta la pretesa esecutiva della controparte? Quel soggetto incapace naturale, per cause patologiche e non, poiché in coma, o ancora in quanto infermo di mente non interdetto, come potrà evitare l'esecuzione basata su un diritto inesistente? A chi è incapace di intendere e volere come è garantita la possibilità di scagliarsi contro quella esecuzione che ingiustamente nei suoi confronti venga intrapresa? Sembra che a queste domande non vi siano risposte. Come già dimostrato non vi è al fianco di un incapace naturale una figura istituzionalmente preposta alla tutela dei suoi interessi.

L'incapace naturale non interdetto, né inabilitato, né beneficiario dell'amministrazione di sostegno, dinanzi alla notificazione di un titolo esecutivo e alla «minaccia imminente contenuta nel precetto»⁴⁸⁶, è solo.

Ha davanti a sé il rimedio previsto dall'ordinamento nel caso in cui si voglia contestare l'azione esecutiva della parte procedente, ma non è detto che ne comprenda il senso, ovvero non è detto che si trovi nelle condizioni per poterne in concreto approfittare.

All'incapace naturale, come a chiunque altro, viene garantito dalla legge il diritto di contestare un'esecuzione ingiusta. Ma all'incapace naturale, **a differenza** di chiunque altro stavolta, non viene garantito l'effettivo esercizio di tal diritto. In questo ordine di idee sembra opportuno abbracciare «una visione completa e dinamica della vita e del

⁴⁸⁵ REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, p. 777 – 778.

⁴⁸⁶ REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto*, op. cit., p. 777.

diritto» dove «non esistono a priori diritti: il diritto, [...] nasce dall'unione indissociabile della norma con l'azione, dall'adeguarsi dell'azione alla norma. La norma senza l'azione è meno che nulla, mero *flatus vocis*; l'azione senza la norma è anch'essa nulla, mero fatto irrilevante per il diritto»⁴⁸⁷.

Garantire all'incapace naturale il diritto di opporsi, mancando di garantirgli la possibilità concreta, in considerazione del suo stato, d'esercitare tal diritto, equivale a non garantirgli nulla.

Si rammenta poi che «attraverso l'esecuzione forzata l'apparato giurisdizionale dello Stato si sostituisce all'obbligato facendo a favore del titolare del diritto ciò che avrebbe dovuto fare l'obbligato stesso»⁴⁸⁸; l'esecuzione quindi si configura come la reazione dell'ordinamento in presenza di un comportamento illecito⁴⁸⁹, che si identifica con il mancato adempimento di un'obbligazione da parte del debitore. L'esecuzione non è altro che la sanzione prevista dalla legge in conseguenza dell'illecito civile appena descritto, ed ha il fine di ristabilire «l'imperio della legge e di reintegrare correlativamente mediante il soddisfacimento coattivo il patrimonio del titolare del diritto soggettivo che aveva sofferto la lesione»⁴⁹⁰. Per la concreta ed effettiva realizzazione dell'interesse creditorio è necessario, in mancanza della collaborazione del debitore, agire contro la sua volontà. Detto questo, si deve sottolineare che la legge, proprio perché l'esecuzione è intrapresa contro un altro soggetto, *rectius* contro la volontà di un altro soggetto, si preoccupa di impedire ogni forma di abuso.

Non è tollerabile il rischio di abusi viste le gravi conseguenze che una procedura esecutiva necessariamente produce⁴⁹¹. Proprio in virtù della necessità di procedere all'esecuzione solo a vantaggio di diritti effettivamente esistenti⁴⁹², è previsto *ex art.* 615, il rimedio dell'opposizione. Quest'ultima, come detto, apre un giudizio a cognizione piena, eventuale e non necessario.

Se all'incapace naturale non viene garantita la possibilità di rifarsi a tale giudizio, si ammette, inevitabilmente, la tollerabilità del rischio di abusi di cui prima si è detto, si

⁴⁸⁷ SATTÀ, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, 1965, *sub art.* 615, p. 460.

⁴⁸⁸ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, *op. cit.*, vol. I, p. 26.

⁴⁸⁹ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 190.

⁴⁹⁰ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 190.

⁴⁹¹ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 190.

⁴⁹² LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 196.

ammette, in altri termini, che l'incapace naturale rimanga vittima di un'esecuzione ingiusta, considerata legittima, senza strumento alcuno per potersi opporre una volta che l'esecuzione sia stata compiuta e completata⁴⁹³.

Le opposizioni esecutive sono il rimedio a quell'intrinseca "mancanza" del contraddittorio che connota il processo esecutivo. Questo è ancor più vero quando ci si riferisce all'opposizione all'esecuzione. Facendo riferimento al principio del contraddittorio è possibile individuare due aspetti che ne connotano il dispiegarsi: l'informazione e la reazione. La prima sempre necessaria, la seconda eventuale, ma in ogni caso da rendere sempre possibile⁴⁹⁴. In ordine all'informazione questa è propria della parte procedente, di chi prende l'iniziativa; in ordine alla reazione invece la stessa spetta alla parte passiva della procedura esecutiva, è propria di colui contro il quale si procede. Entrambi gli aspetti sono efficacemente richiamati dalla norma che enuncia e regola il principio del contraddittorio: a norma dell'art. 101 c.p.c. si legge che «il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa». Il "citare" costituisce l'adempimento cui deve assolvere colui che dà inizio alla procedura ed è «informativo per eccellenza»⁴⁹⁵ e per definizione; il "comparire" è la condotta minima richiesta per poter reagire in giudizio.

Con riguardo al processo esecutivo, l'esigenza di informazione non può dirsi inattuata: la stessa infatti trova realizzazione nelle molteplici notificazioni e comunicazioni che la legge prevede ed impone, proprio al fine di coinvolgere il più possibile il soggetto sulla quale l'esecuzione stessa ricadrà. Richiamando quanto detto precedentemente in ordine alle notificazioni e alle comunicazioni dirette all'incapace naturale⁴⁹⁶ agevolmente si concorderà nell'ammettere che l'esigenza di informazione nei confronti di detto soggetto rimane del tutto priva di soddisfazione.

Affinché il contraddittorio si realizzi concretamente, è necessario che la reazione dell'opponente «sia resa possibile!»⁴⁹⁷ e prima di ciò è necessario che tale soggetto sappia, poiché precedentemente informato in tal senso, di dover reagire. Per far sì che il diritto di difesa del soggetto esecutato non venga lesa risulta fondamentale rispettare un

⁴⁹³ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 190.

⁴⁹⁴ LA CHINA, S., *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, p. 394.

⁴⁹⁵ LA CHINA, S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., Milano, 1970, p. 394.

⁴⁹⁶ Sub paragrafo II.4.

⁴⁹⁷ LA CHINA, S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., p. 394.

imperativo: è necessario «assicurarsi che la parte passiva di una procedura vi sia regolarmente e fin dove possibile **consapevolmente** coinvolta»⁴⁹⁸.

Per ovviare alla persistenza degli effetti di una esecuzione svoltasi *contra legem*, alla parte eseguita cui non sia stata garantita la possibilità di reagire l'ordinamento offre comunque l'opportunità di un'azione in sede ordinaria che tenda a realizzare, facendo salvi naturalmente i diritti acquistati dai terzi, le riparazioni ancora possibili, che tenda a sanare i pregiudizi non ancora irreparabili.

L'art. 96, 2° comma, c.p.c. afferma la configurazione della responsabilità di chi abbia violato i precetti di normale prudenza, di chi abbia agito in colpa lieve⁴⁹⁹, senza richiedere al fine di tale configurazione gli stati soggettivi necessari per integrare la responsabilità aggravata di cui al 1° comma della norma in parola⁵⁰⁰. Quando infatti il giudice accerta che vi sia stata un'azione senza che realmente vi fosse il diritto, condanna chi ha agito senza la normale prudenza a «risarcire i danni provocati ai soggetti dei quali con i loro atti esecutivi hanno indebitamente invaso la sfera giuridica»⁵⁰¹.

Lo stato soggettivo di quel creditore che, pur rendendosi conto dello stato alterato della contro parte, comunque persevera nell'esecuzione confidando in una mancata opposizione, integra di certo un qualcosa in più rispetto alla “sola” colpa lieve richiesta dalla norma⁵⁰² e questo non fa altro che confermare l'applicabilità del rimedio previsto ex art. 96, 2° comma, c.p.c. nel caso in cui vi sia chi approfitti dello stato di incoscienza di un incapace naturale, per procedere (indisturbato) *in executivis*.

II.4.7. Opposizione agli atti esecutivi

L'opposizione ex art. 617 c.p.c., ha assunto nel processo esecutivo un ruolo fondamentale per la tutela di coloro i quali si vedano pregiudicati da un atto esecutivo illegittimo⁵⁰³. Grazie al rimedio in parola, è possibile far valere «l'invalidità,

⁴⁹⁸ Pressocché letteralmente LA CHINA, S., *L'esecuzione forzata*, op. cit., p. 396.

⁴⁹⁹ DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario*, op. cit., sub art. 96, p. 519; Cass., 13 marzo 2002, n. 6808; Cass., 17 gennaio 1996, n. 342.

⁵⁰⁰ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 367.

⁵⁰¹ BONGIORNO G., *Responsabilità aggravata*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1990, p. 3; REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto*, op. cit., p. 783.

⁵⁰² Cass., 23 febbraio 2004, n. 5734.

⁵⁰³ ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice*, op. cit., sub 617, p. 2780.

l'irritualità, l'incongruenza»⁵⁰⁴ di un determinato atto esecutivo. Il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, investe, quindi, la regolarità formale (non «sostanziale»⁵⁰⁵) del titolo esecutivo o del precetto, della notifica degli stessi, ovvero dei singoli atti esecutivi successivi⁵⁰⁶.

Per regolarità formale deve intendersi una categoria che si estenda fino a ricomprendere «qualsiasi divergenza dell'atto posto in essere rispetto alla fattispecie legale»⁵⁰⁷. La differenza fra l'opposizione all'esecuzione prevista *ex art.* 615 c.p.c. e l'opposizione agli atti esecutivi disciplinata dall'*art.* 617 c.p.c. è individuata nel fatto che la prima attiene all'*an* dell'azione esecutiva e la seconda al *quomodo* dell'esercizio della stessa⁵⁰⁸. L'opposizione agli atti esecutivi viene definita «opposizione di forma»⁵⁰⁹, contrariamente all'opposizione all'esecuzione che, coerentemente con il suo oggetto, viene definita «opposizione di merito»⁵¹⁰.

⁵⁰⁴ BELLAGAMBA, G., CARITI, G., *L'esecuzione, op. cit.*, p. 606.

⁵⁰⁵ FAZZALARI, E., *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, 1996, p. 212.

⁵⁰⁶ SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000, p. 723.

⁵⁰⁷ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche, op. cit.*, vol. IV, p. 245

⁵⁰⁸ CARNELUTTI, F., *Lezioni, op. cit.*, p. 98; Cass., 19 giugno 1993, n. 6845, dove si legge che «la differenza fra l'opposizione all'esecuzione ed opposizione agli atti esecutivi va colta nel fatto che la prima investe l'*an* dell'azione esecutiva, cioè il diritto della parte istante a promuovere l'esecuzione sia in via assoluta che in via relativa, mentre la seconda attiene al *quomodo* dell'azione stessa ed investe la regolarità formale del titolo esecutivo o del precetto ovvero dei singoli atti di esecuzione senza riguardare il potere dell'istante di agire *in executivis*».

⁵⁰⁹ RICCI, G.F., *Diritto, op. cit.*, vol. I, p. 158.

⁵¹⁰ RICCI, G.F., *Diritto, op. cit.*, vol. I, p. 158. Detto questo e così individuato il discrimine tra i due rimedi, è necessaria una precisazione: anche se le opposizioni esecutive *ex artt.* 615 e 617 c.p.c. sono inserite nel medesimo capo intitolato «delle opposizioni del debitore e del terzo assoggettato all'esecuzione», i legittimati attivi a proporre la prima non coincidono con quelli legittimati a proporre la seconda.

Legittimati a proporre l'opposizione *ex art.* 617 sono «tutti coloro che, partecipanti al procedimento esecutivo, siano interessati al suo regolare svolgimento, allo scopo di evitare il danno derivante dal compimento di atti non conformi alla legge» (Cfr. SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000, p. 724, nota 4; in accordo ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice op. cit., sub art.* 617, p. 2790; REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto, op. cit.*, p. 783.), sono tutti coloro che hanno un interesse a che il singolo atto esecutivo contestato venga rimosso (Cfr. FURNO, C., *Questioni sulla ritualità dell'intervento nell'espropriazione presso terzi*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, vol. III, Padova, 1958, p. 289 2 ss. spec. p. 296; ANDRIOLI, V., *Commento, op. cit.*, vol. I, *sub art.* 617, p. 360; GARBAGNATI, E., *Opposizione all'esecuzione, op. cit.*, spec. p. 1074. Inoltre secondo VACCARELLA l'estensione della categoria dei legittimati attivi alla proposizione dell'opposizione agli atti è «ad un tempo, causa ed effetto di quella dell'oggetto di opposizione a qualsiasi atto del processo esecutivo» cfr. VACCARELLA, R., *Opposizioni all'esecuzione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, p. 13.), qualunque parte in senso processuale purché in grado di provare il pregiudizio concreto derivatogli dall'atto viziato (Cfr. REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, II ed., vol. III., Milano 1954, p. 320).

Gli unici che sono legittimati a proporre l'opposizione all'esecuzione, invece, sono il debitore ed il terzo assoggettato all'esecuzione, o più precisamente, tutti coloro che in concreto si trovano a subire l'esecuzione o il suo preannuncio (Cfr. MANDRIOLI, C., *Opposizione, op. cit.*, spec. p. 444; RICCI, G.F., *Diritto, op. cit.*, vol. I, Torino, 2008, p. 159). A ben vedere, quindi, l'unico a poter concretamente operare questa scelta, e quindi l'unico che può chiedersi realmente quale dei due rimedi deve (*rectius* gli conviene) utilizzare è il solo soggetto passivo dell'esecuzione (debitore o terzo assoggettato all'esecuzione). Gli altri soggetti interessati, anche quelli che hanno nel processo esecutivo un ruolo

L'opposizione agli atti esecutivi, proprio come l'opposizione all'esecuzione può essere "preventiva", qualora sia rivolta a contestare, prima che la procedura esecutiva risulti avviata, la regolarità del titolo esecutivo o del precetto, ovvero della notifica degli stessi; oppure può essere "successiva" nell'ipotesi in cui venga proposta dopo l'avvio della procedura esecutiva⁵¹¹.

Dal punto di vista procedimentale la proposizione dell'opposizione *ex art.* 617 c.p.c., soggiace ad un termine perentorio di venti giorni⁵¹², a differenza di quanto è previsto in ordine alla proposizione dell'opposizione all'esecuzione, che vede come unico sbarramento la chiusura dell'esecuzione stessa⁵¹³. Nel caso in cui con l'opposizione si contesti la regolarità formale del titolo esecutivo o del precetto e la procedura esecutiva non sia stata ancora intrapresa, il *dies a quo* deve identificarsi con la notificazione degli atti contestati; se l'opposizione non si sia potuta proporre prima dell'inizio della procedura esecutiva, il termine di venti giorni decorrerà dal primo atto di esecuzione; infine, nel caso in cui si voglia contestare la regolarità formale degli altri atti esecutivi, il termine decorrerà dal giorno in cui i singoli atti, oggetto di opposizione, sono stati compiuti, salvo che la legge non ne disponeva la comunicazione⁵¹⁴ nel qual caso il *dies a quo* sarà individuato con riferimento alla conoscenza legale dell'atto stesso da parte dell'opponente⁵¹⁵.

La disciplina dell'opposizione agli atti esecutivi si pone come maggiormente restrittiva rispetto a quella dell'opposizione all'esecuzione. Infatti, anche se da un lato è vero che più soggetti sono legittimati alla sua proposizione, dall'altro si è detto che per tali soggetti qualora diversi dal debitore o dal terzo assoggettato, questo è l'unico rimedio esperibile. A questo si aggiunge, poi, lo sbarramento temporale costituito dalla previsione di un termine perentorio, il cui inutile decorso, naturalmente, produrrà la decadenza dal potere di opporsi.

marginale, ma che comunque risultano interessati a rimuovere l'atto viziato (Cfr. MANDRIOLI, C., *Opposizione*, *op. cit.*, p. 431 e ss., spec. p. 459.), hanno un unico rimedio per contrastare l'azione esecutiva della parte istante: l'opposizione agli atti esecutivi *ex art.* 617 c.p.c.; in altri termini, per i soggetti diversi dal debitore o dal terzo assoggettato la differenza tra l'*an* ed il *quomodo* dell'azione esecutiva non si pone, questi infatti hanno davanti a sé un'unica strada percorribile: l'opposizione agli atti.

⁵¹¹ BELLAGAMBA, G., CARITI, G., *L'esecuzione*, *op. cit.* p. 607.

⁵¹² Il d.l. 14 marzo del 2005 n. 35, convertito, con modificazioni, nella L. 14 maggio 2005, n. 80 ha prolungato tale termine che prima della Novella era di cinque giorni.

⁵¹³ RICCI, G.F., *Diritto*, *op. cit.*, vol. III, p. 159.

⁵¹⁴ SATTÀ, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000, p. 726; PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. IV, p. 246; Cass., 19 gennaio 1996, n. 435; Cass., 15 novembre 1994, n. 9623; Cass., 7 marzo 1992, n. 2791; Cass., 27 giugno 1982, n. 551.

⁵¹⁵ VULLO, E., in *Codice*, *op. cit.*, sub art. 617, p. 608; Cass., 11 novembre 2002, n. 15806.

È stato affermato che «l'opposizione agli atti esecutivi assicura la garanzia costituzionale del contraddittorio»⁵¹⁶, infatti solo in sede di opposizione il dialogo delle parti, fino ad allora escluso, torna ad essere garantito⁵¹⁷. Questo risulta certamente vero soprattutto se si considera che l'opposizione agli atti esecutivi è quel rimedio grazie al quale si garantisce una cognizione piena che del rispetto del principio del contraddittorio fa il suo presupposto. Se non fosse prevista dall'ordinamento l'opportunità di dar vita ad un giudizio a cognizione ordinaria, quindi piena, per chi vede danneggiarsi da un atto esecutivo illegittimo, si dovrebbe concludere per l'illegittimità costituzionale del sistema stesso. La garanzia costituzionale, invece, risulta piena proprio perché l'ordinamento giuridico concede al potenziale opponente una *chance*. Il soggetto che infatti vede danneggiarsi a causa di un atto esecutivo che non doveva compiersi, ha come unica possibilità quella di proporre opposizione, poiché non gli è consentito in altro modo contrastare l'esercizio dell'azione esecutiva⁵¹⁸, essendo costui costretto ad approntare la sua difesa *ex post*, dopo il compimento dell'atto esecutivo.⁵¹⁹

Il soggetto che risulta pregiudicato, quindi, deve essere posto nelle condizioni di potersi opporre, in contrario, deve concludersi per la mancata realizzazione del contraddittorio che, seppur parziale, attenuato e differito, esiste nel processo esecutivo⁵²⁰.

Sembra che quanto precede possa venire in ausilio a quanto in questa sede si sta tentando di affermare. L'incapace naturale non sembra posto nelle condizioni di potersi opporre. Solo formalmente gli viene garantita la *chance* di cui sopra si è detto. Egli ben potrebbe rimanere vittima di una esecuzione completamente irregolare che, come se nulla fosse, volgerà al termine continuando a «cammina(re) inesorabile per la sua strada»⁵²¹. È da notare infatti che qualora la irregolarità degli atti esecutivi non venga denunciata da chi è legittimato a farlo e nel tempo che l'ordinamento gli concede, a questi rimane preclusa qualsiasi possibilità: giusta la regola dell' art. 2929 c.c., infatti, una volta perfezionata la vendita, l'eventuale nullità degli atti esecutivi non potrà

⁵¹⁶ TARZIA, G., *Il contraddittorio*, op. cit., spec. p. 208.

⁵¹⁷ TARZIA, G., *Il contraddittorio*, op. cit., spec. p. 208.

⁵¹⁸ LUGO, A., *Manuale*, op. cit., p. 495.

⁵¹⁹ RICCI, G.F., *Diritto*, op. cit., vol. I, p. 151.

⁵²⁰ TARZIA, G., *Il contraddittorio*, op. cit., spec. p. 247

⁵²¹ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 197

produrre effetto alcuno per l'acquirente o l'aggiudicatario⁵²². È impossibile, o quantomeno inverosimile, che l'incapace naturale possa giovare in egual misura rispetto agli altri soggetti, del rimedio previsto *ex art.* 617 c.p.c. A questo si aggiunga poi che il «soggetto principale del dramma»⁵²³ si vede “minacciato” dall'esistenza di un termine perentorio il cui inutile decorso suggellerà la perdita di qualsivoglia potere di opposizione. Stante la volontà del legislatore di escludere qualsivoglia effetto di decadenza conseguente a un fatto estraneo alla sfera di disponibilità della parte, quindi a lei non imputabile⁵²⁴, nell'ipotesi in cui l'incapace naturale dovesse decadere dal potere di proporre opposizione ai sensi dell'art. 617 c.p.c. lo stesso avrà l'opportunità di proporre istanza di remissione in termini.

Se non si volesse ammettere tale possibilità per l'incapace naturale, in primo luogo ci si porrebbe contro l'ormai consolidata e generale applicabilità dell'istituto della rimessione ed in secondo luogo ci si troverebbe ad essere costretti ad ammettere che l'unica opportunità accordata all'incapace di intendere e volere sarebbe quella di un'opposizione connotata dal carattere di mera *denuntiatio* equivalente ad una segnalazione effettuabile con una domanda od un'istanza di cui all'art. 486 c.p.c.⁵²⁵, con la necessità di considerare che, qualora realmente tale *denuntiatio* venisse compiuta per mezzo della suindicata istanza, il giudice dell'esecuzione si pronuncerebbe sulla stessa emanando un'ordinanza contrastabile esclusivamente, ironia della sorte, con l'opposizione agli atti esecutivi⁵²⁶.

⁵²² BONSIGNORI, A., *Effetti della vendita e dell'assegnazione*, in SCHLESINGER, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 1988, p. 279.

⁵²³ LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007, p. 196.

⁵²⁴ CAPONI, R., *La nuova disciplina*, *op. cit.*, spec. c. 168.

⁵²⁵ MANDRIOLI, C., *Opposizione*, *op. cit.*, p. 431 e ss., spec. p. 454.

⁵²⁶ LA CHINA, S., *L'esecuzione forzata*, *op. cit.*, p. 549. Tale ordinanza infatti non è revocabile, né reclamabile poiché tale rimedio non è previsto *ex lege*, né ricorribile per cassazione *ex art.* 111 Cost. in quanto è carente della natura di sentenza (cfr. LA CHINA, S., *L'esecuzione forzata*, *op. cit.*, p. 544, p. 547, p. 548).

III. GLI ATTI COMPIUTI IN STATO DI INCAPACITÀ NATURALE

SOMMARIO: III.1. Il problema dell'incapacità naturale di una delle parti: atti riservati alla parte e poteri del difensore. - III.2. Le singole ipotesi di atti processuali compiuti in stato di incapacità naturale. In particolare: procura al difensore. – III.2.1. Interrogatorio libero. - III.2.2. Interrogatorio formale- III.2.3. Confessione. - III.2.4. Giuramento decisorio. – III.2.5. Rinuncia agli atti del giudizio e relativa accettazione – III.2.6. Acquiescenza e rinuncia all'impugnazione.

III.1. Il problema dell'incapacità naturale di una delle parti: atti riservati alla parte e poteri del difensore

Il problema dell'incapacità naturale di una delle parti potrebbe non rilevare se si considera la funzione, «vero e proprio ministero, che il difensore viene ad esercitare nel processo civile»¹. Il difensore è quel soggetto chiamato a stare e chiedere in giudizio in nome della parte e quindi, anche nell'ipotesi di incoscienza del suo assistito, sarà l'avvocato stesso a curarne gli interessi, adottando la condotta processuale più idonea a tal fine²; da ciò si evince quindi che l'incapacità naturale della parte potrebbe apparire irrilevante, tranne che negli atti da essa compiuti personalmente, stante la normale intermediazione del difensore³.

Il difensore è colui il quale «“parla per” o, meglio ancora, parla e scrive *a favore* della parte⁴ di modo da convincere, con il proprio operato, il Giudice delle ragioni di questa che, altrimenti, resterebbe muta e priva, per l'effetto, di effettivo diritto alla difesa»⁵.

L'attività processuale del difensore rileva anche sul piano dei valori costituzionali, la stessa infatti non solo è espressione massima del principio del contraddittorio⁶, ma è

¹ PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, vol. IV, Milano, 1965, p. 147.

² PEZZANO, G., *Patrocinio (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 430 e ss. spec. p. 430; ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 403; MURRA, R., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, sub art. 84, p. 577.

³ ORIANI, R., *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. III, Roma, 1990, p. 8.

⁴ Si è qui riportato il significato letterale del termine tedesco *Fuersprecher* che si soleva usare in Germania per indicare la figura del difensore tecnico.

⁵ STESURI, A., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario*, op. cit., sub art. 84, p. 1098.

⁶ CIPRIANI, F., *La professione di avvocato*, op. cit., p. 10.

finanche qualificata come «componente essenziale del più generale diritto alla difesa proclamato ‘inviolabile’ dall’art. 24, 2° comma, Cost.»⁷, il quale per essere pienamente operante è da intendersi «non tanto come possibilità di accedere ad una difesa tecnica, ma piuttosto come diritto a svolgere un ruolo attivo nel processo»⁸. Detto ruolo attivo è possibile se e solo se le parti, le quali ben possono difettare delle cognizioni giuridiche necessarie per far valere in giudizio il loro diritto⁹, possano giovare della presenza di un soggetto che sia esperto conoscitore tanto del diritto processuale, quanto di quello sostanziale¹⁰, assumendo il difensore in tal modo il ruolo di baluardo dell’inviolabile diritto alla difesa¹¹.

In quest’ordine di idee, la presenza e l’intermediazione del difensore, oltre ad integrare una «garanzia di civiltà»¹², si configurano come una vera e propria «condizione necessaria per l’esercizio dell’azione della parte nel processo»¹³; la presenza del difensore realizza una «sostituzione necessaria»¹⁴ della parte.

In ordine alla funzione che il difensore è chiamato a svolgere all’interno del processo, la stessa mira a realizzare una “doppia emancipazione”: quella delle parti rispetto al giudice e, correlativamente, quella del giudice rispetto alle parti¹⁵.

Rispettivamente, le parti mediante il ministero del difensore, non sono più prive di assistenza e abbandonate al «paternalismo del magistrato»¹⁶; il giudice, dal canto suo, non dovrà sostituirsi «al difensore nel tutelare le parti di fronte ai pericoli che possono di volta in volta derivare dal compimento o dall’omissione dei singoli atti»¹⁷.

Se è vero che il difensore è chiamato, una volta munito di procura¹⁸, a compiere e ricevere tutti gli atti del processo in nome e nell’interesse della parte¹⁹, è altrettanto vero

⁷ CHIAVARIO, M., *Processo e garanzie della persona*, II ed., vol. II, Milano, 1982, p. 107 e ss.

⁸ MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2007, p. 80.

⁹ DI BLASI, U., *Rappresentanza in giudizio (Diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto*, vol. XIV, Torino, 1958, p. 859 e ss. spec. 869.

¹⁰ STESURI, A., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario*, op. cit., sub art. 84, p. 1096

¹¹ STESURI, A., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario*, op. cit., sub art. 84, p. 1096; LUISO, F., *Diritto*, op. cit., p. 212 secondo il quale «l’obbligo di difesa tecnica deve esser ricollegato ad esigenze pubblicistiche di corretto svolgimento del processo giurisdizionale»

¹² CIPRIANI, F., *La professione di avvocato*, op. cit., p. 10.

¹³ PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore*, op. cit., spec. p. 148.

¹⁴ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959 – 1968, sub art. 84, p. 285.

¹⁵ CALAMANDREI, P., *Istituzioni* op. cit., p. 251.

¹⁶ PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore*, op. cit., spec. p. 164.

¹⁷ PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore*, op. cit., spec. p. 165.

¹⁸ Sulla validità della procura conferita da un soggetto incapace naturale vedi *infra* par. III.2

¹⁹ CIPRIANI, F., *La professione di avvocato*, op. cit., p. 9; NAPPI, P., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice*, op. cit., sub art. 84, p.797;

che questi possa fare ciò in quanto titolare del potere in tal senso attribuitogli²⁰. Il limite del potere del difensore non si esaurisce nell'esistenza di una valida procura conferitagli, ma è ben delineato nel disposto dell'art. 84 c.p.c., dedicato appunto ai «poteri del difensore»²¹.

Ai sensi dell'art. 84 c.p.c., «quando la parte sta in giudizio con il ministero del difensore, questi può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati. In ogni caso non può compere atti che importino la disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere».

In altre parole, esulano dal potere attribuito al difensore tutti quegli atti che *ex lege* sono riservati alle parti e quelli che, se compiuti, comportano la disposizione del diritto controverso, di quel diritto consistente cioè «nell'interesse sostanziale positivo o negativo di cui si chiede il riconoscimento in giudizio, il bene che attraverso il giudizio si cerca di conseguire»²².

Da ciò si desume che esula dall'ambito dei poteri del difensore il compimento di qualunque atto idoneo a determinare una immediata modificazione della situazione sostanziale delle parti, e in conseguenza di ciò, risulterebbe inefficace e processualmente irrilevante l'attività processuale preclusa al difensore, ma ciononostante compiuta da lui.²³

È qui, nel modo di dispiegarsi del potere del difensore, che trova sede il problema di cui si vuole trattare.

In ordine agli atti che il difensore può compiere, si pone innanzitutto un problema di funzioni: in primo luogo, l'avvocato è chiamato ad essere «traduttore tecnico giuridico della volontà della parte»²⁴ e non sostituto della volontà della stessa; in secondo luogo, il difensore dovrebbe «obbedire solo alle leggi ed alla propria coscienza e non curarsi d'altro»²⁵, non dovrebbe quindi occuparsi di sopperire alle deficienze del suo assistito. Il difensore tecnico, e questo lo si evince agevolmente da quanto disposto *ex art.* 84, 2° comma, c.p.c.²⁶, non è il rappresentante legale della parte incapace naturale, e non deve

²⁰ PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore*, *op. cit.*, spec. p. 179.

²¹ STESURI, A., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario*, *op. cit.*, sub art. 84, p. 1095.

²² SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959 – 1968, sub art. 84, p. 286.

²³ Pressoché letteralmente PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore*, *op. cit.*, spec. pp. 178-179.

²⁴ MANDRIOLI, C., *Corso*, *op. cit.*, p. 193.

²⁵ SATTA, S., *Diritto processuale civile*, VI ed., Padova, 1959, p. 81, nota 2.

²⁶ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959 – 1968, sub art. 84,

esserlo: allo stesso competete, anche in detta situazione, solo ed esclusivamente una rappresentanza e assistenza tecnica. È stato affermato che «la rappresentanza legale [...] è assunta, almeno in linea di diritto positivo, ogni qualvolta che si tratti di far ricadere direttamente sul rappresentato gli effetti che sono per derivare da atti di disposizione»²⁷, ma si è detto che al difensore «gli atti che importano disposizione del diritto in contesa», sono preclusi.

L'esigenza che la parte non sia sola in giudizio deve essere sostenuta solo dalla presunta incapacità tecnica della stessa e non da motivi di altra natura²⁸.

Il constatare che l'attività difensiva potrebbe risolvere le numerose situazioni “di pericolo” in cui, verosimilmente, verrà a trovarsi l'incapace, non è sufficiente per ritenere il contrario di quanto appena affermato.

È certamente vero che *procurator omittendo nocet, committendo non nocet*, ma da questo sembra eccessivo far discendere che lo “strafare” del difensore risolva la situazione dell'incapace; «né si può pensare che il giudice possa soccorrere se non in strettissima misura le parti od ovviare ai loro errori di tattica e di forme perché ciò potrebbe turbare la sua imparzialità»²⁹.

L'opera tecnica del difensore non si configura come adempimento di un'obbligazione di risultato, in quanto il difensore stesso non può assumere nei confronti della parte l'impegno di vincere la lite, l'unico impegno che lo stesso può assumersi è quello di svolgere la sua attività professionale in modo diligente³⁰. Al difensore non può essere chiesto di più.

Per scongiurare la propria responsabilità, infatti, lo stesso dovrà esclusivamente dimostrare di aver agito con la diligenza media del professionista e dovrà altresì dimostrare, anche ai fini dell'esclusione di una possibile pretesa risarcitoria proveniente dalla parte, che l'eventuale inadempimento sia derivato da causa a lui non imputabile.³¹

La realtà è che la parte, nel compiere le attività processuali che le spettano, deve essere in grado di curare i propri interessi e se, come nell'ipotesi di parte incapace naturale, non lo fosse, questo non deve aprire la strada per un'attività maggiormente onerosa a carico dell'avvocato ma, al contrario, deve essere dimostrazione dell'esistenza

p.284.

²⁷ PAVANNINI, G., *Note sulla figura giuridica del difensore*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, p. 246 e ss. spec. p. 259.

²⁸ PAVANNINI, G., *Note*, op. cit., spec. p. 256.

²⁹ REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto*, op. cit. p. 80.

³⁰ DI BLASI, F. U., *Difensore (Diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto*, vol. V, Torino, 1960, p. 606 e ss. spec. p. 607.

³¹ BALBI, C. E., *La decadenza*, op. cit., p. 453 – 454 .

di un problema che abbisogna di una soluzione: in queste ipotesi occorre un'assistenza la quale però, a ben vedere, si avvicina molto più all'opera che dovrebbe svolgere un tutore ovvero un curatore, piuttosto che a quella riferibile ad un difensore tecnico.

La criticità della situazione in cui viene a trovarsi l'incapace naturale si manifesta in modo ancora più visibile, nelle ipotesi in cui l'incapace stesso, in quanto parte di un processo, veda riservarsi dalle legge il compimento di taluni atti processuali, ovvero nel momento in cui lo stesso debba disporre del proprio diritto, ipotesi, questa seconda prospettata, che già *ab origine* integra una vera e propria contraddizione in termini, in quanto l'incapace naturale, se pur non privato legalmente della capacità di agire, certamente non è in grado di disporre dei suoi diritti.

In un sistema di tal fatta, rappresentano una vera e propria minaccia per l'incapace naturale tutti quegli atti che «sono ad un tempo preclusi al procuratore ed esperibili dalla parte»³², in quanto gli stessi, lungi dal realizzare il mero «svolgimento dell'azione», integrano invece una vera e propria «disposizione di essa», producendo non solo «la modificazione della situazione processuale», ma anche «una compromissione diretta o indiretta»³³ della posizione sostanziale della parte»³⁴.

Nei casi in cui l'attività del difensore risulta essere preclusa, l'incapace è chiamato ad attivarsi personalmente³⁵ compiendo gli atti processuali che dalla legge gli sono riservati o che importano la disposizione del suo diritto, assumendo «una condotta volontaria [...] diretta ad influire sulla costituzione, svolgimento, modificazione ed estinzione del processo»³⁶.

In dette ipotesi, risulta evidente la difficoltà in cui versa l'incapace, e a questo non è sufficiente obiettare che l'incapacità naturale della parte sembra essere condizione irrilevante, poiché è certo che se una delle parti, uno di quei soggetti, cioè, che ha una

³² PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore*, op. cit., spec. p. 178 ivi anche un enumerazione di atti preclusi al difensore ed esperibili alla parte, nota 109, p. 178.. Vedi anche REDENTI, E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, II ed., riv. e corredata da una esposizione dei progetti di riforma del codice di procedura civile e altre appendici, Milano, 1939, p. 374; MICHELI, G. A., *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937, p. 41; MINOLI, E., *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942, p. 41; GIANNATTASIO, C., *Atti consentiti al difensore*, in *Giurisprudenza complementare cassazione civile.*, XXX, 1951, III, I, pp. 214-215.

³³ Per atti di disposizione diretta si intendono quelli che incidono sul diritto controverso scavalcando il processo; per quanto riguarda invece gli atti di disposizione indiretta, questi sono quelli che inserendosi nel processo escludono ogni libera valutazione del giudice. Cfr. MURRA, R., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 84, p. 578.

³⁴ PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore*, op. cit., spec. p. 178.

³⁵ DI BLASI, F. U., *Difensore (Diritto processuale civile)*, op. cit., spec. p. 607.

³⁶ DONDINA, M., *Atti processuali (civili e penali)*, in *Novissimo Digesto*, vol. I, tomo II, Torino, 1957, p. 1515 e ss. spec. p. 1519.

pretesa da fa valere in giudizio o contro la quale la pretesa stessa è rivolta³⁷, si trova in detto stato questo non può non avere ricadute sul piano del processo.

Se per atto processuale si intende «un'attività umana volontaria giuridicamente regolata»³⁸, una condotta cosciente e volontaria, questo è sufficiente per dubitare della validità degli atti posti in essere personalmente dall'incapace naturale. Nel considerare gli atti processuali, si tende a negare la rilevanza dei motivi e delle intenzioni che li sottendono, ma questo non comporta automaticamente la negazione della “volontà” come requisito dell'atto³⁹: la volizione e cioè la volontarietà del comportamento» è requisito dell'atto in quanto nello stesso termine è implicita la coscienza e la volontà del comportamento stesso⁴⁰.

Non potendosi prescindere quindi dalla sussistenza della volontà nel soggetto che pone in essere una data condotta, non potranno considerarsi validamente effettuati gli atti processuali posti in essere dall'incapace naturale: non potranno considerarsi validamente effettuati, ad esempio, il conferimento della procura al difensore, la confessione, la delazione di un giuramento, la rinuncia agli atti del giudizio⁴¹, la dichiarazione di accettazione della sentenza⁴².

III.2. Le singole ipotesi di atti processuali compiuti in stato di incapacità naturale. In particolare: procura al difensore

La procura, abilitando il difensore all'esercizio di quei poteri che gli sono attribuiti direttamente dalla legge⁴³, è l'atto unilaterale mediante il quale la parte sta in giudizio⁴⁴.

Per mezzo della procura il difensore può comparire dinnanzi al giudice compiendo atti processuali in nome della parte che lo ha a tal fine designato⁴⁵.

³⁷ Pressoché letteralmente DI BLASI, F. U., *Difensore (Diritto processuale civile)*, op. cit., p. 606 e ss.

³⁸ DONDINA, M., *Atti processuali (civili e penali)*, op. cit., spec. 1516.

³⁹ DENTI, V., *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Pavia, 1959, parte. 3 e ss. spec. p. 71-72.

⁴⁰ ORIANI, R., *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 8, il quale però non riconosce volontarietà alcune nelle condotte di natura omissiva.

⁴¹ PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore*, op. cit., spec. p. 180.

⁴² ORIANI, R., *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 9;

⁴³ LUGO, A., *Manuale*, op. cit., p. 123.

⁴⁴ ARIETA, G., DE SANTIS, F., MONTESANO, L., *Corso*, op. cit., p. 230.

⁴⁵ NAPPI, P., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice*, op. cit., sub art. 83, p.773; Cass., 23 febbraio 1994, n. 1780.

La legge processuale considera indispensabile e necessario il conferimento della procura⁴⁶ al fine di instaurare un valido rapporto processuale⁴⁷ configurandosi la procura stessa come presupposto di tale valida instaurazione⁴⁸.

Detto ciò appare chiaro quanto disposto *ex art.* 83 c.p.c. «quando la parte sta in giudizio con il ministero del difensore, questi deve essere munito di procura»; in altri termini, quando la parte non sta in giudizio personalmente la stessa, per avere un ruolo attivo nel processo⁴⁹, deve stare in esso per mezzo di un difensore e lo stesso dal canto suo, per poter stare in giudizio in nome della parte, deve essere munito di valida procura.

La *ratio* che sostiene e ordina la disciplina dettata in materia di procura alle liti ha il fine di «conferire la certezza della provenienza dalla parte del potere di rappresentanza»⁵⁰ e la procura stessa costituisce «strumento di assunzione in capo alla parte dell'atto [...] e dei suoi effetti»⁵¹. La procura mira quindi a «fornire alla controparte la giuridica certezza della riferibilità dell'attività svolta dal difensore al titolare della posizione sostanziale controversa, certezza che può essere fornita soltanto da documenti facenti piena prova fino a querela di falso, come appunto l'atto pubblico e la scrittura privata autenticata»⁵². Quando l'avvocato agisce in giudizio per la parte ciò sta a significare che la procura ed in particolar modo il suo conferimento hanno raggiunto lo scopo cui erano preordinati.

Il conferimento della procura alle liti al difensore, qualora questo avvenga ad opera di un incapace naturale, è certo suscettibile di divenire oggetto di interesse in quanto configura problematiche tutt'altro che trascurabili.

In primo luogo, è necessario chiedersi se la procura conferita dallo stesso sia valida e la risposta a questo interrogativo, dalla quale dipende la soluzione degli ulteriori problemi che in questa sede si porranno, deve essere necessariamente negativa. Non può dirsi realizzata difatti la trasmissione di volontà che per mezzo della procura dovrebbe essere manifestata, quando autore di detta manifestazione sia un incapace. Al fine di un

⁴⁶ DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario, op. cit., sub art.* 83, p. 244.

⁴⁷ MURRA, R., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile, op. cit., sub art.* 83, p. 574.

⁴⁸ COMOGLIO, L. P., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Torino, 2012, *sub art.* 83, p. 1086.

⁴⁹ MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, p. 191.

⁵⁰ *Ex multis* Cass., 31 marzo 2005, n. 6813; Cass., 25 gennaio 2005, n. 1428; Cass., 27 agosto 2003, n. 12558; Cass., 18 agosto 2003, n. 12080; Cass., 9 febbraio 2001, n. 1861; Cass., 5 marzo 2001, n. 3189; Cass., 6 dicembre 2000, n. 15509.

⁵¹ MANDRIOLI, C., *La rappresentanza, op. cit.*, Torino, 1959, p. 408.

⁵² Cass., sez. un. 22 novembre 1994, n. 9869.

valido conferimento non vengono richieste dalla legge espressioni formali tassative, ciò che rileva è che dalle espressioni usate possa desumersi agevolmente la volontà della parte di abilitare il difensore all'esercizio dei poteri e facoltà procedurali *ex lege* previsti⁵³. Chi non è in grado di intendere e volere non può peraltro manifestare volontà alcuna.

Oltre che per questo, la procura conferita dall'incapace naturale è *tamquam non esset* in quanto la stessa, ponendosi come strumento tecnico attraverso il quale rendere effettivo il principio di cui all'art. 24 Cost., secondo cui il diritto alla difesa è inviolabile⁵⁴, e ancora, configurandosi come atto necessario alla costituzione e presenza in giudizio della parte rappresentata⁵⁵, non può di certo provenire validamente da chi non ha né la disposizione del diritto controverso, in vista della cui affermazione si agisce in giudizio, né tantomeno il libero esercizio di esso.

Da ciò discende un primo corollario: sostenendo l'impossibilità per l'incapace naturale di conferire una valida procura si afferma al contempo l'inesistenza giuridica dell'attività posta in essere dal difensore⁵⁶ dell'incapace che agisce in virtù della procura dallo stesso eventualmente rilasciata. Dall'inesistenza di detta attività discende poi l'impossibilità del dispiegarsi degli effetti in capo alla parte degli atti processuali compiuti dal difensore⁵⁷.

Se «la procura alle liti conferisce al difensore il potere di compiere o ricevere atti processuali nell'interesse della parte»⁵⁸, l'inesistenza della stessa si pone per il difensore come ostacolo insuperabile: lo stesso non può, (poiché difetta di potere in tal senso), compiere o ricevere atti processuali nell'interesse della parte e, qualora comunque persista nel fare ciò, gli effetti dei suddetti atti non potranno dispiegarsi. Non potrà dunque produrre effetto la costituzione in giudizio, la chiamata in causa del terzo, ovvero la proposizione di una domanda riconvenzionale, ovvero ancora la proposizione di un'impugnazione. In sintesi, nessun atto proveniente dal difensore privo di procura esiste, e quindi nessun atto dallo stesso posto in essere può produrre effetti incidenti nella sfera giuridica della parte⁵⁹.

⁵³ Cass., 10 dicembre 1993, n. 12169.

⁵⁴ Pressoché letteralmente COMOGLIO, L. P., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario, op. cit., sub art. 83*, p. 1080.

⁵⁵ Art. 125, 2° comma, c.p.c.

⁵⁶ Cass., 21 ottobre 2000, n. 12486; Tribunale di Cagliari, 28 maggio 1986.

⁵⁷ Cass., sez. un. 10 maggio 2006, n. 10706; Cass., 24 gennaio 2003, n. 1115; Cass., 23 febbraio 1994, n. 1780.

⁵⁸ DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario, op. cit., sub art. 84*, 274.

⁵⁹ DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario, op. cit., sub art. 83*, p. 245-246.

È necessario distinguere: nell'ipotesi in cui l'incapace naturale sia l'attore della controversia, le conseguenze dell'inesistenza della procura sono particolarmente gravi: da detta mancanza discende infatti l'inesistenza del rapporto processuale⁶⁰. Per quanto concerne invece il caso in cui l'incapace sia convenuto in lite, il difetto della procura non incide sulla regolarità del contraddittorio in quanto da esso non dipende la valida costituzione di tale rapporto e rileva unicamente ove la non rituale presenza dello stesso nel processo abbia recato pregiudizio all'attore⁶¹: «la invalida costituzione in giudizio della parte mediante procuratore privo di *jus postulandi*, determina cioè la situazione di contumacia»⁶² e questo, anche se certamente meno grave della compromissione dell'intero rapporto processuale, si configura comunque come una lesione del diritto di difesa del convenuto incapace. In soccorso dell'incapace naturale non può considerarsi quanto disposto dall' art. 182, 2° comma, c.p.c., in materia di sanatoria della procura alle liti quando questa è viziata ovvero manchi del tutto⁶³. Osta all'applicazione di detta disposizione la circostanza per cui il conferimento *ex novo* della “seconda” procura e la procura stessa, sarebbero comunque nulli in quanto nuovamente provenienti dall'incapace naturale.

A causa dell'impossibilità di conferire una valida procura e della sanzione di inesistenza comminata all'attività processuale che il difensore dell'incapace naturale eventualmente compia, viene compromessa, per l'incapace naturale, la possibilità stessa di agire in giudizio: l'incapace naturale a rigore non può né conferire procura, poiché la stessa qualora conferita sarebbe *tamquam non esset*; né, dal canto suo, il difensore può compiere attività processuale nel suo interesse vista l'inesistenza della procura eventualmente conferitagli e, se ciò non bastasse, l'incapace naturale non ha neanche a disposizione un soggetto terzo istituzionalmente deputato all'azione in giudizio per la sua difesa, soggetto invece presente nelle ipotesi di incapacità legale.

Da quanto sin qui detto è possibile notare che l'incapace non è il solo ad essere lasciato privo di tutela nell'agire in giudizio e nel suo persistervi, detta mancanza connota anche la posizione di chi con l'incapace naturale si trovi (o voglia essere) in giudizio. Innanzitutto si ripropone qui la medesima problematica, di cui già si è detto⁶⁴, relativa all'impossibilità per chi vanti dei diritti nei confronti di un'incapace naturale

⁶⁰ DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario*, op. cit., sub art. 83, p. 247.

⁶¹ Pressoché letteralmente DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario*, op. cit., sub art. 83, p. 247.

⁶² DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario*, op. cit., sub art. 83, p. 247.

⁶³ DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario*, op. cit., sub art. 83, p. 253.

⁶⁴ Cap. I paragrafo I.2.3.

non interdetto che, in quanto tale, o non possa conferire validamente procura ad alcuno ovvero si trovi nell'impossibilità materiale di compiere una tal attività (ad. es. persona in coma) di intentare contro di lui una lite. Si pensi anche all'ipotesi in cui, interrotto il giudizio *ex artt. 299 e ss. c.p.c.* per morte di una delle parti, l'erede chiamato alla successione a titolo universale nel diritto controverso si trovi in stato di incapacità naturale e sia così impossibilitato al conferimento della procura e quindi alla riassunzione del processo. A questo senza indugio alcuno si sta consapevolmente negando l'accesso alla tutela giurisdizionale che è invece costituzionalmente garantita.

In ordine a questa problematica si ripropongono le medesime conclusioni che in quella sede si sono raggiunte, indicando sempre come auspicata e finalmente risolutiva la soluzione che contempla la nomina di un curatore speciale anche nei confronti dell'incapace naturale.

Oltre a questo è necessario porre l'attenzione su un'ulteriore problema che, come quello appena proposto, non rischia di pregiudicare l'incapace naturale, bensì la sua controparte.

Qualora l'incapace riesca a provare che il conferimento della procura e la conseguente instaurazione del giudizio lo hanno pregiudicato, lo stesso, giusta la regola dell'art. 428 c.c., e vista la natura negoziale dell'atto in parola⁶⁵, potrà «dedurre [*ex post*] l'incapacità al momento del conferimento della procura come causa di vizio»⁶⁶ della stessa.

Ora, legittimati attivi alla proposizione dell'azione di annullamento degli atti unilaterali compiuti dall'incapace naturale sono esclusivamente l'incapace stesso, i suoi eredi o i suoi aventi causa (art. 428 c.c.). La norma non contempla l'ipotesi in cui ad essere pregiudicato dal compimento dell'atto sia un terzo e non l'incapace autore dello atto stesso, con la conseguenza che l'asserito vizio della procura rilasciata dall'incapace non può essere fatto valere dalla controparte poiché la doglianza può provenire solo dai suddetti soggetti⁶⁷ e sarà ritenuta fondata se e solo se l'atto risulta essere pregiudizievole per l'incapace⁶⁸.

Si ponga all'attenzione un'ipotesi in cui la Suprema Corte è stata chiamata a giudicare proprio in ordine alla invalidità di una procura alle liti conferita da soggetto assolutamente incapace, la cui affermazione avrebbe caducato, annullandolo, l'intero

⁶⁵ ORIANI, R., *Atti processuali I) Diritto processuale civile, op. cit.*, p. 8.

⁶⁶ ORIANI, R., *Atti processuali I) Diritto processuale civile, op. cit.*, p. 8.

⁶⁷ Cass., sez. lav. 30 gennaio 2003, n. 1475

⁶⁸ Cass., 4 aprile 2002, n.4834

procedimento. Il giudizio in parola ha riguardato la corresponsione di una pensione d'inabilità e dell'indennità di accompagnamento a favore di una donna incapace naturale. La Corte in questa sede ha rigettato il ricorso dell'amministrazione condannata alla suddetta corresponsione proponendo argomentazioni ormai note alla giurisprudenza civilistica in materia di incapacità naturale e capacità processuale⁶⁹. In primo luogo il Giudice di legittimità ripropone confermandolo l'orientamento secondo il quale «l'art. 75 c.p.c., nell'escludere la capacità processuale delle persone che non hanno il libero esercizio dei propri diritti, si riferisce solo a quelle che siano state legalmente private della capacità di agire, per effetto di una sentenza di interdizione o inabilitazione e che siano rappresentati o assistiti da un tutore o da un curatore, e non alle persone colpite da incapacità naturale, che non risultano ancora interdetti o inabilitati nelle forme di legge»⁷⁰. Oltre a questo la Corte ha affermato che «rispetto ai soggetti colpiti da incapacità naturale, non si pone l'esigenza di una sospensione del processo, ex art. 295 c.p.c., per il promovimento della procedura di interdizione [...], posto che la *ratio* della disposizione dettata dal citato art. 75 si fonda, da un lato, sull'esigenza che ogni limitazione della capacità di agire, con le relative ricadute sul piano processuale, possa operare solo all'esito finale di uno specifico procedimento e, dall'altro, sull'altrettanto incontestabile esigenza di impedire che ogni processo possa subire interruzioni o sospensioni sulla base di situazioni di non sollecito ed agevole accertamento con il conseguente pregiudizio del diritto di tutela giurisdizionale della parte che ha proposto la domanda»⁷¹. Infine, in ordine alla validità della procura conferita dall'incapace naturale, ha ritenuto che «gli atti compiuti dall'incapace naturale non sono nulli, ma annullabili e solo su istanza della persona che si assume essere stata naturalmente incapace al momento del compimento dell'atto o dai suoi eredi o aventi causa e solo se ne risulta un grave pregiudizio all'autore; con la conseguenza che l'asserito vizio della procura rilasciata dalla XX non può essere fatto valere dall'amministrazione»⁷².

L'incapacità naturale quindi potrebbe rilevare perché di fatto priva il soggetto di qualsivoglia facoltà intellettuale, ma non rileva poiché al contempo implica «situazioni di non sollecito ed agevole accertamento»⁷³; è lecito dubitare della validità della procura

⁶⁹ Cass., 22 giugno 2002, n. 9146; Cass., 28 novembre 2001, n. 15071; Cass., 26 maggio 1999, n. 5152.

⁷⁰ Cass., 22 giugno 2002, n. 9146; Cass., 28 novembre 2001, n. 15071; Cass., 26 maggio 1999, n. 5152.

⁷¹ Cass., 22 giugno 2002, n. 9146.

⁷² Cass., sez. lav. 30 gennaio 2003, n. 1475.

⁷³ Cass., 22 giugno 2002, n. 9146.

conferita dall'incapace naturale, ma l'invalidità non potrebbe essere fatta valere da soggetti diversi da quelli indicati *ex art.* 428 c.c.

Sarebbe preferibile che in luogo di tali compromessi, pur giustificati da altissime e degnissime esigenze di garanzia «del diritto di tutela giurisdizionale»⁷⁴, si ponesse una determinata presa di posizione dalla quale discenda, da un lato, l'affermazione che l'incapacità naturale di una delle parti in causa, lungi dall'essere irrilevante, è situazione che abbisogna di specifica disciplina e, dall'altro, nella specie e relativamente alla procura alle liti, che quest'ultima qualora conferita da un incapace è senza dubbio nulla, e che detta nullità deve poter essere fatta valere, eventualmente intervenendo *de jure condendo* sull'art. 428 c.c. relativamente alla previsione dei soggetti legittimati all'ivi disciplinata azione di annullamento, sia dall'incapace naturale autore del conferimento, che dalla controparte qualora questa dall'inconsapevole conferimento venisse ad essere pregiudicata.

Nelle ipotesi in cui dall'esito del giudizio discenda la parziale soccombenza nel marito di entrambe le parti⁷⁵, detto pregiudizio appare visibile.

In siffatte situazioni, difatti, alla controparte dell'incapace, che non può dolersi del danno causatogli dall'inesistenza della procura in quanto detto pregiudizio è denunziabile solo ed esclusivamente da parte dell'autore dell'atto pregiudizievole, viene negata la possibilità di proporre una doglianza che è invece proponibile dall'altra parte e questo, non in virtù di carenza dell'interesse all'impugnazione della parte cui il motivo viene precluso, ma a causa della previsione dell'art. 428 c.c. che, in dette ipotesi, mal si concilia con le esigenze del processo, che sono esigenze sempre dinamiche e suscettibili di creare situazioni le quali, seppur imprevedibili, abbisognano di una soluzione.

A questo si aggiunga inoltre che ad essere viziato, oltre alla procura alle liti, è anche il rapporto di diritto sostanziale intercorrente tra la parte e il difensore tecnico, configurabile, come detto, quale contratto di prestazione d'opera intellettuale⁷⁶.

Lo stesso infatti per essere validamente concluso richiede la capacità di agire e di intendere e volere delle parti⁷⁷, affermazione questa che già dalla sua enunciazione pone in luce il perché un contratto di tal fatta tra un avvocato ed un incapace naturale non potrà mai essere validamente stipulato, valendo altresì la disciplina generale prevista *ex*

⁷⁴ Cass., 22 giugno 2002, n. 9146.

⁷⁵ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. II, p. 363.

⁷⁶ NAPPI, P., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice*, *op. cit.*, sub art. 83, p.774 note 4 e 8.

⁷⁷ MUSOLINO, G., *Contratto d'opera professionale*, in SCHLESINGER, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 1988, p. 108.

428, 2° comma, c.c., in tema di annullabilità dei contratti conclusi dall'incapace naturale.

III.2.1. Interrogatorio libero

La relazione del Guardiasigilli al codice di procedura civile, si occupa in due punti specifici dell'istituto dell'interrogatorio libero⁷⁸. Dalla stessa Relazione, quest'ultimo viene descritto come uno strumento utilissimo, come «l'arma praticamente più efficace posta a disposizione del giudice per combattere la malafede processuale»⁷⁹.

In ordine alle funzioni cui assolve l'istituto in parola la dottrina è divisa: in primo luogo vi è chi ne esalta ed afferma la funzione probatoria, e lo concepisce come strumento diretto a somministrare al giudice elementi rilevanti per l'accertamento dei fatti controversi⁸⁰. Sempre in questo ordine di idee, è stato affermato che «l'interrogatorio libero ha nel nostro processo la funzione di consentire al giudice di provocare il comportamento delle parti per trarne argomenti di prova»⁸¹.

In secondo luogo poi, vi è invece chi sostiene con determinazione che unica e precipua funzione dell'istituto in parola sia quella conoscitiva⁸²: l'interrogatorio libero consente essenzialmente alle parti di chiarificare le proprie allegazioni, esprimendo liberamente al giudice i fatti della causa affinché questi possa valutarli in maniera più completa⁸³.

La dottrina prevalente riscontra nella seconda funzione indicata quella da riferirsi all'interrogatorio libero. Lo stesso quindi è preordinato alla chiarificazione delle

⁷⁸ FERRI, C., *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 1.

⁷⁹ *Codice di procedura civile R. Decreto 28 ottobre 1940 - Anno XVIII, n. 1443 Preceduto dalla relazione del ministro guardasigilli alla maestà del Re Imperatore e seguito dagli indici sommario ed analitico*, Torino, 1940, paragrafo 17, p. 4014.

⁸⁰ LASERRA, G., *Interrogatorio (Diritto processuale civile)*, op. cit., p. 915; SATTA, S., *Diritto processuale civile*, IX ed., Padova, 1981, p. 198; MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, VI ed., vol. I, Torino, 1987, p. 94.

⁸¹ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, op. cit., p. 353 e ss., spec. p. 397; FARINA, M., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, sub art. 117, p. 837.

⁸² CONTE, M., *Le prove civili*, Milano, 2005, p. 198.

⁸³ FARINA, M., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 117, p. 837.

A tal proposito nella Relazione del Guardiasigilli al codice di procedura civile si leggeva: «questo interrogatorio libero [...] mira a far sì che le parti possano chiarire e loro allegazioni di fatto e le loro conclusioni, là dove queste sembrino al giudice incomplete od oscure.» (par. 29).

allegazioni⁸⁴ e conclusioni delle parti rispetto all'oggetto della controversia⁸⁵, è preordinato alla esatta individuazione del *thema decidendum*⁸⁶.

L'istituto dell'interrogatorio libero in potenza potrebbe⁸⁷ offrire un significativo contributo alla risoluzione delle controversie. A ben vedere infatti lo stesso è utile poiché può fornire al giudice una rappresentazione di certo più analitica e completa delle circostanze connesse ai fatti principali, di quella invece offerta dalle sole "carte" del processo. Dal suo espletamento ben potrebbero «risultare chiariti i termini della controversia»⁸⁸. Il giudice difatti, per poter rendere davvero giustizia, «ha il bisogno di sapere come sono andate veramente le cose»⁸⁹, ha bisogno di veder messo in luce «il fondo della controversia»⁹⁰ e l'interrogatorio libero sembra poter garantire al giudice il raggiungimento di tale conoscenza.

L'ordinamento prevedendo un istituto quale quello in parola, offre alle parti uno strumento senza dubbio molto utile; le stesse infatti potranno in sede di espletamento chiarire le proprie posizioni esponendo al giudice i fatti della causa affinché questi possa valutarli in una maniera che risulta più completa⁹¹, in quanto lo stesso ne è stato edotto direttamente dalla parte che in tali fatti di causa si trova coinvolta.

⁸⁴ Si attribuisce a tale concetto un significato amplissimo suscettibile di ricomprendere in sé «le allegazioni di fatto e di diritto, la formulazione delle domande e delle pretese, le ragioni addotte e le conclusioni formulate, le narrazioni di fatti e l'indicazione degli effetti giuridici che ad essi si ricollegano» Cfr. FERRI, C., *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 2.

⁸⁵ CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. I, Milano, 1962, p. 79; GRASSO, E., in ALLORIO, E., *Commentario*, op. cit., sub art. 117, p. 1322; ANDRIOLI, V., *Commento al codice di procedura civile*, vol. I, Napoli, 1960, sub art. 117, p. 341.

⁸⁶ GRASSO, E., in ALLORIO, E., *Commentario*, op. cit., sub art. 117, p. 1323; CAPPELLETTI, M., *La testimonianza op. cit.*, pp. 63, 93; ANDRIOLI, V., *Commento op. cit.*, sub art. 117, p. 341.

⁸⁷ Si usa il condizionale in quanto, nella pratica, le potenzialità dell'istituto in parola sono tutt'altro che sfruttate. In proposito si è affermato che «l'interrogatorio libero è stato trascurato dalla prassi non perché questa ne ha avvertito l'inefficienza quale strumento probatorio, ma perché ha decretato l'inutilità del contatto «familiare» instaurato in sede di trattazione tra il giudice e il procuratore delle parti» (VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, op. cit., p. 353 e ss., spec. p. 387); ovvero vi è chi sostiene che la norma ex art. 117 C.P.C. si configuri come una «disposizione di sospetto verso gli avvocati» e per questo disattesa dai giudici (REDENTI, E., *Diritto*, op. cit., p. 190).

⁸⁸ FERRI, C., *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX, Roma, 1990, p. 3.

⁸⁹ CARNELUTTI, F., *Istituzioni*, op. cit., p. 60.

⁹⁰ LIEBMAN, E. T. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, tomo I, Milano 1959, p. 39; il quale aggiunge anche che per mezzo dell'interrogatorio libero è possibile chiarire anche «i precedenti o il retroscena psicologico della controversia, cos' da permettere al giudice di conoscere il vero nocciolo della questione, liberato dai paludamenti più o meno artificiosi di cui possono averlo rivestito le allegazioni dei difensori». Sempre lo stesso Autore, (p. 148) afferma che grazie all'istituto in parola è possibile «mettere in evidenza il vero nucleo della controversia, liberandolo, possibilmente, dall'ingombro e dello schermo creati dall'allegazioni, scritte e dagli atti processuali formati».

⁹¹ CONTE, M., *Le prove*, op. cit., p. 197.

Oltre il «puro e semplice ottenimento di una dichiarazione di scienza»⁹², l'interrogatorio libero, a seconda delle modalità con le quali viene condotto e svolto, può assicurare il raggiungimento di una vasta gamma di risultati suscettibili di assumere notevole importanza anche in sede di decisione⁹³. L'interrogatorio libero *ex art.* 117 c.p.c. è concepito come uno «strumento di decodificazione ed interpretazione delle risultanze istruttorie», ed anche come un vero e proprio «ausilio all'istruttoria» che può guidare il giudice nella sua valutazione⁹⁴.

Da quanto fin qui detto appare chiaro che l'istituto in discorso si pone, sia nei confronti del giudice che rispetto alle parti, come una vera e propria opportunità. Al primo rende accessibile una decisione che realmente componga la lite poiché realmente ha individuato il problema tra le parti; e alle seconde offre e garantisce la possibilità di parlare, di chiarire cosa le porta e trattiene in giudizio.

Alle parti deve essere garantita la possibilità di approfittare di uno strumento che l'ordinamento pone a loro disposizione e giovamento. Non vi è dubbio infatti che l'interrogatorio libero «mira prima di tutto a giovare alla parte interrogata per darle modo di spiegar meglio al giudice le sue ragioni e di integrare la propria difesa là dove questa in seguito alla osservazioni del giudice le possa sembrare manchevole»⁹⁵.

Se un soggetto che è parte in un processo vede negarsi la possibilità di accedere a strumenti che l'ordinamento preordina alla sua tutela, non irragionevolmente è possibile denunciare, in primo luogo, la presenza di una lesione del diritto di difesa di questo soggetto ed in secondo luogo l'esistenza di una disparità di trattamento ingiustificata tra quel soggetto che è parte cosciente in un processo e in quanto tale può approfittarsi degli strumenti previsti *ex lege*, e quello che invece, in quanto incapace naturale, non

⁹² FERRI, C., *Interrogatorio I) Diritto processuale civile, op. cit.* p. 2.

⁹³ Può accadere che siano date dalle parti risposte diverse da quelle risultanti dalle allegazioni e in siffatta ipotesi sarà possibile per le parti modificare domande eccezioni e conclusioni (Cfr. FERRI, C., *Interrogatorio I) Diritto processuale civile, op. cit.*, p. 2.) ovvero può accadere che dalle risposte date in sede di interrogatorio scaturiscano vere e proprie ammissioni; è possibile che lo stesso interrogatorio libero dia luogo a una vera confessione, giusta la regola prevista dall'art. 229 c.p.c (Cfr. SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, *sub art.* 117, p. 471; per l'opinione che nega all'interrogatorio libero l'attitudine a dar luogo ad una vera e propria confessione, cfr. COMOGLIO, L.P., *Confessione (dir. proc. civ.) in Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, p. 8; SILVESTRI, E., *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. III, Torino, 1988, p. 422 e ss. spec. p. 430); è possibile poi che le dichiarazioni della parte interrogata liberamente, pur se prive di valore confessorio, costituiscano l'unica fonte del convincimento del giudice di merito in sede di decisione (Cfr. Cass., 26 maggio 2000, n. 7002; Cass., 2 aprile 2004, n. 6510).

⁹⁴ MESSINA, G., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 117, p. 957

⁹⁵ *Codice di procedura civile R. Decreto 28 ottobre 1940 - Anno XVIII, n. 1443 Preceduto dalla relazione del ministro guardasigilli alla maestà del Re Imperatore e seguito dagli indici sommario ed analitico*, Torino, 1940, paragrafo 29, p. 4024.

può, proprio a causa della sua condizione, rendere effettiva la tutela prevista dalle norme.

Se, ai sensi dell'art. 117 c.p.c., chiamato a comparire personalmente è un incapace naturale, l'interrogatorio libero può trasformarsi in qualcosa che anziché giovare, pregiudica gli interessi della parte interrogata⁹⁶.

Si osservi che per mezzo delle risposte date in sede di interrogatorio libero il giudice dovrebbe "chiarirsi le idee", grazie a ciò che le parti dichiarano il giudice dovrebbe essere messo nelle condizioni di ricevere spiegazioni su punti di fatto che allo stesso risultano oscuri; orbene, quale chiarimento, quale spiegazione può mai essere offerta da chi è incapace naturale? Forse può un soggetto affetto da perturbazioni psichiche, ovvero in stato di coma, ovvero ancora sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, rendere delle spiegazioni circa dei fatti che lo riguardano, ma dei quali lo stesso ben potrebbe non avere alcuna coscienza? Probabilmente no. L'incapace naturale quindi, pur nei casi in cui fosse in grado di presentarsi dinanzi al giudice per l'interrogatorio libero, finirebbe per rimanere in silenzio o per rispondere in modo incosciente. Da una siffatta condotta, però, discendono conseguenze tutt'altro che irrilevanti: da un incosciente rifiuto di rispondere o da una risposta non volutamente reticente ma di fatto tale, infatti, scaturiscono i medesimi effetti che vedono discendersi da una mancata risposta⁹⁷ con tutte le conseguenze, già precedentemente illustrate, che ne derivano; e conseguenze altrettanto pregiudizievoli potrebbero scaturire da una risposta resa in stato di incapacità.

A norma dell'art. 117 c.p.c. «il giudice, in qualunque stato e grado del processo, ha facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti della causa. Le parti possono farsi assistere dai difensori».

Dal tenore letterale della norma sembra potersi evincere la necessità della contestuale presenza delle parti⁹⁸ per assicurare che lo svolgimento dell'interrogatorio avvenga «in contraddittorio tra loro».

Sono necessarie qui alcune riflessioni. Innanzitutto si è unanimi nel ritenere che con l'espressione «in contraddittorio tra loro» non si è voluto concedere alle parti la

⁹⁶ COMOGLIO, L. P., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario op. cit.*, vol. III, tomo I, *sub art.* 117, p. 455; FARINA, M., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile, op. cit.*, *sub art.* 117, p. 836.

⁹⁷ FARINA, M., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile, op. cit.*, *sub art.* 117, p. 839.

⁹⁸ COMOGLIO, L. P., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario op. cit.*, vol. III, tomo I, *sub art.* 117, p. 458.

possibilità di interrogarsi direttamente e vicendevolmente: tale potere è e rimane esclusivamente nella disponibilità del giudice⁹⁹. Fatta questa precisazione, si sostiene che con l'espressione indicata ci si vuole riferire a quel «contrasto dialettico fra opposizioni assertive, dirette ad elidersi vicendevolmente»¹⁰⁰ che viene a connotare l'essenza del rapporto tra le parti. Queste ultime infatti, convocate in contraddittorio tra loro, sono chiamate a prendere parte ad un «procedimento necessariamente partecipativo»¹⁰¹, dove l'attività di partecipazione deve configurarsi come una «compartecipazione dialettica»¹⁰², che renda possibile l'attuazione effettiva del principio del contraddittorio.

Da ciò discende che «laddove nei confronti di una parte quel contraddittorio manchi del tutto o comunque sia attuato in forme insufficienti e inidonee allo scopo, ivi è sempre presente in modo pressoché automatico (né potrebbe non essere) un *deficit* di garanzie difensive, da ritenersi incompatibile con i principi consacrati negli artt. 3 e 24, 2° comma, della Costituzione»¹⁰³.

La partecipazione delle parti a tutti gli atti del processo e soprattutto a quello che coinvolgono l'istruttoria è *condicio sine qua non* per la realizzazione piena ed effettiva del contraddittorio, inteso come contraddittorio partecipativo¹⁰⁴.

La circostanza per cui l'incapace naturale compare all'udienza per essere interrogato non sembra realizzare quella «compartecipazione dialettica». Sembra piuttosto che la sua, lungi dall'essere una presenza cosciente ed attiva, sia invero una mera presenza di fatto, null'altro: l'incapace naturale c'è, ma probabilmente, anzi quasi certamente, non parteciperà orientando le sue risposte alla soddisfazione del proprio interesse, come invece imporrebbe la *ratio* della norma. La garanzia di uguaglianza che l'ordinamento giuridico deve offrire ai destinatari delle norme, non deve essere di natura astratta e statica, realizzata da una iniziale (mera) attribuzione di pari possibilità processuali ai soggetti in lite, ma deve essere garanzia di uguaglianza effettiva, fatta di *chances* di compartecipazione dinamica da attuarsi nel corso dell'intero procedimento e durante lo svolgimento di qualsiasi atto processuale. In altri termini, alle parti, a tutte le parti, deve

⁹⁹ ANDRIOLI, V., *Commento op. cit.*, sub art. 117, p. 342; FERRI, C., *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 3; REALI, G., *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009, p. 239.

¹⁰⁰ COMOGLIO, L.P., *Contraddittorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IV, Torino, 1989, p. 3 e ss. spec. p. 2.

¹⁰¹ COMOGLIO, L.P., *Contraddittorio I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VIII, Roma, 1990, p. 2.

¹⁰² COMOGLIO, L.P., *Contraddittorio I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 2.

¹⁰³ COMOGLIO, L.P., *Contraddittorio I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 4.

¹⁰⁴ COMOGLIO, L.P., *Contraddittorio I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 4.

essere assicurata la «pari possibilità di condizionare a proprio favore la decisione giurisdizionale»¹⁰⁵.

I canoni del giusto processo impongono che fra i litiganti vi sia una parità di armi: da un lato, le parti devono avere a disposizione gli stessi strumenti per potersi difendere, dall'altro devono vedersi garantita la medesima possibilità di accedervi¹⁰⁶. Focalizzando l'attenzione sulla condizione dell'incapace naturale, delle due necessarie condizioni appena indicate, sembra che solo la prima si realizzi concretamente: infatti, se è vero che il potere del giudice di interrogare liberamente è previsto a prescindere dalla sussistenza o meno della capacità naturale in capo alle parti che si vanno a convocare, prevedendo così un meccanismo generale posto a tutela sia di un soggetto capace *naturaliter* che di quello incapace naturale, d'altro canto deve ammettersi che, qualora si faccia riferimento al solo incapace naturale, ciò che rende effettiva tale tutela risulta manchevole.

Il soggetto capace infatti, una volta convocato dal giudice, potrà continuare a curare i propri interessi rispondendo alle domande dello stesso, l'incapace naturale invece no; a questo si aggiunga anche che in giurisprudenza si è escluso che il giudice possa servirsi dell'interrogatorio libero per indagare sulla capacità di intendere e volere o sulle condizioni mentali di una delle parti¹⁰⁷, in quanto si è detto che l'interrogatorio può riguardare solo i fatti da provare ai fini della decisione.

Sembra nasca spontaneo un interrogativo: che decisione viene ed essere quella che non tiene per nulla conto del fatto che una delle parti, pur essendo presente fisicamente nel processo, è in realtà completamente e inconsapevolmente assente dal punto di vista partecipativo?

Se in sede di interrogatorio libero, quando cioè chi giudica (e dovrà decidere) ha la possibilità di entrare in contatto direttamente con la parte, non si assicura una reale collaborazione tra il giudice tutte le parti, si rischia di sopprimere la garanzia del contraddittorio¹⁰⁸.

¹⁰⁵ COMOGLIO, L.P., *Contraddittorio I) Diritto processuale civile, op. cit.*, p. 4. Sul punto poi COMOGLIO, L. P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, p. 141-145; COMOGLIO, L.P., *Contraddittorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche, op cit.*, p. 2-3 e 24-25; DENTI, V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966, p. 217 e ss. spec. p. 222-223; MARTINETTO, G., *Contraddittorio (principio del)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. IV, Torino, 1959, p. 458 e ss. spec. p. 460; TROCKER, N., *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, p. 384.

¹⁰⁶ COMOGLIO, L. P., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, *sub art.* 117, p. 455

¹⁰⁷ Cass., 5 ottobre 1983, 5799.

¹⁰⁸ CARNELUTTI, F., *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, 1937

L'utilità dell'interrogatorio libero, infatti, risiede proprio in ciò: nella possibilità che il giudice ha di entrare direttamente in contatto con le parti personalmente comparse¹⁰⁹ e con il loro sapere¹¹⁰ per «misurare colla diretta osservazione degli uomini le loro intenzioni e la loro psicologia»¹¹¹. Si tratta insomma di offrire al giudice una sorta di facilitazione nella formazione del suo libero convincimento sui fatti di causa attraverso un colloquio diretto e spontaneo con le parti di persona¹¹², si tratta, ancora, di «portare nell'amministrazione della giustizia un soffio di realismo, di sincerità, di buon senso popolare, in contrasto con il rituale e formalistico del processo»¹¹³.

Di tale sincerità però l'incapace naturale non può farne parte. A questo pone una soluzione, ma al contempo apre una problematica ancor più seria, quanto è disposto in chiusura dell'art. 117 c.p.c.: «le parti possono farsi assistere dai difensori».

L'inettitudine dell'incapace naturale quindi, potrebbe trovare la sua soluzione nell'assistenza del difensore tecnico, ovvero nell'agire di quest'ultimo, quando, munito di procura speciale, compaia e risponda alle domande in sede di interrogatorio libero in luogo della parte.¹¹⁴

Nonostante questo però il problema non è risolto. *Quid iuris* se l'incapace naturale non conferisca alcuna procura speciale al suo difensore? Il potere di disporre del diritto controverso non può infatti essere incluso nel mandato alle liti di cui all'art. 83 c.p.c., in quanto questo conferisce al difensore una rappresentanza meramente processuale¹¹⁵.

Oltre a questo deve considerarsi il fatto che la presenza del difensore in sede di interrogatorio, seppur di certo opportuna, non è indispensabile¹¹⁶: «le parti **possono**¹¹⁷ farsi assistere dai loro difensori»; possono, non devono.

p.23.

¹⁰⁹ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, op. cit., p. 353 e ss., spec. p. 383; CONTE, M., *Le prove*, op. cit., p. 197.

¹¹⁰ CAPPELLETTI, M., *La testimonianza*, op. cit., p. 81.

¹¹¹ *Codice di procedura civile R. Decreto 28 ottobre 1940 - Anno XVIII, n. 1443 Preceduto dalla relazione del ministro guardasigilli alla maestà del Re Imperatore e seguito dagli indici sommario ed analitico*, Torino, 1940, p. 4014.

¹¹² DE STEFANO, F., *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999, p. 181; Cass., 9 giugno 1998, n. 5710.

¹¹³ LIEBMAN, E. T. *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, tomo I, Milano 1959, p. 148.

¹¹⁴ MESSINA, G., in CENDON, P., *Commentario*, op. cit., sub art. 117, p. 961. COMOGLIO, L. P., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, sub art. 117, p. 470; MONTANARI, M., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 117, p.1130; CONVERSO, A., *L'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, I, , p. 635 e ss., spec. p. 636; Cass., 30 agosto 1991, n. 9316; Cass., 4 marzo 2005, n. 4744; *contra* CONTE, M., *Le prove*, op. cit., p. 197 e ss.;

¹¹⁵ CONVERSO, A., *L'interrogatorio libero*, op. cit., spec. p. 636.

¹¹⁶ FERRI, C., *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 3; MESSINA, G., in CENDON, P., *Commentario*, op. cit., sub art. 117, p. 960; Cass., 28 gennaio 1983, n. 801

¹¹⁷ Enfasi del redattore.

Qualora la parte capace, poiché non obbligata a farlo, non richieda l'assistenza della difesa tecnica la stessa va incontro a conseguenze che non sono per nulla irrilevanti: si pensi al possibile rischio di abuso inquisitorio da parte del giudice¹¹⁸. Se questo discorso come si è detto vale e non può negarsi in presenza di una parte capace, non ci si può esimere dal ritenere che lo stesso, *a fortiori* valga quando la parte non sia pienamente padrona di sé.

La situazione si manifesta nella sua complessità e criticità anche nell'ipotesi in cui l'incapace naturale sia privo dell'assistenza di un difensore non perché non l'abbia richiesta, ma in quanto lo stesso si trovi in giudizio personalmente. Di certo questo non può giovare di alcun ausilio: non potrà essere assistito da un avvocato, poiché è in giudizio personalmente; non potrà essere rappresentato, poiché non vi è un soggetto istituzionalmente vocato alla sua rappresentanza processuale. Si trova solo dinnanzi alle domande del giudice a cui **deve** rispondere; deve, non può. A questo punto qualsiasi condotta l'incapace potrà in essere, comunque subirà un pregiudizio: se non risponderà alle domande, il suo contegno sarà valutato *ex art. 116, 2° comma, c.p.c.*; se invece pur incoscientemente dichiarerà qualcosa, ciò avrà di certo incidenza sul convincimento del giudice.

III.2.2. Interrogatorio formale

L'interrogatorio formale è lo strumento principe nel nostro ordinamento per pervenire alla dichiarazione della parte¹¹⁹; mediante tale mezzo istruttorio infatti le «parti possono costringersi reciprocamente ad una dichiarazione espressa e solenne sul fatto della causa»¹²⁰. Lo scopo dell'interrogatorio formale è «quello di costringere l'avversario a stabilire i confini delle contestazioni intorno ai fatti di causa, utilizzando inoltre come mezzo di prova le ammissioni parziali o totali contenute nelle risposte, le quali si elevano al valore di confessione quando ne abbiano completi gli estremi, ma possono fornire elementi di convinzione al magistrato, anche nel caso di reticenza o di

¹¹⁸ COMOGLIO, L. P., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, *sub art. 117*, p. 470; Cass., 28 gennaio 1983, n. 801.

¹¹⁹ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, *op. cit.*, p. 353 e ss., spec. p. 366.

¹²⁰ CASTELLARI, A., *Dell'interrogatorio delle parti*, *op. cit.*, p. 97

deficienza che impediscano di attribuirvi quel valore»¹²¹. Le dichiarazioni rese dalla parte interrogata saranno comunque utilizzabili dal giudice in sede di decisione¹²², indipendentemente dalla vincolatività della loro efficacia¹²³.

Dal punto di vista soggettivo la legge richiede in capo al dichiarante la sola sussistenza della qualità di parte¹²⁴ e, nel caso in cui parte sia un soggetto assolutamente o relativamente incapace, in sede di interrogatorio risponderanno rispettivamente il rappresentante legale¹²⁵, e il semi-incapace assistito dal suo curatore¹²⁶.

In ordine alle modalità di assunzione a norma dell'art. 231 c.p.c. «la parte interrogata deve rispondere personalmente»; da ciò discende che in luogo della parte non può rispondere né il difensore¹²⁷, né un procuratore nominato *ad hoc*¹²⁸.

Nell'ipotesi in cui a dover essere interrogato personalmente sia un incapace naturale, questi dovrà rispondere e le sue risposte saranno valutate dal giudice alla stessa stregua di quelle provenienti da un soggetto pienamente *compos sui*.

Se è vero che la norma in esame, imponendo la personalità della risposta, si cura di sottolineare la rilevanza dell'acquisizione in giudizio della conoscenza dei fatti di causa proveniente direttamente dalla parte¹²⁹, al contempo però è altrettanto vero che la stessa norma non pone l'attenzione su quel soggetto che, sebbene capace processualmente, non è di fatto in grado di rispondere coscientemente alle domande del giudice.

Nonostante l'inconsapevolezza dell'incapace, le risposte da questo rese potrebbero costituire di certo fonte per il convincimento del giudice; e questo si aggiunga il fatto che il soggetto interrogando, a differenza di quanto avviene nel corso dell'interrogatorio

¹²¹ MORTARA, L., *Commentario, op. cit.*, p. 562 e 575.

¹²² VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti, op. cit.*, p. 353 e ss., spec. p. 368.

¹²³ FERRI, C., *Interrogatorio I) Diritto processuale civile, op. cit.*, p. 7.

¹²⁴ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti, op. cit.*, 1972, p. 353 e ss., spec. p. 374.

¹²⁵ D'ONOFRIO, P., *Commento al codice di procedura civile*, IV ed., vol. I Milano, 1959, *sub art.* 230, p. 410.

¹²⁶ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, tomo I, Milano, 1959, *sub art.* 230, p. 220; REDENTI, E., *Diritto, op. cit.*, p. 221; ANDRIOLI, V., *Commento op. cit.*, vol. II, *sub art.* 231, p. 174.

¹²⁷ MANDRIOLI, C., *Corso, op. cit.*, p. 177; BUFFONE, G., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 231, p. 1096; GIANA, S., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, *sub art.* 231, p. 967; MONTANARI, M., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile, op. cit.*, *sub art.* 231, p. 1947; Cass., 23 dicembre 1998, n. 12843.

¹²⁸ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti, op. cit.*, p. 353 e ss., spec. p. 372; BUFFONE, G., in CENDON, P., *Commentario, op. cit.*, *sub art.* 231, p. 1096. GIANA, S., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario, op. cit.*, *sub art.* 231, p. 967; PALMA, M., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 231, p. 1265; MONTANARI, M., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile, op. cit.*, *sub art.* 231, p. 1947; Cass., 9 luglio 1990, n. 7162; Cass., 24 novembre 2000, n. 15195; Cass., 13 marzo 1996, n. 2058.

¹²⁹ GIANA, S., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario, op. cit.*, *sub art.* 231, p. 966.

libero, è di norma chiamato a fornire delle risposte che molto probabilmente integreranno dichiarazioni *contra se*, in quanto scopo dell'interrogatorio formale è quella di provocare dichiarazioni «contrarie al proprio interesse»¹³⁰, suscettibili di dispiegare l'efficacia di prova legale qualora risultino delineati gli estremi della confessione.

L'incapace naturale davanti alle domande del giudice poste in sede di interrogatorio formale si trova ancora una volta costretto a ledere se stesso: in primo luogo egli, giusta la regola *ex art. 232 c.p.c.*, ha l'onere di rispondere; in secondo luogo lo stesso non potrà mai rendere risposte coscienti come invece saranno quelle provenienti da un soggetto capace e, circostanza ancor più grave, il giudice non può tener conto di questa differenza in quanto l'iniziativa dello stesso, dopo aver ammesso il mezzo in questione, è fortemente limitata: egli infatti potrà esclusivamente formulare le domande così come sono indicate nei capitoli¹³¹, senza poter in alcun modo intervenire in difesa dell'incapace naturale.

Oltre a questo non solo l'incapace naturale non viene tutelato qualora emetta dichiarazioni *contra se*, ma al contempo gli viene di fatto impedito, o meglio non gli viene garantita con sufficiente effettività, l'opportunità di rendere in sede di interrogatorio formale dichiarazioni *pro se*, le quali sarebbero suscettibili di divenire oggetto di una, seppur libera, valutazione del giudice¹³², assumendo così una rilevanza, se non assoluta, quanto meno presente in sede di decisione.

Chi è parte in un processo civile e al contempo si trova in stato di incapacità naturale viene coinvolto nella lite e trattenuto in essa a prescindere da se stesso, in quanto non è in lui riscontrabile alcuna volontà. La condotta con cui si realizza un atto processuale infatti deve essere cosciente e volontaria: deve essere riscontrabile una volontà dalla quale promani l'attività processuale¹³³ e se questa manchi, e nonostante ciò l'atto viene comunque compiuto, allora deve prevedersi un rimedio.

Non può ammettersi che tali soggetti siano costretti da un lato a subire l'evolversi di una controversia che non possono controllare e dall'altro, essendo considerati capaci processualmente, siano lasciati completamente soli, senza rappresentanza o assistenza alcuna, salve le ipotesi in cui unica "àncora di salvezza" risulta essere il loro difensore.

¹³⁰ FERRI, C., *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 7.

¹³¹ CONTE, M., *Le prove*, op. cit., p. 213.

¹³² FERRI, C., *Interrogatorio I) Diritto processuale civile*, op. cit., p. 9; MONTANARI, M., in CONSOLO, C., LUISSO, F., *Codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 231, p. 1947.

¹³³ DONDINA, M., *Atti processuali (civili e penali)*, op. cit., spec. p. 1517.

Stante che il compimento di un atto processuale non può mai risolversi in un nulla di fatto¹³⁴, essendo gli atti processuali «atti che hanno per immediata conseguenza la costituzione, la conservazione, lo svolgimento, la modificazione o la definizione di un rapporto processuale»¹³⁵, non può continuare a tollerarsi l'assenza di un rimedio che consenta a chi non è in grado di intendere e volere di dolersi, posteriormente al loro compimento, degli atti processuali a sé riconducibili; non può continuare a tollerarsi che si pretenda da questi soggetti la rassegnazione a subire le conseguenze di responsabilità che non hanno scelto di assumersi; non può continuare a tollerarsi che il legislatore consideri pienamente equivalenti situazioni che non lo sono affatto.

Deve pertanto ammettersi, da un lato, che l'incapace naturale venga affiancato da un organo istituzionalmente preposto alla sua tutela aprendo la strada, come già si è sostenuto, alla nomina di un curatore speciale; e deve al contempo prevedersi, come avviene sul piano sostanziale, la possibilità di far venir meno gli effetti scaturenti da atti processuali compiuti in stato di incapacità naturale, qualora questi risultino essere gravemente pregiudizievoli per l'incapace¹³⁶.

III.2.3. Confessione

La derivazione etimologica del termine “confessione” ne rende immediatamente palese il significato. Il termine “confessione” è la versione volgare del termine latino *confessio*; e *confessio* viene da *confiteri* (*confiteor*, *confessus sum*) che è composto da *fateri* e *cum*: «parlare insieme», nel senso di concordare, di essere in accordo su un punto, di dire la stessa cosa. L'etimologia del termine coglie in modo assoluto il vero senso e significato della parola “confessione” in quanto pone in luce come, dopo che le dichiarazioni confessorie vengano emanate, il contrasto esistente tra le parti relativamente al fatto confessato venga meno, venga posto fuori contestazione: le parti sul fatto che costituisce oggetto della confessione, dopo la dichiarazione del confitente, sono d'accordo, affermano la stessa cosa¹³⁷.

¹³⁴ VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, op. cit., p. 353 e ss., spec. p. 368, che pone l'attenzione sulla risposta resa in sede di interrogatorio formale la quale è sempre valutabile «quanto meno ai sensi del combinato disposto degli artt. 116, 2° comma, c.p.c. e 207, 3° comma, c.p.c.»

¹³⁵ CHIOVENDA, G., *Principii*, op. cit., p. 766-767.

¹³⁶ COSTANTINO, G., *Il giubileo del medico dei pazzi*, op. cit., spec. c. 1048.

¹³⁷ FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 870 e ss spec. p. 872

In primo luogo la confessione è una dichiarazione di scienza riguardante i fatti di causa¹³⁸ ed ha un peculiare connotato, esplicitamente manifestato nella disposizione che ne definisce la nozione: ai sensi dell'art. 2730, 1° comma, c.c.¹³⁹ «la confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità dei fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte»¹⁴⁰. La confessione, quindi, è una *contra se declaratio*¹⁴¹.

La dichiarazione confessoria, ed è questo a rendere così delicato (e pericoloso) nella sua applicazione tale istituto, «contiene il 'riconoscimento' espresso di un fatto obiettivamente pregiudizievole per gli interessi del dichiarante»¹⁴². Confessare vuol dire muovere a se stessi una accusa¹⁴³ facendone parte altri; è il volontario ed esplicito riconoscimento della verità di un fatto giuridico contrario al proprio interesse e al contempo favorevole per la controparte; oltre a questo ciò che si dichiara *contra se* è rilevante ai fini della decisione della controversia che, posteriormente alla confessione stessa, si orienterà in senso sfavorevole al dichiarante e favorevole all'altra parte, che vede ammesso il fatto da lei stessa addotto e sostenuto in lite fino a quel momento¹⁴⁴.

Connotato essenziale della confessione, quindi, è la contrarietà del fatto confessato rispetto all'interesse specifico e concreto del confitente¹⁴⁵.

In ordine all'efficacia probatoria della confessione, a norma dell'art. 2733 c.c, la stessa «fa piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili».

La *contra se declaratio* quindi nei confronti del confitente acquista un valore di prova legale¹⁴⁶ in ordine all'esistenza dei fatti dichiarati. Il giudice dal canto suo, una

¹³⁸ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche.*, op. cit., vol. II, p. 113; FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.)*, op. cit., p. 870 e ss. spec. p. 880.

¹³⁹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 112

¹⁴⁰ Il legislatore ha recepito una indicazione della dottrina, in tal senso infatti già CHIOVENDA, G., *Principii op. cit.*, p. 816; ID., *Principii di diritto processuale civile*, IV ed., rist., Napoli, 1980, p. 816.

¹⁴¹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 113; COMOGLIO, L.P., *Confessione (dir. proc. civ.) op. cit.*, p. 1; FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.) op. cit.*, spec. p. 872.

¹⁴² COMOGLIO, L.P., *Confessione (dir. proc. civ.) op. cit.*, p. 1.

¹⁴³ FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.) op. cit.*, spec. p. 872.

¹⁴⁴ FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.) op. cit.*, spec. p. 872.

¹⁴⁵ FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.) op. cit.*, p. 878.

¹⁴⁶ In ordine alle ipotesi in cui la confessione non costituisca una prova piena, cfr. FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.) op. cit.*, spec. p. 895 il quale così si esprime: «accade che talvolta la confessione costituisca una prova «piena» o legale accerti cioè incontrovertibilmente il fatto che ha ad oggetto: nel senso che la sua efficacia è vincolante così per il giudice, che non è libero di attribuire alla dichiarazione confessoria il valore probatorio che, secondo il suo discrezionale apprezzamento, questa gli sembri meritare, ma è invece tenuto a considerarla senz'altra pienamente probante; come la parte confitente, che non è libera di smentire o ritrattare quanto ha dichiarato *contra se*. Altre volte per contro la confessione è prova «libera» nel senso che il giudice ha facoltà di valutarla liberalmente agli effetti probatori. Precisamente si ha confessione dotata di efficacia vincolante di piena prova nei giudizi civili governati dal principio dispositivo relativi cioè a diritti disponibili; si ha invece confessione liberamente valutabile tutte

volta che la confessione sia stata resa, vede posto un vincolo al suo convincimento, essendo tenuto a ritenere per veri i fatti affermati dal confitente¹⁴⁷, con la conseguenza che, a certe condizioni, sarà tenuto senza ulteriore indagine a porre il fatto confessato a base della sua decisione di merito¹⁴⁸. Il valore pienprobante di cui si è appena detto è tale che l'efficacia raggiunta con la confessione non può esser in nessun modo inficiata dalle prove in precedenza raccolte¹⁴⁹.

La confessione come si è detto è atto di parte e specificamente di quella parte che sia «capace di disporre del diritto a cui i fatti confessati si riferiscono». La formula dell'art. 2731 c.c. definisce come presupposto di efficacia della confessione il requisito generico della capacità d'agire¹⁵⁰.

Il soggetto incapace di agire, vedrà il suo rappresentante confessare nei limiti e nei modi in cui questi lo vincola, ma *quid iuris* per l'incapace naturale che è privo di un rappresentante legale?

L'identificazione del requisito della capacità di agire come requisito essenziale per l'efficacia della confessione si comprende in quanto gli effetti probatori legali conseguenti alla confessione equivalgono di fatto a quello che sul piano giuridico sostanziale verrebbe a realizzarsi conseguentemente ad un vero e proprio atto di disposizione del diritto. La legge sottolinea in tal modo la «pratica equivalenza degli effetti indirettamente e impropriamente dispositivi della confessione con quelli diretti di un autentico atto sostanziale di disposizione»¹⁵¹.

L'incapace naturale dal canto suo rimane vittima di una palese contraddizione che si nota agevolmente osservando da un lato la disciplina sostanziale che lo riguarda e dall'altro quella processuale: sul piano sostanziale, infatti, qualora quell'atto di disposizione del diritto pregiudichi gravemente l'incapace, questo può chiederne l'annullamento; sul piano processuale, invece, qualora il medesimo effetto pregiudizievole discenda da un atto processuale, in seguito ad una confessione,

le volte che il processo sia retto dal principio di officialità o inquisitorio e negli altri casi espressamente previsti dalla legge».

¹⁴⁷ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 112; FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.)*, op. cit., spec. p. 897-898.

¹⁴⁸ FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.)*, op. cit., spec. p. 880.

¹⁴⁹ LUISO, F. P., *Diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 2000, p. 137; Cass., 19 agosto 2000, n. 11011; Per la ricostruzione che vede la confessione non come una vera e propria prova, bensì come un mero surrogato di essa alla stregua di una *relevatio ab onere probandi*, cfr. MONTELEONE, G., *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, IV ed, Padova, 2007, p. 443-444.

¹⁵⁰ FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.)*, op. cit., spec. p. 882.

¹⁵¹ NATOLI, U., FERRUCCI, R., *Della tutela dei diritti*, vol. IV, tomo I, Torino, 1959, p. 365 e ss.; LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, Milano, 1959, p. 140 e ss.

l'incapace naturale non potrà «dolersi in alcun modo degli effetti di tale atto nonché di altri atti processuali»¹⁵²; in nessun modo può impedire il prodursi di quegli effetti pregiudizievoli, che l'ordinamento giuridico invece consentirebbe di far venire meno qualora scaturissero da atto di disposizione diretto.

Sembra irragionevole «ai sensi degli art. 3 e 24 Cost., che mentre il contratto concluso dall'incapace possa essere impugnato ai sensi degli art. 427, 428 e 1425 c.c., nessuna *chance* sia offerta al medesimo incapace nei confronti degli atti processuali»¹⁵³.

L'incapace naturale poi non può neanche giovare dell'assistenza del difensore. La confessione infatti è un atto personalissimo¹⁵⁴ e come tale deve provenire dalla parte¹⁵⁵.

A differenza di quanto disposto *ex art* 136 c.p.c. abr., il codice vigente tace riguardo alla possibilità di una confessione resa dal procuratore della parte munito di espresso mandato *ad confitendum*¹⁵⁶. Da ciò discende l'opinione prevalente della dottrina che nega l'ammissibilità di un mandato speciale *ad confitendum* conferito al procuratore alle liti¹⁵⁷.

La dottrina prevalente, poi, nega che il procuratore alle liti possa rendere una confessione in luogo della parte anche sulla base di quanto disposto *ex art*. 84 c.p.c.¹⁵⁸: al difensore è fatto divieto di compiere gli atti del processo dispositivi del diritto controverso e quelli espressamente riservati *ex lege* alla parte. Qualora si ritenesse diversamente il difensore da mero rappresentante tecnico si trasformerebbe in un vero e proprio rappresentante processuale della parte¹⁵⁹.

Qualora l'incapace naturale renda inconsapevolmente una confessione sembra che lo stesso debba subire il pregiudizio che dalla stessa gli deriva: l'incapace dovrebbe tollerare gli effetti che discendono dall'accusa che egli muove contro se stesso.

L'orientamento giurisprudenziale sembra offrire una solida argomentazione¹⁶⁰ suscettibile di venire in soccorso. Al fine di attribuire alla dichiarazione sfavorevole il

¹⁵² COSTANTINO, G., *Il giubileo del medico dei pazzi*, *op. cit.*, spec. c. 1048.

¹⁵³ COSTANTINO, G., *Il giubileo del medico dei pazzi*, *op. cit.*, spec. c. 1048.

¹⁵⁴ FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.)*, *op. cit.*, spec. p. 871.

¹⁵⁵ COMOGLIO, L.P., *Confessione (dir. proc. civ.)* *op. cit.*, p. 5.

¹⁵⁶ FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.)*, *op. cit.*, spec. p. 881.

¹⁵⁷ D'ONOFRIO, P., *Commento al codice di procedura civile*, *op. cit.*, p. 284 e ss.

¹⁵⁸ Art. 84 c.p.c. (Poteri del difensore) «Quando la parte sta in giudizio col ministero del difensore, questo può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge sono ad essa espressamente riservati. In ogni caso non può compiere atto che importano la disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere».

¹⁵⁹ SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, *op. cit.*, p. 284 e ss; D'ONOFRIO, P., *Commento al codice di procedura civile*, IV ed., vol. I, Milano, 1959, p. 171.

¹⁶⁰ Contrasta fortemente da gran parte della dottrina: cfr. FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.)*, *op. cit.*, spec. 890.

valore della confessione, si ritiene infatti necessaria la verifica della sussistenza in capo al dichiarante di un elemento qualificativo soggettivo interno che si ponga come presupposto di un comportamento obiettivo¹⁶¹: tale elemento soggettivo è identificato nel c.d. *animus confitendi*¹⁶².

Per *animus confitendi* deve intendersi, non la volontà del dichiarante di conseguire il risultato o l'effetto dell'atto, ovvero la coscienza degli effetti, ovvero ancora l'intenzione di fornire una prova all'avversario¹⁶³, quanto piuttosto la consapevolezza del confitente di riconoscere come vero un fatto a sé obiettivamente sfavorevole¹⁶⁴.

Appare evidente che da un soggetto non in grado né di intendere né di volere, non possa pretendersi una simile consapevolezza; non può farsi fede sulla consapevolezza che l'incapace naturale ha in ordine alla verità dei fatti che lo stesso dichiara in sede di confessione; è noto ed innegabile difatti che la condizione che coinvolge tali soggetti è una condizione che esula dalla realtà percepita da un soggetto sano e pienamente padrone di sé: è quantomeno probabile che ciò che un incapace naturale reputa vero invece non lo sia affatto.

L'incapace naturale non è posto nella condizione di raggiungere la consapevolezza che una data dichiarazione se compiuta lo pregiudicherà irrimediabilmente¹⁶⁵.

In proposito si ritiene di dover sostenere con determinazione quanto è stato affermato in sede giurisprudenziale: «l'incapacità naturale, anche transeunte, del dichiarante esclude in lui la consapevolezza e volontà della dichiarazione, cioè la determinazione volitiva diretta al risultato materiale della altrui conoscenza, e quindi esclude di per sé sola che nella dichiarazione stessa sia ravvisabile una confessione. L'*animus confitendi* consiste nella semplice volontà della sola dichiarazione confessoria [...] Elemento essenziale della confessione è l'*animus confitendi* inteso come consapevolezza e volontà intenzionale di dare conoscenza al destinatario del fatto dichiarato. **La dichiarazione non consapevole o non intenzionale, dunque, non è confessione perché non realizza la fattispecie legale.** La mancanza di capacità naturale esclude tale consapevolezza e intenzionalità. [...] Né può dubitarsi della ammissibilità di una prova volta a dimostrare attraverso l'acquisizione di idonei elementi di fatto proprio la

¹⁶¹ PUGLIATTI, S., *Animus*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1961, p. 437.

¹⁶² PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit. vol. II, p. 113.

¹⁶³ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 113.

¹⁶⁴ COMOGLIO, L.P., *Le prove civili*, Torino, 2004, p. 505; Cass., 17 gennaio 2003, n. 607; Cass., 11 aprile 2000, n. 4608; Cass., 11 ottobre 1996, n. 8923.

¹⁶⁵ Vista l'irrevocabilità e l'irretrattabilità della dichiarazioni confessorie, salve le ipotesi errore di fatto e violenza su cui si dirà più oltre: cfr. art. 2732 c.c.

incapacità naturale anche transeunte purché coeva, del dichiarante e quindi la mancanza, nella dichiarazione da lui resa, di ogni consapevolezza ed intenzionalità. [...]»¹⁶⁶.

Dalla *contra se declaratio* proveniente da un incapace naturale, quindi, non possono farsi discendere i medesimi effetti che discendono da una confessione resa da un soggetto capace, in quanto non essendo la dichiarazione suddetta né intenzionale né tantomeno consapevole, la stessa «non realizza la fattispecie legale».

Muovendo proprio dalla rilevanza attribuita all'elemento volitivo nell'ipotesi di confessione, è possibile svolgere ulteriori considerazioni in ordine alla possibilità di riconoscere come revocabile la confessione quando la stessa provenga da un incapace naturale.

Avendo come riferimento la peculiare disciplina della revoca della confessione, prevista *ex art. 2732 c.c.*, è possibile notare la non estraneità dell'elemento volitivo rispetto agli atti processuali¹⁶⁷.

Ai fini della revoca della dichiarazione confessoria, oltre alla prova della non rispondenza al vero di quanto dichiarato, è necessario altresì provare che un determinato accadimento sia stato ritenuto come vero a causa di una «falsa e distorta rappresentazione della realtà»¹⁶⁸, ovvero che lo stesso accadimento sia stato solo affermato come vero (senza che in realtà lo si ritenesse tale) a seguito di una costrizione¹⁶⁹.

In entrambe le ipotesi, si è dinanzi a vizi del consenso che incidono in modo determinante sul processo formativo dello stesso e di fronte a questo l'ordinamento giuridico reagisce prevedendo la possibilità di far venir meno l'efficacia confessoria della dichiarazione.

Orbene, se si riconosce rilevanza ad una volontà viziata, cioè se si ritiene che l'ordinamento non possa tollerare la presenza di una dichiarazione suscettibile di assumere valore di prova legale, qualora questa sia stata originata da una volontà non del tutto libera, di certo e necessariamente detta rilevanza dovrà riconoscersi qualora la volontà in questione manchi del tutto. Se rileva la volontà viziata, tanto più dovrà rilevare la volontà mancante. In altri termini, se in talune circostanze si reputa rilevante

¹⁶⁶ Cass., 22 novembre 1979, n. 6076.

¹⁶⁷ DENTI, V., *Note sui vizi della volontà*, *op. cit.*, spec. p. 30.

¹⁶⁸ Cass., 19 aprile 1988, n. 3965 secondo la quale «L'errore – spontaneo o provocato dall'altrui azione ingannatrice (dolo) – costituisce causa di annullamento del contratto in quanto abbia inciso sul processo formativo del consenso, dando origine ad una falsa o distorta rappresentazione della realtà, a causa della quale il contraente si sia determinato a stipulare».

¹⁶⁹ BIANCHI, G., *La prova civile: onere e ammissibilità della prova nel Codice civile*, Padova, 2009, p. 238.

il vizio che va ad inficiare la sussistente volontà di colui che compie un determinato atto processuale, allo stesso modo e *a fortiori* dovrà riconoscersi la medesima rilevanza dell'elemento volitivo nell'ipotesi in cui la volontà stessa dell'autore dell'atto non sia viziata, ma manchi del tutto. La confessione dell'incapace naturale deve poter essere revocata anche a prescindere dai vizi del consenso presi in considerazione dall'art. 2732 c.c.; se infatti si ritengono rilevanti questi ultimi, tanto più deve rilevare l'incapacità naturale.

Quindi, come viene meno la confessione estorta, oppure quella cagionata da una falsa rappresentazione della realtà, *a fortiori* deve venir meno la confessione resa in condizione di incapacità naturale¹⁷⁰.

Detto questo, ci si è altresì interrogati circa il rapporto esistente tra la condizione di incapacità naturale e i vizi del consenso essendo tutti, tanto la prima quanto i secondi, elementi inficianti la validità degli atti giuridici; e avendo in comune l'effetto di pregiudicare le condizioni soggettive di un corretto e ragionevole esercizio dell'autonomia privata impedendo al soggetto di determinarsi in modo coerente ai propri interessi¹⁷¹. Considerare e definire il rapporto in cui detti elementi si trovano può avere interesse anche per altre ragioni che vanno ad affiancarsi a quella appena esposta.

In primo luogo, è ragionevole interrogarsi in ordine agli effetti che una data coartazione di volontà possa comportare qualora la stessa venga diretta nei confronti di un incapace naturale.

Si può affermare che detto soggetto sia facilmente impressionabile e che quindi anche una minaccia non seria potrebbe essere avvertita come tale, condizionando l'agire della vittima.

Ora, è necessario tenere presente che «il diritto non può riguardare se non il comune temperamento umano prescindendo da ogni manifestazione eccezionale di esso nella pluralità. Chi è eccessivamente sensibile, imputi a se stesso la sua fralezza; chi è

¹⁷⁰ A sostegno di questo, ma con specifico riferimento alla violenza, se viene attribuito rilievo al discrimine tra totale esclusione della volontà (violenza c.d. assoluta) e vizio della stessa (violenza c.d. relativa), si deve a maggior ragione riconoscere e attribuire rilevanza ad una volontà che, lungi dal venir meno o dall'essere viziata susseguentemente ad un atto di coartazione, manchi del tutto *ab origine*. (Sulla distinzione tra violenza c.d. assoluta e violenza c.d. relativa cfr. GALLO, P., *Violenza*, in *Digesto dello discipline privatistiche*, vol. XIX, Torino, 1999, p. 731; ROPPO, V., *Trattato del contratto*, vol. IV, tomo I, Milano, 2006, p. 292; GALLO, P., *Trattato del contratto*, vol. III, Torino, 2010, p. 1839; TRABUCCHI, A., *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto*, vol. XX, Torino, 1975, p. 941 e ss. spec. p. 943 nota 2 in cui si segnala CRISCUOLI, G., *Violenza fisica e violenza morale*, in *Rivista di diritto civile*, 1970, I, p. 127 e ss. Sulla opportunità di preferire detta distinzione rispetto a quella tradizionalmente operata con riguardo alla «violenza morale» (*vis animo illata* o *vis compulsiva*) alla «violenza fisica» (*vis corpori illata* o *vis physica* cfr. BIANCHI, G., *La prova civile*, op. cit., p. 240).

¹⁷¹ ROPPO, V., *Il contratto*, in IUDICA, G., ZATTI, P., *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, p. 779.

particolarmente forte non si veda opposta la propria singolare resistenza: solo l'apprezzamento del timore da parte dei più è meritevole di considerazione giuridica»¹⁷². È necessario quindi che il diritto rimanga indifferente alle reazioni che la violenza ha procurato in concreto nella vittima; il dettato normativo, infatti, facendo riferimento *ex art.* 1435 c.c. alla «persona sensata», pretende che la valutazione della «condizione della persona» venga effettuata alla stregua di un «criterio oggettivo – ponderato»¹⁷³, che prenda in considerazione le reazioni che la minaccia così come posta in essere era in grado di suscitare su una persona dotata di una normale forza d'animo¹⁷⁴.

Ne consegue perciò che «eventuali e particolari condizioni psichiche del soggetto, cui la violenza è rivolta» non possono essere ritenute giuridicamente rilevanti.

Affermare ciò, però, non pone nel nulla la rilevanza che alla minaccia non seria, ma avvertita come tale dall'incapace, deve riconoscersi; se da un lato infatti è vero che chi è eccessivamente sensibile deve imputare a se stesso la sua debolezza, al contempo deve ammettersi che l'incapace naturale non possa imputare a se stesso la sua inettitudine.

È per questo che è necessario un distinguo: non possono essere ritenute degne di attenzione le condizioni psichiche del soggetto passivo della violenza, ma è necessario invece reputarle rilevanti nell'ipotesi in cui queste «siano rappresentative di una sua incapacità naturale»¹⁷⁵.

È possibile che la minaccia diretta all'incapace naturale non verrebbe avvertita come tale qualora si dirigesse nei confronti di un soggetto perfettamente *compos sui*, ma si ritiene, come detto, che l'ordinamento giuridico dinnanzi ad una inettitudine psichica che integri la condizione di incapacità naturale dell'autore dell'atto, non possa ritenere come irrilevante una minaccia di tal fatta, anche se la stessa risulti non essere seria.

Da quanto si è detto, è possibile evincere che la revoca della confessione dell'incapace naturale potrebbe invocarsi sia adducendo la condizione mentale in cui il confitente stesso si trova, sia facendo valere la coartazione del suo consenso.

Viste le «sostanziali differenze strutturali che intercorrono tra l'incapacità naturale (di intendere e volere) ed i vizi della volontà (violenza, dolo, errore), escludente – la prima – la stessa volontarietà dell'atto negoziale, incidenti - i secondi – sul processo

¹⁷² FUNAIOLI, G. B., *La teoria della violenza nei rapporti giuridici*, Roma, 1927, p. 57.

¹⁷³ FIGONE, A., *La violenza*, in SCHLESINGER, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 2005, p. 103.

¹⁷⁴ SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, p. 167.

¹⁷⁵ FIGONE, A., *La violenza*, in SCHLESINGER, P., *Commentario*, *op. cit.*, p. 103.

formativo della volontà contrattuale» è ben possibile, si ritiene, che una confessione venga “impugnata”¹⁷⁶ nel medesimo giudizio, sia per l’una che per gli altri.

A questo punto, però, si ritiene necessaria una irrinunciabile precisazione: è vero che è possibile contestare l’efficacia confessoria di una dichiarazione sia sulla base alla condizione di incapacità naturale in cui si trovi il confitente, che sulla base dei vizi inficianti il suo consenso, ma è altrettanto vero che dette deduzioni devono necessariamente seguire una «insopprimibile logica di priorità»; infatti, deve essere fatta valere «in via principale l’incapacità, in subordine il vizio (o i vizi) del volere»¹⁷⁷.

Detta insopprimibile logica di priorità risulta corretta sia dal punto di vista meramente logico, sia in virtù delle differenti conseguenze che discendono dal ritenere o meno sussistente la capacità naturale in capo al confitente. Qualora infatti il giudice dovesse ritenere il confitente incapace naturale, ciò integrerebbe, in virtù della rilevanza da doversi attribuire alla totale assenza di volontà e consapevolezza di cui si è detto sopra, un diversa *causa petendi* per la quale invocare la revoca della confessione¹⁷⁸; qualora, invece, il giudice ritenesse capace naturalmente il confitente, in questa e solo in detta ipotesi può ritenersi «logicamente possibile e processualmente necessaria»¹⁷⁹, l’indagine sulla asserita determinante incidenza che il vizio del consenso avrebbe avuto nel processo formativo della volontà.

In conclusione, la confessione proveniente dall’incapace naturale, a causa della mancanza dell’*animus confitendi*, non realizza la fattispecie legale e quindi non possono da essa farsi discendere i medesimi effetti probatori che discendono da una confessione resa da un soggetto capace; in virtù di questo, e stante quanto stabilito *ex art. 2732 c.c.*, è possibile revocare la confessione posta in essere da un incapace naturale in ragione della sua condizione, sulla base della necessaria rilevanza che deve attribuirsi, ed è *ex lege* attribuita, alla mancanza di volontà riscontrabile in capo al confitente.

¹⁷⁶ DENTI, V., *Note sui vizi della volontà*, *op. cit.*, spec. p. 87.

¹⁷⁷ Cass., 15 ottobre 1996, n. 8970.

¹⁷⁸ FIGONE, A., *La violenza*, in SCHLESINGER, P., *Commentario*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁷⁹ Cass., 15 ottobre 1996, n. 8970.

III.2.4. Giuramento decisorio

Con la prestazione del giuramento decisorio si perviene alla «definizione sintetica»¹⁸⁰ del più complesso fenomeno che è la lite. Detta prestazione a tenore dell'art. 238 c.p.c. deve essere personale e provenire da una delle parti, cioè da soggetti particolarmente qualificati¹⁸¹. Detto questo e avendo presente quanto già affermato circa le conseguenze derivanti dal mancato giuramento o dal rifiuto di prestarlo¹⁸², è necessario riflettere ora in ordine alle conseguenze prospettabili nell'ipotesi in cui l'incapace naturale non si astenga dal prestare il giuramento deferitogli, ponendo in essere una *pro se declaratio*¹⁸³, vincolando il giudice¹⁸⁴ e rimuovendo la lite in proprio favore.

Prima di ogni altra considerazione, vuole sottolinearsi una prima contraddizione presente nel sistema che si nota avendo riguardo, da un lato, alla capacità richiesta per deferire e riferire giuramento e, dall'altro, a quella richiesta per la prestazione dello stesso: ai sensi dell'art. 2737 c.c., stante il richiamo di questo all'art. 2731, la capacità richiesta per deferire o riferire giuramento è la capacità di disporre del diritto controverso; la capacità richiesta invece per la prestazione del giuramento stesso è la capacità di stare in giudizio. Già questo pone in luce quanto sia problematico discorrere in ordine alla prestazione del giuramento decisorio quando il delato sia un incapace di intendere e volere.

Da un lato, infatti, l'incapace naturale non potrebbe, e si ritiene che non possa, deferire o riferire il giuramento poiché non ha la disponibilità dei suoi diritti; dall'altro lo stesso, in quanto sarebbe capace di stare in giudizio¹⁸⁵, potrebbe prestarlo. Sembra un controsenso però affermare che una parte del processo, da un lato non possa né deferire né riferire giuramento, ma che al contempo dall'altro, qualora lo prestasse, lo stesso sarebbe valido ed efficace.

Detto questo e con specifico riguardo al compimento dell'atto processuale in parola, avendo quindi presente l'atto di prestazione del giuramento, nel nostro caso colui che si accinge a giurare non è padrone di sé e nulla impedisce che egli giuri il falso e, anche se

¹⁸⁰ PROVINCIALI, R., *Giuramento decisorio*, op. cit., spec. p. 113.

¹⁸¹ GIANA, S., in COMOGGIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario*, op. cit., sub art. 238, p. 994 e ss spec. p. 995.

¹⁸² Cfr. paragrafo. II.3.3.

¹⁸³ PROVINCIALI, R., *Giuramento decisorio*, op. cit., spec. p. 113.

¹⁸⁴ ANDRIOLI, V., *Giuramento (Diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto*, vol. VII, Torino, 1961, p. 943 e ss., spec. p. 945.

¹⁸⁵ PROVINCIALI, R., *Giuramento decisorio*, op. cit., spec. p. 124.

è possibile che lo stesso si ritrovi casualmente a giurare il vero, sembra comunque *a priori* non tollerabile né ammissibile l'eventuale validità, efficacia e liceità di uno spergiuro, che invece, stante l'art. 371 c.p., risulta essere fattispecie penalmente rilevante¹⁸⁶.

Essendo dinanzi ai comportamenti irrazionali di chi molto probabilmente non ha soppesato i *pro* e i *contro* della sua condotta criminale, deve ammettersi che l'incapace naturale, in quanto tale, non subirà per nulla l'effetto deterrente che la sanzione penale, posta a presidio del corretto funzionamento della giustizia¹⁸⁷, dovrebbe comportare.

L'effetto deterrente che è ricondotto alla prevenzione generale c.d. negativa, comporta, in linea teorica, il timore di poter subire l'inflizione di una sanzione punitiva, causando in ciascuno dei consociati la formazione di una coscienza morale in grado di conformare le condotte umane ai comandi di legge¹⁸⁸. Nel nostro caso, però, l'incapace naturale che si trova a compiere il delitto di spergiuro ha una percezione soggettiva dell'effetto motivante della legge penale¹⁸⁹ tutt'altro che incidente sulla scelta della condotta da adottare. *A priori*, quindi, è possibile affermare che la minaccia della pena non condizionerà affatto le condotte dell'incapace naturale poiché lo stesso, presumibilmente, o rimarrà indifferente davanti alla stessa, ovvero neppure si renderà conto che una minaccia gli viene rivolta.

Una volta prestato il giuramento inconsapevole, nulla è in potere della controparte soccombente: la stessa infatti non è ammessa a provare il contrario di quanto giurato, né può chiedere la revocazione della sentenza qualora il giuramento sia dichiarato falso in seguito¹⁹⁰ (art. 2738, 1° comma, c.p.c.) e pare escluso, peraltro, che si possa incidere sul convincimento del giudice, essendo lo stesso vincolato a reputare come veri,

¹⁸⁶ Art. 371 c.p. «Chiunque, come parte in giudizio civile, giura il falso è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».

¹⁸⁷ PANNAIN, R., *Giuramento (falsità del)*, in *Nuovo Digesto*, vol. VI, Torino, 1961, p. 375 e ss., spec. p. 376; secondo FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale, parte speciale*, VI ed., Bologna, 2010, p. 382 la previsione del delitto di falso giuramento è posto a tutela del valore del mezzo di prova legale che è, a parere di questi Autori, il giuramento.

¹⁸⁸ FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale, parte generale*, VI ed., Bologna, 2010, pp. 710-714.

¹⁸⁹ FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale, op. cit.*, pp. 710.

¹⁹⁰ SATTA, S., *La ritrattazione del giuramento (e ancora la questione del metodo)*, in *Foro italiano*, 1948, IV, c. 90 e ss.; ID., *La ritrattazione del giuramento*, in *Foro italiano*, 1949, IV, c. 12 e ss.; BARBARESCHI, L., *L'irretrattabilità del giuramento decisorio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1948, p. 978 ss.; FURNO, C., *Irretrattabilità del giuramento decisorio*, in *Rivista di diritto processuale*, III, I, 1948, 173 e ss.,

pienamente e definitivamente provati¹⁹¹ i fatti per i quali il giuramento è stato deferito¹⁹².

A questo si aggiunga poi che l'incapace naturale, oltre a non subire, come detto, l'efficacia deterrente della sanzione penale prevista, una volta giurato e vinta la causa per mezzo del suo spergiuro, stante la sua non imputabilità¹⁹³, neanche potrebbe «riparare il torto commesso contro la società» dopo il compimento del reato previsto *ex* 371 c.p.

Se la riflessione giungesse qui al suo epilogo, si potrebbe affermare la possibilità per l'incapace naturale di compiere un reato, vincere ingiustamente una causa civile grazie al compimento dello stesso, e a tutto ciò non potrebbe reagire né la controparte danneggiata, né l'ordinamento giuridico.

Per la natura delle conseguenze che discenderebbero dalla prospettazione di una simile situazione, l'interprete, tenuto a rifiutare tutte quelle soluzioni la cui applicazione comporta ingiustizie, è conseguentemente tenuto a verificare la sostenibilità dell'opinione opposta, cercando la soluzione che possa comporre una simile discrasia.

A questo punto, proprio al fine di individuare una soluzione soddisfacente, è necessario operare una distinzione: possono svolgersi infatti differenti considerazioni a seconda che l'incapace naturale, posteriormente alla prestazione del falso giuramento, torni o meno in sé.

Nell'ipotesi in cui l'incapace naturale non possa ravvedersi, in quanto la sua condizione presenta caratteri di permanenza (si pensi ad. es. ad un soggetto affetto da Morbo di Parkinson), si ritiene che il giuramento prestato è sempre inefficace; se infatti l'incapace non dichiarato non ha la disponibilità dei suoi diritti, come in questa sede si afferma, e se il giuramento su diritti indisponibili è inefficace¹⁹⁴, allora la prestazione del giuramento decisorio proveniente dallo stesso rimane sempre priva di efficacia.

Per quanto concerne invece l'ipotesi in cui l'incapace naturale torni in sé (si pensi al soggetto che posteriormente ad una “fuga dissociativa”¹⁹⁵ torna ad avere il contatto con

¹⁹¹ DENTI, V., *Note sui vizi della volontà*, *op. cit.*, spec. p. 28.

¹⁹² PROVINCIALI, R., *Giuramento decisorio*, *op. cit.*, p. 103.

¹⁹³ Art. 85 c.p. «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. **È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere**»

¹⁹⁴ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. II, p. 129.

¹⁹⁵ La manifestazione predominante della fuga dissociativa è secondo il DSM-IV-TR [sistema di classificazione delle malattie mentali *ndr*], l'allontanamento improvviso da casa o dall'abituale posto di lavoro, con incapacità di ricordare il proprio passato e confusione circa l'identità persone oppure assunzione di una nuova identità. Il fenomeno non è dovuto a effetti di sostanze, malattie neurologiche o condizioni mediche generali, ed è causa di significativo disagio o menomazione nelle capacità sociali e lavorative. [...] Propri della fuga dissociativa sono fattori quali stress psicosociali (stress lavorativi,

la realtà; ovvero al soggetto che torna ad essere *compos sui* dopo essere stato vittima di uno stato di “*delirium*”¹⁹⁶) lo stesso, qualora avesse giurato il falso e qualora volesse ritrattare il giuramento, deve vedersi garantita questa opportunità.

Il tema dell'irretrattabilità del giuramento è stato protagonista di un vivace (e a tratti polemico) dibattito dottrinale¹⁹⁷. In primo luogo vi è chi sostiene l'impossibilità della stessa sulla base di argomentazioni di natura procedurale e logica: da tale dottrina è stato affermato che «la ritrattazione del giuramento è [...] quasi materialmente impossibile. In seguito al giuramento la causa è decisa poiché dal giuramento, e da questo soltanto, dipende la sua decisione. Il giudice ha da osservare solo *an juratum sit*: onde non è più nemmeno possibile né la deduzione di nuove prove, né la produzione di nuovi documenti, né quindi la controdeklarazione della parte. [...]

In secondo luogo, se si ammettesse la ritrattazione ci si troverebbe di fronte [...] all'annullamento della dichiarazione giurata e quindi ad un rifiuto di giuramento. La decisione della causa non dipenderebbe dalla accertata verità, ma dal rifiuto di giurare, quindi da un atto che si sottrae a ogni valutazione del giudice, e che, dal punto di vista probatorio, non si capisce perché debba prevalere sul giuramento.

In terzo luogo, l'esclusione della ritrattazione è l'unico modo, dal punto di vista politico, di mantenere una certa serietà e dignità all'istituto del giuramento. Sembra paradossale, ma è così. Chi giura deve sentire la responsabilità dell'atto che compie e, deve sapere che non può distruggere con arbitrarie e successive dichiarazioni il giuramento prestato. Se si ammettesse la libera ed operosa ritrattazione, bisogna dire che l'ultimo fievole ritegno contro la falsità del giuramento crollerebbe di colpo»¹⁹⁸

bellici, coniugali, finanziari). L'esordio, il momento in cui la fuga appare, può variare sia nella durata che nell'entità. **Durante l'episodio non vi è alcuna consapevolezza di quanto compiuto.** Quando l'episodio si risolve, il soggetto non ha memoria di quanto compiuto durante la fuga e non vi consapevolezza dell'amnesia. Cfr. pressoché letteralmente NIOLU, C., SALVADORE, G., SIRACUSANO, A., *I disturbi dissociativi*, in BALESTRIERI, M., BELLANTUOMO, C., BERARDI, D., DI GIANNANTONIO, M., RIGATELLI, M., SIRACUSANO, A., ZOCCALI, R. A., *Manuale di psichiatria*, Roma, 1997, p. 466-467

¹⁹⁶ Il delirium è il termine attualmente utilizzato per descrivere una serie di situazioni definite anche come stati confusionali acuti, psicosi. Il delirium è un'alterazione acuta e globale della funzione celebrale, che può essere accompagnata dal disorientamento del paziente nello spazio e nel tempo, finanche verso le persone, con falsi riconoscimenti. Lo stato di delirio può essere caratterizzato da illusioni, allucinazioni in genere visive. I sintomi sono spesso fluttuanti nel corso delle 24 ore con miglioramenti e peggioramenti da un'ora all'altra. Cfr. pressoché letteralmente BROGNA, P., *La urgenze psichiatriche*, in BALESTRIERI, M., BELLANTUOMO, C., BERARDI, D., DI GIANNANTONIO, M., RIGATELLI, M., SIRACUSANO, A., ZOCCALI, R. A., *Manuale di psichiatria*, Roma, 1997, p. 657-658

¹⁹⁷ SATTÀ, S., *La ritrattazione del giuramento*, *op. cit.*, c. 90 e ss.; ID., *La ritrattazione del giuramento*, *op. cit.*, c. 12 e ss.; BARBARESCHI, L., *L'irretrattabilità*, *op. cit.*, p. 978 ss.; FURNO, C., *Irretrattabilità*, *op. cit.*, p. 173 e ss.; ALLORIO, E., *La revoca del giuramento e un'inesistente questione di metodo*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1948, c. 193 e ss.,

¹⁹⁸ SATTÀ, S., *La ritrattazione del giuramento*, *op. cit.*, spec. c. 91-92.

A dette argomentazioni altra autorevole dottrina risponde acutamente e con determinazione ponendole nel nulla. In ordine alla prima argomentazione, si obietta che in realtà dopo la prestazione del giuramento, la ritrattazione dello stesso sarebbe, ed è, tutt'altro che impossibile: dopo la prestazione infatti «vi ha almeno la precisazione delle conclusioni e vi ha la presentazione della comparsa conclusionale: nell'una e nell'altra sede chi ha giurato può ritrattare il giuramento. [...] Che di solito non lo faccia, lo sappiamo benissimo: ma lo può fare!»¹⁹⁹

Alla seconda argomentazione proposta da chi esclude la retrattabilità del giuramento è stato risposto che la ritrattazione, lungi dal configurarsi come rifiuto a giurare, costituisce semplicemente la revoca della dichiarazione giurata, che prevale su questa, «come ogni atto di revoca sull'atto revocato, per la buona ragione che viene dopo»²⁰⁰.

Infine, in ordine alla necessità di escludere la retrattabilità al fine di conservare la serietà dell'istituto del giuramento, si obietta che «la garanzia di serietà del giuramento è offerta dalla sanzione penale dello spergiuro»²⁰¹.

Si ritiene di dover concordare con chi ammette e giustifica la possibilità di ritrattare il giuramento, soprattutto sulla scorta di un'argomentazione di natura esegetica sostenuta sempre dalla medesima dottrina. A norma dell'art. 2738 c.c. « Se è stato prestato il giuramento deferito o riferito, **l'altra parte** non è ammessa a provare il contrario». [...] « *L'altra parte*, si badi; ma quando *la stessa parte che ha giurato* butta per aria il giuramento, vorrà [...] far(si) dire al codice che l'efficacia del giuramento permanga inconcussa?»²⁰²

Qualora l'incapace naturale che giuri inconsapevolmente ritorni in sé e voglia «buttare in aria» il giuramento prestato, vorrà comunque considerarsi efficace e valido il giuramento stesso? Sembra proprio di no.

Se quanto sin qui detto non convince, si ponga all'attenzione un'ulteriore riflessione: se non vuole riconoscersi efficacia alcuna alla dichiarazione preordinata alla revoca del giuramento prestato, in via generale si deve ammettere che se «Tizio che ha giurato il falso, [...] vuole impedire il danno consistente nella emanazione di una sentenza certamente ingiusta» deve poter far qualcosa.

Precisamente, è stato prospettato un «ingegnoso *escamotage*»: una volta prestato il giuramento, la parte che vuole ritrattare può semplicemente dichiarare di non porre più

¹⁹⁹ ALLORIO, E., *La revoca*, op. cit., spec. c. 194 -195.

²⁰⁰ ALLORIO, E., *La revoca*, op. cit., spec. c. 194 .

²⁰¹ ALLORIO, E., *La revoca*, op. cit., spec. c. 195 .

²⁰² ALLORIO, E., *La revoca op. cit.*, spec. c. 195 -196

la circostanza oggetto del giuramento a base della sua domanda o eccezione. Siffatto modo di ragionare fa in modo che entri in gioco il principio della domanda: *nemo iudex sine actore*. «Io ho giurato, e sta bene; ma chi mi vieta, anche dopo che ho giurato, di recedere dalla domanda o di abbandonare l'eccezione? E potrà il giudice, sotto il pretesto che il giuramento è irrettabile, obbligarmi a persistere in una difesa che io voglio abbandonare, violando così la regola *nemo agendum cogi potest?*»²⁰³

In conclusione, qualora un incapace naturale presti giuramento e non possa in alcun modo tornare in sé, il giuramento stesso è inefficace poiché il delato non ha la disponibilità dei suoi diritti; qualora, invece, lo stesso incapace naturale si ravveda, deve a lui concedersi la possibilità di ritrattare il giuramento prestato, o comunque si deve riconoscere l'impossibilità di ostacolarlo nell'ipotesi in cui questo voglia «recedere dalla domanda o abbandonare l'eccezione».

Il giuramento decisorio prestato dall'incapace naturale non è una «forma ulteriore della manifestazione di volontà»²⁰⁴, ma è invero una inconsapevole dichiarazione alla quale alcun tipo di effetto può essere ricondotto.

III.2.5. Rinuncia agli atti del giudizio e relativa accettazione

La rinuncia agli atti (così come l'estinzione per inattività delle parti) non può avere «cittadinanza che in un processo di tipo dispositivo, caratterizzato dall'attribuzione alla parte del potere di disporre della conclusione anticipata del processo (art. 99 c.p.c.), di determinare l'ambito oggettivo della cognizione del giudice (art. 112 c.p.c.) e di condizionarne il giudizio con le allegazioni e le prove (art. 115 c.p.c.). L'ultima manifestazione dello stesso principio dispositivo è appunto offerta dall'attribuzione alla parte del potere di disporre della conclusione anticipata del processo, prevenendo e precludendo il giudizio del magistrato»²⁰⁵. Quindi come alla parte spetta di diritto il potere di disporre e determinarsi in ordine alla postulazione del giudizio, allo stesso modo le spetta il potere di porvi fine.

²⁰³ BARBARESCHI, L., *L'irrettabilità*, op. cit., spec. 982.

²⁰⁴ PROVINCIALI, R., *Giuramento decisorio*, op. cit., spec. p. 113.

²⁰⁵ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 201

La rinuncia agli atti del giudizio e la relativa accettazione costituiscono un «tipico accordo processuale»²⁰⁶ che per essere efficace deve promanare dalle parti personalmente ovvero dai loro procuratori speciali²⁰⁷.

Essendo necessarie, al fine di configurare l'effetto estintivo, sia la rinuncia che l'accettazione, deve considerarsi la condizione dell'incapace naturale in riferimento ad entrambi gli atti processuali appena citati. Il problema dell'incapacità naturale della parte si pone infatti sia nel caso in cui questa sia attrice e quindi rinunciante²⁰⁸ sia nell'ipotesi in cui la stessa sia convenuta e quindi colei che pone in essere l'accettazione.

L'incapace naturale, nell'ipotesi in cui ponga in essere una rinuncia agli atti del giudizio, inconsapevolmente compie un atto processuale che ha come oggetto immediato il processo²⁰⁹ e che è incidente sull' «*an*»²¹⁰ dello stesso. Detto atto dovrebbe configurare la proiezione negativa della iniziativa di parte, dovrebbe cioè, mirando «a porre nel nulla l'atto costitutivo del processo»²¹¹, configurare «l'espressione sul piano processuale della disponibilità del diritto sostanziale dedotto in causa»²¹²; lungi dall'integrare tutto ciò, la rinuncia dell'incapace naturale, di fatto, risulta essere solamente una inconsapevole condotta.

Con riferimento invece all'atto di accettazione e quindi con riguardo all'ipotesi in cui l'incapace naturale sia il convenuto della lite²¹³, assume rilievo il caso in cui quest'ultimo, nonostante l'interesse²¹⁴ alla prosecuzione del giudizio, comunque accetti la rinuncia della controparte. Si pensi ad esempio al caso in cui l'incapace potrebbe conseguire un risultato maggiormente favorevole a seguito della prosecuzione del giudizio e della pronuncia di merito²¹⁵; riguardo a ciò si è ritenuto, ad esempio, che

²⁰⁶ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 201

²⁰⁷ GIORDANO, R., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, sub art. 306, p. 1901; Cass., 5 luglio 1991, n. 7513.

²⁰⁸ LUISO, F., *Diritto processuale civile*, VI ed., vol. II, Milano, 2011, p. 258.

²⁰⁹ LUGO, A., *Manuale*, op. cit., p. 127, p.254

²¹⁰ GIORDANO, R., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, sub art. 306, p. 1512

²¹¹ MICHELI, G.A., *La rinuncia agli atti*, op. cit., p. 43.

²¹² SALETTI, A., *Estinzione I) diritto processuale civile*, op. cit., p. 1

²¹³ La rinuncia per avere effetto deve essere accettata dal convenuto in quanto l'instaurazione del processo dà vita «a posizioni processuali soggettiva attive e passive non soltanto per l'attore, ma anche per il convenuto il quale acquista al pari dell'attore il diritto alla decisione del giudice sulla domanda» (Cfr. LIEBMAN, E.T., *Manuale*, op. cit., p. 202

²¹⁴ Tale interesse in particolare deve essere valutato riguardo al disposto dell'art. 100 in riferimento cioè alla possibilità di conseguire un'utilità maggiore rispetto a quella che conseguirebbe all'estinzione del processo. (Cfr. Tribunale di Milano, 17 novembre 2008, n. 13553.

²¹⁵ LUISO, F., *Diritto*, op. cit., p. 256.;Cass., 3 agosto 1999, n. 8387.

l'interesse alla prosecuzione del processo certamente sussiste quando la parte si sia difesa esclusivamente nel merito, proponendo difese incondizionate²¹⁶.

L'incapace naturale, sia nel caso in cui ponga in essere la rinuncia che nell'ipotesi di accettazione della medesima, pone in essere un atto dispositivo²¹⁷ senza avere in realtà la disponibilità dei suoi diritti. Quando l'estinzione del giudizio consegue al compimento di detti atti risulta evidente che il fattore costitutivo dell'estinzione è la volontà delle parti che la provocano; la rinuncia agli atti del giudizio e la relativa accettazione non sono altro che una forma di manifestazione di detta volontà²¹⁸. In sintesi «la rinuncia agli atti è [...] una causa volontaria di estinzione del processo»²¹⁹.

Tutto ciò sarebbe già sufficiente ad escludere la configurazione di una efficace rinuncia agli atti del giudizio proveniente da un incapace naturale, ma visto che l'interprete è tenuto ad occuparsi anche e soprattutto delle situazioni patologiche che interessano il processo al fine di trovare le soluzioni più soddisfacenti, è necessario interrogarsi circa l'ipotesi in cui detta rinuncia venga comunque posta in essere dall'incapace. Analogamente e per le stesse ragioni, è necessario che l'interprete si interroghi in ordine all'efficacia dell'accettazione posta in essere dall'incapace naturale.

Nell'ipotesi in cui l'incapace naturale rinunci agli atti del giudizio, detta rinuncia, qualora non sia ancora divenuta efficace, è revocabile liberamente²²⁰; nell'ipotesi in cui invece la rinuncia sia stata accettata dalla controparte ovvero non abbisogni di alcuna accettazione, la stessa è revocabile, prima della dichiarazione di estinzione, provando che è stata determinata da errore di fatto o da violenza (per applicazione analogica dell'art. 2732 in tema di confessione)²²¹.

Si ritiene che qui si possa rinnovare quanto sostenuto in ordine alla revoca della confessione²²²: rinuncia ed accettazione devono sempre poter essere revocate quando provengano da un incapace naturale, e questo poiché la menomazione della volontà di chi pone in essere gli atti processuali in parola, non può rilevare meno dell'incapacità naturale di detto soggetto.

Se detto principio vale e viene in gioco in ipotesi dalla cui realizzazione non dipende il venir meno del giudizio (come accade ad esempio con la confessione), *a fortiori*

²¹⁶ LUISO, F., *Diritto*, op. cit., p. 256.

²¹⁷ MICHELI, G.A., *La rinuncia agli atti*, op. cit., p. 31; CALVOSA, C., *Estinzione op. cit.*, spec. p. 973.

²¹⁸ D'ANGELO, A., *Rinuncia agli atti del giudizio e volontà delle parti*, in *Il nuovo diritto*, 1960, p. 129 e ss. spec. pp. 129-130.

²¹⁹ CALVOSA, C., *Estinzione*, op. cit., spec. p. 979.

²²⁰ MICHELI, G.A., *La rinuncia agli atti*, op. cit., p. 136.

²²¹ GIORDANO, R., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, op. cit., sub art. 306, spec. p. 1513.

²²² Cfr. Paragrafo III.2.3.

dovrà ritenersi valido con riferimento ad atti quali quelli in parola, dalla cui estrinsecazione dipende lo svolgersi o l'estinguersi del processo.

A questo potrebbe obiettarsi che ad essere revocabile in realtà sia solo la rinuncia, in quanto l'accettazione una volta prestata realizza la fattispecie estintiva.

Conseguentemente a questo potrebbe ritenersi, quindi, che l'incapace naturale sarebbe tutelato dalla revocabilità in parola solo nell'ipotesi in cui lo stesso sia parte attrice della lite. Ritenere ciò però non è del tutto esatto. Se infatti è vero che l'accettazione realizza la fattispecie estintiva non appena viene estrinsecata, è altrettanto vero che, qualora la stessa non sia regolare, non è possibile attribuirle l'efficacia che le è invece propria nei casi cui regolarmente viene ad inserirsi nel procedimento.

Se infatti si ha riguardo a quanto disposto *ex art. 306, 3° comma, c.p.c.*, ci si accorge che la dichiarazione di estinzione del processo, che è quanto realmente minaccia il diritto di difesa dell'incapace naturale, è in realtà preclusa al giudice.

Ai sensi della norma in parola «il giudice, se la rinuncia e l'accettazione sono regolari, dichiara l'estinzione del processo».

La rinuncia e l'accettazione, quindi, per realizzare la fattispecie estintiva, devono essere «regolari».

La regolarità di un atto processuale viene valutata con riguardo alla forma che lo stesso deve assumere. Il giudice, nello stabilire se un atto sia o meno regolare, deve interrogarsi circa la corrispondenza tra la forma che l'atto ha assunto concretamente e quella che lo stesso, secondo quanto disposto *ex lege*, avrebbe dovuto assumere. Ai sensi del principio di strumentalità delle forme, il Legislatore, nello stabilire e nell'imporre requisiti di forma, tiene presente la funzione che l'atto dovrà svolgere una volta inseritosi nel *iter* procedimentale. La forma quindi è preordinata al raggiungimento dello scopo cui l'atto è indirizzato. Lo scopo dell'atto è «lo stesso atto processuale considerato oggettivamente nel risultato funzionale che è destinato a conseguire in seno al procedimento»²²³. Da quanto detto si evince che la funzione tipica dell'atto nulla a che fare con la volontà dello stesso; o meglio l'elemento volitivo entra in gioco ed assume rilevanza se considerato con riferimento al compimento dell'atto e non con riferimento ai suoi effetti. Detta rilevanza, infatti, non deve destare alcuna preoccupazione in quanto con la stessa si vuole *sic et simpliciter* indicare la volontà nel compimento dell'atto processuale: volontà nel compimento si ritiene che sia cosa

²²³ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 35.

radicalmente diversa dalla volontà degli effetti. Lungi dal voler porre in discussione l'irrinunciabile indisponibilità delle parti in riferimento agli effetti degli atti processuali, i quali si dispiegano a prescindere dal fatto che le parti lo vogliano o meno, avendo alla mente la natura privatistica di cui si connota il nostro processo civile, si reputa corretto e coerente ritenere che le parti stesse titolari del rapporto processuale, quando pongono in essere un atto processuale, ne **vogliono** il suo compimento, senza che ritenere ciò ponga in alcun modo in discussione il principio dell'indisponibilità delle parti in ordine al dispiegarsi degli effetti degli atti processuali.

Se l'autore di un atto processuale, quindi, si adegua alle forme del processo, questo dimostra che egli vuole porre in essere **quel** determinato atto e non un altro. La volontà nel compimento dell'atto è interamente riassorbita dalla forma dello stesso²²⁴.

Con riguardo alla forma della rinuncia e dell'accettazione, le stesse devono essere prestate con dichiarazioni verbali se intervenute in udienza, ovvero con la notificazione all'altra parte di atti notificati e sottoscritti²²⁵.

Se peraltro lo scopo delle forme previste per una rinuncia ed accettazione regolari, è quello di rendere evidente la propria volontà, consistente nel porre fine al giudizio, e altresì quello di rendere partecipe la controparte della stessa, non può a mio avviso prescindere, stante la gravità degli effetti che discendono dal compimento di detti atti, dal verificare che all'adozione di dette forme corrisponda realmente la sussistenza di quel requisito minimo di volontarietà di cui si è detto.

A ben vedere, tanto nell'ipotesi in cui un incapace naturale ponga in essere una rinuncia, quanto in quella in cui lo stesso accetti la medesima, detta sussistenza non può riscontrarsi in quanto è impossibile individuare un qualche collegamento tra soggetto ed atto, è impossibile cioè individuare in chi compie l'atto processuale una qualsivoglia volontarietà (*rectius* coscienza e volontà)²²⁶ che giustifichi il compimento stesso.

Nell'ipotesi in cui autore della rinuncia e accettazione sia un soggetto incapace naturale, le stesse non possono essere ritenute regolari, in quanto risulta fittizia la corrispondenza tra l'adeguarsi dell'incapace alle forme del processo e la sussistenza della volontarietà; in realtà tra questi due elementi non vi è relazione alcuna.

²²⁴ REDENTI, E., *Atti processuali civili*, op. cit., p. 105.

²²⁵ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. II, p. 201.

²²⁶ DENTI, V., *Note sui vizi della volontà*, op. cit., spec. 72.

Occorre una precisazione: è noto che l'irregolarità di un atto processuale non comporta alcuna conseguenza sull'efficacia dello stesso²²⁷; nel nostro caso però è la norma stessa che subordina la dichiarazione di estinzione alla verifica della regolarità della rinuncia e dell'accettazione: «il giudice, se la rinuncia e l'accettazione sono regolari, dichiara l'estinzione del processo». Da ciò si desume che, qualora rinuncia e accettazione non siano regolari, il processo non si estingue.

A tutto questo poi devono aggiungersi due ulteriori considerazioni: in primo luogo, giusta la regola *ex art. 306, ult. comma*, qualora non vi sia stato diverso accordo tra le parti, l'incapace naturale – rinunciante, oltre alla chiusura di un giudizio che magari lo stesso aveva interesse a proseguire, subirà altresì la condanna alle spese del processo²²⁸.

In secondo luogo poi, si sottolinea che la rinuncia, così come l'accettazione, esorbita dai poteri del difensore²²⁹, che è elemento di certo non trascurabile nel caso in cui sia presente un incapace, poiché comporta l'impossibilità per il difensore stesso di intervenire nel caso in cui una rinuncia non andava proposta ovvero in quello cui una accettazione non doveva prestarsi.

In conclusione, la rinuncia e l'accettazione, in quanto atti di disposizione, non sarebbero *ab origine* configurabili in capo ad un incapace naturale. Qualora questo ciononostante le ponga in essere, le stesse sono sempre revocabili poiché in capo a chi rinuncia e a chi accetta non è configurabile alcuna volontà dispositiva; indipendentemente dalla revoca, peraltro, l'incapacità naturale del soggetto che rinuncia o accetta l'altrui rinuncia impedisce al giudice di dichiarare estinto il processo, in quanto sia la rinuncia eventualmente non revocata, che l'accettazione posteriormente intervenuta, quando provengano da un incapace naturale non potranno mai essere ritenute «regolari»: non è possibile infatti immaginare la validità di una dichiarazione compiuta in udienza quando la stessa provenga da chi magari neanche si rende conto di essere davanti ad un giudice e non può neppure ritenersi valida la sottoscrizione di chi non è in grado di comprendere ciò che sta sottoscrivendo. Ne consegue che, nell'ipotesi in cui il giudice ciononostante dichiarò estinto il processo, stante l'irregolarità della rinuncia e della accettazione, il provvedimento è suscettibile di critica ed

²²⁷ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, op. cit., vol. I, p. 83-84.

²²⁸ LUGO, A., *Manuale*, op. cit., p. 129; LUISO, F., *Diritto*, op. cit., p. 258; SALETTI, A., *Estinzione I) diritto processuale civile*, op. cit., p. 4; Tribunale di Bari 24 aprile 2008, n. 1040; Cass., 4 agosto 2000, n. 10306 secondo la quale l'automatismo di questo criterio di imputazione delle spese esclude la necessità di una dettagliata motivazione ai fini della regolamentazione delle stesse.

²²⁹ LUGO, A., *Manuale*, op. cit., p. 254

impugnazione²³⁰. La possibilità di impugnare il provvedimento²³¹, peraltro, tutela il soggetto solo nell'ipotesi in cui lo stesso torni in sé, non potendo l'incapace naturale reagire qualora il suo stato perduri. Anche in siffatta ipotesi, come in quella di cui si dirà di seguito, vuole sottolinearsi, denunciandola, l'assenza al fianco dell'incapace non dichiarato di un soggetto preposto alla sua rappresentanza e alla sua tutela.

III.2.6. Acquiescenza e rinuncia all'impugnazione

L'acquiescenza si configura come una «volontaria, spontanea accettazione espressa o tacita di un provvedimento dell'Autorità giudiziaria»²³² che è per sua natura suscettibile di impugnazione.

Conseguenza di questa accettazione è la rinuncia a quei mezzi processuali (e al diritto di farli valere), grazie ai quali sarebbe stata possibile la critica del provvedimento²³³.

L'acquiescenza rappresenta una causa estintiva del potere di impugnazione²³⁴ e, precisamente, preclude il potere di proporre l'impugnazione a quella parte che ha accettato il provvedimento, nonostante i termini per impugnare non fossero ancora decorsi per l'intero²³⁵.

Si è detto che il comportamento del soccombente che accetta la sentenza estingue il suo potere di impugnare, ma a ben vedere non lo estingue definitivamente: lo stesso infatti sarà nuovamente ammesso all'impugnazione (che dovrà ovviamente avere forma di impugnazione incidentale) nell'ipotesi in cui un'altra parte proponga impugnazione contro di lui²³⁶. A norma dell'art. 329 c.p.c. «salvi i casi di cui ai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 l'acquiescenza risultante da accettazione espressa o da atti incompatibili con la

²³⁰ Nell'ipotesi in cui l'estinzione venga dichiarata dal giudice istruttore, il provvedimento conclusivo del giudizio assumerà la forma dell'ordinanza a differenza di quella invece assunta nell'ipotesi in cui a dichiarare l'estinzione sia il collegio: in questo caso infatti il provvedimento assumerà la forma di sentenza. (Art. 307, ult. comma, c.p.c.)

²³¹ Proponendo reclamo *ex art* 178, 3°, 4° e 5° comma, c.p.c. se vuole impugnarsi l'ordinanza del giudice istruttore; mediante gli ordinari mezzi di impugnazione nell'ipotesi in cui si voglia criticare la sentenza del collegio. (Art. 308 c.p.c.)

²³² D'ONOFRIO, P., *Acquiescenza*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. I, tomo I, Torino 1960, p. 232 e ss.

²³³ D'ONOFRIO, P., *Acquiescenza*, *op. cit.*, p. 232.

²³⁴ CERINO CANOVA, A., *Acquiescenza*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. I, Roma, 1990, p.1.

²³⁵ GIORDANO, R., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, *op. cit.*, sub art. 329, p. 1611; CONSOLO, C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, II ed. ampliata e aggiornata, Padova, 2008, p. 43.

²³⁶ D'ONOFRIO, P., *Acquiescenza*, *op. cit.*, p. 232 e ss. spec. p. 236; CERINO CANOVA, A., *Acquiescenza*, *op. cit.*, p. 1.; Cfr. art. 334 c.p.c.

volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge ne esclude la proponibilità. L'impugnazione parziale importa acquiescenza alle parti di sentenza non impugnate».

Con specifico riferimento al primo comma della disposizione citata, la legge prevede due forme di acquiescenza: l'acquiescenza espressa, cioè l'accettazione espressa del provvedimento; e l'acquiescenza tacita consistente nel compimento di atti incompatibili con la volontà di impugnare.

L'unico discrimine che esiste tra le due forme di acquiescenza è che la volontà che le giustifica in un caso è espressa e nell'altro è tacita²³⁷.

Ciò che è certo però è che, sia che si tratti di acquiescenza espressa sia che si tratti di acquiescenza tacita, si è sempre di fronte ad un atto di volontà proveniente da chi l'acquiescenza stessa pone in essere²³⁸. In particolare si è ritenuto che l'acquiescenza, «quale fatto impeditivo della proponibilità dell'impugnazione»²³⁹, presuppone necessariamente una «univoca volontà abdicativa della parte»²⁴⁰ e da ciò si è dedotto che da un lato l'acquiescenza espressa costituisce un atto unilaterale non ricettizio che non necessita di accettazione alcuna e capace, non appena esteriorizzata, di produrre gli effetti che la legge alla stessa riconduce²⁴¹; e dall'altro che l'acquiescenza tacita per essere considerata tale deve presupporre una previa valutazione circa la volontà del presunto acquiescente in modo da poter considerare gli atti come incompatibili o meno alla volontà di impugnare²⁴².

In sintesi quindi, l'acquiescenza espressa è quell'«atto unilaterale non ricettizio»²⁴³ che integra «un atto-manifestazione di volontà dispositiva della parte soccombente in ordine al processo, con cui essa si auto-preclude di esercitare l'iniziativa o l'impulso

²³⁷ LUIISO, F., *Diritto, op. cit.*, p. 312.

²³⁸ MINOLI, E., *L'acquiescenza, op. cit.*, p. 47; CERINO CANOVA, A., *Acquiescenza, op. cit.*, p. 2; *contra* SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XII ed. a cura di PUNZI, C., Padova, 1996, p. 522 secondo il quale «L'accettazione tacita presenta delicati problemi. Essa non è una accettazione nel senso proprio della parola perché la volontà non ha rilevanza. Gli atti incompatibili sono considerati come un mero fatto, da cui deriva l'acquiescenza».

²³⁹ ANDRIOLI, V., *Commento, op. cit.*, vol. II, *sub art.* 329, p. 385.

²⁴⁰ Cass., 10 aprile 2003, n. 5689; Cass., 21 novembre 1998, n. 11803; Cass., sez. un. 13 ottobre 1993, n. 10112; Cass., 13 marzo 1990, n. 2034.

²⁴¹ Cass., 24 luglio 1995, n. 8079; Cass., sez. un. 28 luglio 1986, n. 4818; nel senso che si tratti di atto unilaterale ricetti zio cfr. REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, II ed., Milano, 1997, p. 378 e REDENTI, E., VELLANI, M., *Diritto, op. cit.*, p. 390.

²⁴² BONSIGNORI, A., *Impugnazioni civili in generale*, in *Digesto italiano*, vol. VI, Torino, 1993, p. 334 e ss. spec. p. 346.

²⁴³ PAPALIA, A (agg. TEDOLDI, A.), in CONSOLO, C., LUIISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 329, p. 2562.

processuale mediante l'impugnazione»²⁴⁴; l'acquiescenza tacita dal canto suo si ricollega invece ad un «negozio giuridico processuale in cui assume rilievo preminente l'elemento volitivo»²⁴⁵.

Sia in riferimento all'ipotesi in cui un incapace naturale ponga in essere una dichiarazione di acquiescenza espressa che in riferimento al compimento da parte di quest'ultimo di «atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge» è possibile soffermarsi e svolgere alcuni rilievi.

Con riguardo all'acquiescenza espressa, stante la considerazione della stessa quale atto unilaterale ricettizio, si sostiene che ad essa sia applicabile analogicamente la disciplina prevista *ex art.* 428 c.c. in riferimento all'annullamento degli atti unilaterali compiuti da chi si trovi in uno stato di incapacità naturale. Da ciò discende che, se l'incapace naturale acquiescente riesce a provare *ex post* che la sua incapacità naturale persisteva al momento del compimento dell'atto processuale (unilaterale non ricettizio), e che lo stesso gli ha procurato un «grave pregiudizio», l'atto processuale in parola deve poter venir meno. Non ammettere ciò equivale a tollerare la presenza nel nostro ordinamento giuridico di atti unilaterali provenienti da soggetti incapaci, pregiudizievoli per gli stessi e non attaccabili in alcun modo, in palese contrasto con ciò che è disposto *ex art.* 428 c.c. e con la sua *ratio*. L'art. 428 c.c. oltre all'incapacità naturale dell'autore dell'atto, considera come necessario l'ulteriore elemento del «grave pregiudizio» a questo provocato. Tale elemento non osta, anzi piuttosto agevola, l'applicazione della norma in parola in caso di acquiescenza espressa. Si concorderà infatti nell'affermare che se per «grave pregiudizio» deve intendersi quello avente l'intrinseca natura nell'incidere dell'atto²⁴⁶ negativamente sulla consistenza patrimoniale dell'incapace, ovvero quello che cagiona «conseguenze anche non patrimoniali»²⁴⁷, tale pregiudizio può ben discendere da un'acquiescenza prestata espressamente, ma in realtà non voluta.

Oltre a questo è necessario osservare come di norma «gli atti processuali non sono negoziali: non ha rilevanza la volontà degli effetti, ma solo quella del comportamento; gli effetti sono poi ricollegati dalla legge automaticamente al compimento dell'atto.

²⁴⁴ LUGO, A., *Manuale, op. cit.*, p. 272.

²⁴⁵ PAPALIA, A (agg. TEDOLDI, A.), in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile, op. cit.*, sub art. 329, p. 440.

²⁴⁶ Cass., 17 aprile 1984, n. 2499.

²⁴⁷ NAPOLI, E. V., *L'infermità di mente l'interdizione l'inabilitazione*, in SCHLESINGER, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 1995, sub 428, p. 303.

Vi sono però delle ipotesi in cui ha rilevanza la volontà degli effetti: uno di questi è appunto l'acquiescenza»²⁴⁸. Come già sottolineato detta volontà, o meglio la sua valutazione e sussistenza, assume rilevanza anche (e soprattutto direi) relativamente alle ipotesi di acquiescenza tacita; «l'art. 329 parla di atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni: sono questi gli atti che manifestano inequivocabilmente la volontà di accettare la pronuncia. Pertanto il comportamento tacito, da cui si deve evincere la volontà di accettare la sentenza deve essere univoco cioè non compatibile con la volontà di impugnare»²⁴⁹.

Da ciò discende che l'indagine che si permette nell'ipotesi di manifestazione esterna di una volontà interiore circa i vizi di volontà²⁵⁰ ed in ordine alla sussistenza dell'intenzione di colui che compie atti incompatibili con la volontà di proporre l'impugnazione²⁵¹, assume e deve assumere una rilevanza determinante nell'ipotesi in cui a compiere detti atti incompatibili sia un incapace naturale. Non avrebbe senso permettere un'indagine circa la sussistenza della volontà di un soggetto nel compimento di un atto, e non accordarla, dandole però il giusto rilievo, quando sia diretta nei confronti di chi presumibilmente risulterà privo di detta volontà. Qualora quindi si arrivi a provare che gli atti incompatibili posti in essere dall'infermo non sono sostenuti da volontà alcuna gli stessi non devono e non possono essere considerati manifestazione della volontà di accettare la sentenza; senza considerare poi che probabilmente un'indagine non servirà affatto, in quanto un incapace naturale non sarà mai in grado di porre in essere una condotta che sia univoca e inequivocabile e stante ciò, non potrà mai desumersi acquiescenza²⁵² dai fatti equivoci dallo stesso posti in essere, poiché suscettibili di essere intesi in più modi, ovvero suscettibili di non essere intesi affatto.

Considerare come rilevante la volontà nel compimento degli atti processuali, rende possibile una riflessione anche in ordine alle conseguenze prospettabili nell'ipotesi in cui l'incapace naturale si attivi posteriormente, precisamente quando il giudizio di gravame sia già pendente, rinunciando all'impugnazione.

Si è detto che il punto di partenza della riflessione che si sta per svolgere va identificato nella rilevanza accordata alla volontà della parte in riferimento agli atti processuali che la stessa pone in essere.

²⁴⁸ LUISO, F., *Diritto*, op. cit., p. 312 e ss.

²⁴⁹ LUISO, F., *Diritto*, op. cit., p. 313.

²⁵⁰ D'ONOFRIO, P., *Acquiescenza*, op. cit., spec. p. 235.

²⁵¹ Cass., 12 febbraio 1981, n. 874.

²⁵² Cass., 6 luglio 1951, n. 1804.

La rinuncia all'impugnazione si connota per la peculiarità di quanto è oggetto della dichiarazione di volontà con la quale la stessa si manifesta. Detta volontà infatti, differentemente da quella che dà luogo all'acquiescenza processuale, ha ad oggetto l'«abbandono delle istanze processuali proposte o proponibili». Nella rinuncia all'impugnazione «si rinviene una volontà di abdicare il gravame del rinunciante, che sente come prevalente l'esigenza di ottenere un'immediata regolamentazione dei propri interessi»²⁵³.

La rinuncia all'impugnazione, derivando dalla stessa la perdita di un grado di giudizio²⁵⁴, spetta esclusivamente all'incapace naturale, e questo in quanto la legittimazione attiva a detto atto appartiene alle parti in giudizio; già si è avuto modo di sottolineare, quanto siano suscettibili di procurare gravi pregiudizi all'incapace le ipotesi in cui la legge richiede che sia la parte personalmente a compiere un determinato atto processuale.

Oltre a ciò, limitatamente alle ipotesi in cui dalla rinuncia all'impugnazione discende il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, la rinuncia stessa si configura come atto unilaterale, quindi non necessita di accettazione alcuna²⁵⁵, e da questo agevolmente si può desumere che qualora un incapace naturale rinunci all'impugnazione dallo stesso proposta, automaticamente questi subirà il passaggio in giudicato della sentenza che, a ben vedere, era proprio ciò che lo stesso voleva impedire con il promovimento del giudizio cui sta ora rinunciando.

La rinuncia all'impugnazione è stata acutamente definita come la «rinuncia ad un grado del giudizio civile, o – più sinteticamente – *rinuncia ad un grado di giudizio*»²⁵⁶; dal punto di vista effettuale, infatti, dalla rinuncia all'impugnazione, che ha la sua causa in un consapevole abbandono di tutte quelle situazioni di vantaggio che con il proseguimento del giudizio di impugnazione cui si rinuncia sarebbero conseguibili²⁵⁷, discende l'inefficacia delle specifiche istanze già proposte o proponibili, il tutto specificamente considerando solamente l'impugnazione nell'ambito della quale la rinuncia viene formulata²⁵⁸.

²⁵³ GIORGETTI, M., *Le rinunce alle impugnazioni civili*, Milano, 2000, p. 333.

²⁵⁴ GIORGETTI, M., *Le rinunce*, op. cit., p. 414.

²⁵⁵ MICHELI, G.A., *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, I, 1942, p. 3 e ss. spec. parti. 37-38.

²⁵⁶ GIORGETTI, M., *Le rinunce*, op. cit., p. 431.

²⁵⁷ GIORGETTI, M., *Le rinunce*, op. cit., p. 338.

²⁵⁸ GIORGETTI, M., *Le rinunce*, op. cit., p. 335.

Sempre con riguardo agli effetti che discendono dalla rinuncia all'impugnazione, la maggior parte della dottrina sostiene l'impossibilità di riproporre l'impugnazione cui si è rinunciato. Stante ciò, si ritiene comunque configurabile un'ipotesi in cui il prodursi di detto effetto di irripugnabilità entri in crisi; la rinuncia infatti, seppur formulata, è inesistente nel caso cui la manifestazione di volontà con la quale la stessa si estrinseca risulta essere gravemente viziata.²⁵⁹

Quanto affermato sembra essere compatibile con l'esigenza che qui si sta tentando di soddisfare. L'incapace naturale, infatti, per definizione vede sempre menomata la sua volontà (e di conseguenza la manifestazione della stessa nel momento in cui questa integra una rinuncia), e qualora sia questa condizione soggettiva ad essere causa della dichiarazione di rinuncia, quest'ultima non può considerarsi esistente. La totale assenza di volontà riscontrabile in capo all'incapace naturale - rinunciante, infatti, rappresenta un *quid pluris* rispetto ad un vizio molto grave inficiante la stessa.

All'incapace naturale - rinunciante, stante l'inesistenza della rinuncia da lui stesso formulata, non è preclusa (o almeno a rigore non dovrebbe esserlo) la critica avverso il provvedimento con il quale il giudice prende atto, definendo il giudizio, della intervenuta dichiarazione di rinuncia²⁶⁰. Nella nostra ipotesi infatti, qualora l'incapace naturale fornisca *ex post* la prova della sua condizione, la sua dichiarazione di rinuncia, lungi dall'essere regolare, risulta inesistente e, conseguentemente a ciò, il provvedimento del giudice che la definisce invece valida ed efficace, è di certo suscettibile di essere impugnato. Dal momento in cui si è dichiarata l'inesistenza della rinuncia, nulla dovrebbe ostare alla riassunzione del procedimento di impugnazione che l'incapace ha abbandonato invalidamente. Si sostiene infatti che solo garantendo all'incapace la possibilità di impugnare il predetto provvedimento di chiusura e, con eventuale rimessione in termini, la conseguente possibilità di riassumere il procedimento di impugnazione, si impedirebbe che un grado del giudizio, lungi dall'essere validamente rinunciato, venga invero sottratto all'incapace naturale.

In ultimo vuole farsi una precisazione: potrebbe obiettarsi che nell'ipotesi in cui la condizione di incapacità naturale del soggetto rinunciante non sia transeunte, ma si connota invece di un carattere di permanenza, la soluzione appena proposta non risulterebbe soddisfacente. In effetti è così: in un'ipotesi di tal fatta l'incapace subirà

²⁵⁹ GIORGETTI, M., *Le rinunce*, *op. cit.*, p. 430.

²⁶⁰ GIORGETTI, M., *Le rinunce*, *op. cit.*, p. 419.

l'effetto della sua rinuncia: da un lato, il difensore non può attivarsi poiché non ne ha il potere e, dall'altro, nuovamente si denuncia l'assenza di un rappresentante dell'incapace naturale, si denuncia l'impossibilità di potergli affiancare un curatore speciale che, in ipotesi come questa, ne possa curare gli interessi; cura che, nella specie, si concretizzerebbe nell'invocare e far valere in luogo dell'incapace naturale l'inesistenza della sua dichiarazione di rinuncia.

IV. LA PROVA DELL'INCAPACITÀ NATURALE

SOMMARIO: IV.1. Carattere della prova. - IV.2 Oggetto della prova. – IV.3. I mezzi istruttori. - IV.4. Rapporti tra processo civile e processo penale.

IV.1. Carattere della prova

Se si ritiene, come sin qui si è sostenuto, che l'incapacità naturale di una delle parti è un fenomeno processualmente rilevante e che da questa discendono conseguenze tutt'altro che trascurabili, dovrà altresì considerarsi imprescindibile una riflessione avente ad oggetto la prova dell'incapacità in discorso; l'atto processuale compiuto dall'incapace naturale, infatti, potrà venir meno solo dimostrando che, al momento del compimento dello stesso, chi agiva versava in tale condizione.

Com'è noto, non sempre può essere fornita la prova diretta di quanto si vuole dimostrare¹; soprattutto con riguardo alla prova dell'incapacità naturale, non sempre il giudice può avere diretta percezione della medesima².

In siffatte ipotesi, al fine di raggiungere la prova dell'incapacità, dovrà fornirsi la dimostrazione di fatti connessi alla stessa, onde desumerne logicamente l'esistenza.

Generalmente cioè è possibile fornire la c.d. prova indiretta³ del fatto allegato, la quale ha come oggetto, non più il fatto da provare, bensì fatti ad esso collegati dai quali è possibile risalire al fatto principale. Qualora la decisione del giudice si fondi esclusivamente su prove indirette, la stessa, al fine di escludere qualsivoglia censura relativa alla parte motiva della sentenza, deve essere sorretta da un «apparato argomentativo logicamente congruo che colleghi, da un lato, la premessa costituita dall'indizio o dagli indizi, alla conclusione nella quale si sostanzia l'accertamento del fatto o dei fatti costitutivi della fattispecie (c.d. fatti principali) e che dia conto, dall'altro, della valenza sintomatologica degli indizi stessi, in modo da permettere la

¹ PATTI, S., *Prova I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXV, 1990, p. 4

² CARNELUTTI, F., *La prova civile*, Milano, 1992, p. 54.

³ Sulla distinzione tra prove indirette e prove dirette cfr. CARNELUTTI, F., *La prova, op. cit.*, , p. 54 e ss. secondo il quale «la differenza tra i due tipi di prova sta nella *coincidenza* o nella *divergenza del fatto da provare* (oggetto della prova) e del *fatto percepito dal giudice* (oggetto della percezione); appunto la prova indiretta presenta il distacco dell'*oggetto della prova* dall'*oggetto della percezione*».

verifica della congruità logica dei motivi che hanno sostenuto le sue scelte nella valutazione delle contrapposte piste probatorie di cui disponeva»⁴.

Molto spesso, come detto, «del deficit psichico non può aversi conoscenza diretta»⁵ e, proprio in virtù di questa indeterminatezza, si afferma che la prova dell'incapacità naturale può essere fornita sulla base di «indizi e presunzioni che, anche da soli, se del caso, possono essere decisivi ai fini della sua configurabilità»⁶.

Le ipotesi in cui è possibile fornire la prova diretta dell'incapacità naturale sono rare: ciò accade infatti quando detta condizione assuma connotazioni tali da essere immediatamente percepibile per il giudice⁷.

Naturalmente la prova, anche se indiretta, «deve rappresentare non semplici opinioni ma fatti obbiettivi e specifici, dai quali emerga la grave alterazione mentale»⁸ e dai quali emerga che detta alterazione è attuale e reale⁹.

La prova in discorso infatti deve essere fornita in modo preciso e rigoroso¹⁰, facendo riferimento ad episodi specifici che diano dimostrazione dell'alterazione del soggetto, non essendo sufficiente il semplice richiamo all'esistenza di una anomalia o di una malattia psichica¹¹. Con riguardo al rigore e alla precisione con cui la prova dell'incapacità naturale deve essere fornita, vuole porsi all'attenzione un caso deciso dalla Suprema Corte¹² dal quale è possibile evincere la rilevanza attribuita proprio a detti connotati.

Una donna novantunenne, già da tempo soggetta ad un decadimento psichico e un malessere generale certificato, prima della sua morte, aveva venduto un appartamento richiedendo la corresponsione di un prezzo molto inferiore al valore di mercato del bene. La figlia adottiva, deceduta la madre, promuoveva un'azione di annullamento del contratto di compravendita per incapacità naturale della *de cuius* provando, mediante documentazione medica, lo stato mentale alterato in cui la stessa versava. Oltre alla

⁴ Cass., 11 marzo 1995, n. 2865.

⁵ CARACCILO, R., *L'incapacità naturale tra questioni di sostanza e problemi di prova*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, I, 2, p. 1063 e ss. spec. p. 1069.

⁶ Cass., 16 gennaio 2007, n. 856; Cass., 28 marzo 2002, n. 4539.

⁷ FARKAS, F., in ALPA, G., MARICONDA, V., *Codice civile commentato*, Roma, 2009, sub art. 428, p. 1232; Cass., 7 aprile 2000, n. 4344.

⁸ FORCHIELLI, P., *Dell'infermità di mente*, op. cit., p. 60.

POGGESCHI, R., *Interdizione e inabilitazione*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 809 e ss. spec. p. 822.

¹⁰ VENCHIARUTTI, A., *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995, p. 463; Cass., 13 dicembre 2011, n. 26729; Cass., 21 giugno 1985, n. 3724; Corte di Appello di Napoli 17 aprile 2004; Corte di Appello di Palermo, 13 aprile 1955; Cass., 26 maggio 2000, n. 6999; Tribunale di Milano 25 novembre 2010; Tribuna di Verona 17 marzo 2006; Tribunale di Terni 10 aprile 1996.

¹¹ Cass., 23 gennaio 1967, n. 203; Cass., 16 gennaio 2007, n. 856.

¹² Cass., 16 gennaio 2007, n. 856.

documentazione medica l'attrice offriva di dimostrare la suindicata condizione anche per mezzo di prova testimoniale. La domanda di annullamento accolta in primo grado veniva poi respinta in appello.

La Suprema Corte, oltre a ridefinire con confini più ampi il concetto di incapacità naturale, censura la pronuncia di appello rilevando l'*error in procedendo* in cui la corte territoriale era incorsa sia ritenendo il quadro probatorio non sufficiente a provare il dedotto stato di demenza senile, sia esimendosi dall'esaminare gli ulteriori mezzi istruttori forniti e preordinati alla prova dello stato in cui si trovava la donna al momento della stipulazione del contratto di compravendita.

Si è ritenuto che la domanda di annullamento del contratto, ingiustamente respinta in grado di appello, si reggesse in realtà su «fonti probatorie cospicue»¹³.

In primo luogo, era stata prodotta dalla figlia copiosa documentazione medica dalla quale risultava che la donna era affetta non solo da malattie dell'organismo, ma che la stessa soffriva di patologie mentali molto gravi.

In secondo luogo, la figlia aveva chiesto l'ammissione della testimonianza su una serie di elementi ed episodi specifici dai quali ben si poteva desumere il perturbamento psichico in cui la madre versava: quest'ultima infatti non riusciva più a fare dei calcoli aritmetici elementari; nonostante fosse sterile riteneva di aver concepito e partorito la propria figlia adottiva, dopo aver precedentemente interrotto tre gravidanze; aveva abusato durante la degenza di medicine che si era procurata; scambiava il giorno con la notte; diceva di trovarsi a Mondovì, nonostante fosse a Milano; all'epoca della corresponsione del prezzo di compravendita aveva preteso che l'ingente somma le venisse consegnata in contanti; aveva paura dei medici avendo maturato la convinzione che fossero suoi aggressori.

Un quadro probatorio di tal fatta, anche a parere della Suprema Corte, era oggettivamente idoneo a dimostrare l'alterazione delle funzioni cognitive della donna, le turbe della sua memoria, il disorientamento nel tempo, nello spazio e con riguardo alle persone.

Con l'espressione "precisione e rigore della prova", infatti, si intende esattamente questo: gli elementi forniti devono essere oggettivamente idonei a dimostrare lo stato di incapacità naturale. Qualora detta idoneità non risulti oggettivamente, la prova non si considera raggiunta: in proposito si è sostenuto ad esempio che la dedizione abituale

¹³ CARACCILO, R., *L'incapacità*, op. cit., p. 1063 e ss.

all'uso e all'abuso di bevande alcoliche non sia sufficiente a provare oggettivamente e con rigore lo stato di incapacità naturale di un soggetto, «essendo a tutti noto che l'ubriachezza anche se abituale, è sempre un episodio della vita dell'individuo il quale, scomparso il perturbamento delle facoltà psichiche, torna alla normale personalità»¹⁴.

Per quanto concerne il tempo in cui deve sussistere la condizione di inadeguatezza psichica del soggetto il cui atto vuole invalidarsi, lo stesso, come qualsiasi altro fatto ignorato e stante l'assenza di un divieto proveniente *ex lege*, è fatto cui si può risalire mediante presunzioni semplici¹⁵.

A tal proposito si riconosce rilevanza assoluta all'accertamento di decadimenti psichici nel periodo immediatamente anteriore ed immediatamente posteriore al compimento dell'atto. La prova infatti non deve necessariamente essere fornita con riguardo al momento in cui l'incapace naturale poneva in essere l'atto¹⁶, ma si è ritenuto opportuno un temperamento, ammettendo la possibilità di «trarre utili elementi di giudizio anche dalle condizioni del soggetto anteriori e posteriori all'atto»¹⁷.

In altri termini «una volta provata e accertata la incapacità del soggetto in due specifici periodi, prossimi nel tempo, per il periodo intermedio [...] la sussistenza dell'incapacità viene assistita da una presunzione *iuris tantum*, sicché graverà sul soggetto interessato al mantenimento dell'atto»¹⁸ dimostrare che l'altra parte materialmente lo compiva in un momento di lucido intervallo¹⁹.

Sempre con riguardo al carattere della prova dell'incapacità naturale, si ritiene che, ai fini della prova stessa, sia irrilevante la causa generatrice di detto stato.

La causa dell'incapacità naturale è causa «atipica»²⁰: è possibile infatti che lo stato di incapacità di intendere e volere in cui il soggetto versi sia occasionale, passeggero²¹, ovvero al contrario, è possibile che lo stesso si connoti di un carattere di permanenza.

¹⁴ Corte di Appello di Brescia, 1 marzo 1956; nonché Corte di Appello di Torino 22 ottobre 1945 ove la corte precisa proprio che chi assume di essersi trovato al momento del compimento dell'atto in stato di incapacità naturale causata dall'assunzione di bevande alcoliche deve provarlo con **precisione e rigore**, proprio a conferma del fatto che l'abituale dedizione all'alcool di per sé non è sufficiente ai fini della provare dello stato di incapacità naturale.

¹⁵ CARACCILO, R., *L'incapacità naturale*, op. cit., spec. p. 1069.

¹⁶ TALLONE, R., *Annullabilità del contratto per incapacità naturale: fondamento giuridico, requisiti e regime probatorio*, in *Ventiquattro Avvocato-contratti*, fasc. 4, p. 74 e ss. spec. p. 77.

¹⁷ FORCHIELLI, P., *Dell'infermità*, op. cit., p. 60. Cass., 4 novembre 1983, n. 6506; Cass., 2 marzo 1971, n. 522; Cass., 24 aprile 1954, n. 1252.

¹⁸ TALLONE, R., *Annullabilità*, op. cit., . spec. p. 77; Cass., 9 agosto 2011, n. 17130; Cass., 6 agosto 1990, n. 7914.

¹⁹ Altra ipotesi di inversione dell'onere della prova si verifica nei casi connotati da malattie permanenti e certificate, nel senso che anche in detti ipotesi spetterà al soggetto interessato al mantenimento dell'atto dimostrare l'esistenza di un lucido intervallo cfr. Cass., 26 novembre 1997, n. 11833.

²⁰ CARACCILO, R., *L'incapacità*, op. cit., spec. 1068.

Lo stato di alterazione in discorso potrebbe essere originato ad esempio dall'anzianità del soggetto, da una vera e propria infermità mentale, dalla presenza di handicap fisici, dall'ubriachezza, dall'assunzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, dall'abuso di farmaci²². Ciò che rileva però è «l'effettiva inettitudine a comprendere il senso dell'atto e/o a compierlo con autodeterminazione»²³. In altri termini, per provare l'incapacità naturale di un soggetto, non occorre provare cosa l'abbia provocata, ciò che è necessario provare è invece che lo stato in cui lo stesso si trova era tale da incidere sul suo intelletto o sulla sua volontà²⁴.

Affermare questo non equivale ad affermare che la causa generatrice della condizione di incapacità naturale sia sempre slegata dal processo, anzi deve ammettersi che «l'eziologia e le manifestazioni esteriori della condizione di incapacità giocano un ruolo decisivo in campo probatorio»²⁵; ciò che vuole sottolinearsi però è che, nella dimostrazione di detto stato a fare la differenza non è ciò che lo origina, ma l'effetto che lo stesso provoca sulla persona: ciò che rileva, lo si ripete, non è se a realizzare la menomazione delle facoltà intellettive e volitive dell'incapace abbia concorso il morbo di Alzheimer, piuttosto che uno stato di ubriachezza, ciò che rileva è la menomazione in sé, la circostanza che essa esista e provochi nell'incapace una condizione di profonda alterazione.

IV.2. Oggetto della prova

Ai fini della dimostrazione dell'incapacità naturale di una delle parti in lite, dimostrazione preordinata all'eliminazione dell'atto processuale da questa compiuto, o delle conseguenze giuridiche di un comportamento omissivo, si deve provare che, al momento del compimento (o dell'omissione), le facoltà intellettive e volitive del soggetto-autore erano compromesse a tal punto da costituire ostacolo ad «una seria

²¹ Si pensi all'ipotesi in cui un soggetto non dedito all'alcool abbia ecceduto nell'assumere tali bevande. Cfr. STANZIONE, P., *Manuale di diritto privato*, II ed., Torino, 2009, p. 91.

²² GALLO, P., *Diritto privato*, IV ed., Torino, 2006, p. 108.

²³ CARACCILO, R., *L'incapacità op. cit.*, spec. 1070.

²⁴ CARACCILO, R., *L'incapacità, op. cit.*, spec. 1068.

²⁵ CARACCILO, R., *L'incapacità, op. cit.*, spec. 1066.

valutazione e comprensione del contenuto e delle conseguenze»²⁶ dell'atto (o del mancato compimento dell'atto) stesso.

La condizione dell'incapace naturale il cui atto vuole porsi nel nulla, deve risultare tale da aver causato nello stesso l'assenza della capacità di determinarsi autonomamente ed in modo cosciente²⁷, *id est* l'assenza di una volontà consapevole²⁸. Ai fini della prova dello stato di incapacità naturale di un soggetto deve dimostrarsi, in altri termini, la carenza della sua «capacità di autodeterminarsi»²⁹.

Il rigore e la precisione di cui la prova dell'incapacità naturale deve connotarsi, impongono la dimostrazione di una serie di elementi: l'interessato infatti deve provare la sussistenza della sua malattia o comunque del suo stato alterato potenzialmente deviante, e deve provare altresì l'incidenza che detto stato ha avuto sul suo equilibrio psichico e sul suo convincersi intorno al compimento (o al mancato compimento) dell'atto i cui effetti adesso vuole invece caducare.

Colui che è interessato al mantenimento dei predetti effetti dovrà, al contrario, dimostrare che il soggetto, al momento dell'azione o dell'omissione, si trovava in un momento di lucido intervallo³⁰, in un momento cioè in cui le sue facoltà intellettive e volitive erano tutta'altro che turbate; lo stesso dovrà dimostrare che il presunto incapace era in realtà in grado di comprendere la natura e le conseguenze di quanto poneva in essere³¹.

Ai fini della prova dell'incapacità naturale occorre dimostrare non tanto l'esistenza di una qualche malattia, non potendosi automaticamente desumere da tale dimostrazione la sussistenza dell'incapacità naturale³², quanto piuttosto «'se' e 'quanto'»³³ tale stato abbia avuto un ruolo nel compimento (o nel mancato compimento) di un determinato

²⁶ TALLONE, R., *Annullabilità, op. cit.*, spec. p. 76; VENCHIARUTTI, A., *La protezione, op. cit.*, p. 467; Cass., 8 agosto 1997, n. 7344; Tribunale di Verona 17 marzo 2006; Cass., 28 marzo 2002, n. 4539; Cass., 16 dicembre 1983, n. 7421; Cass., 18 febbraio 1989, n. 969; Cass., 7 aprile 2000, n. 4344; Tribunale di Cagliari 9 marzo 1992.

²⁷ TALLONE, R., *Annullabilità, op. cit.*, spec. p. 76.

²⁸ Cass., 28 marzo 2002, n. 4539; Cass., 18 febbraio 1989, n. 969; Tribunale di Modena 22 gennaio 2011; Tribunale di Roma 31 marzo 2009.

²⁹ Cass., 11 marzo 1995, n. 2865.

³⁰ TALLONE, R., *Annullabilità, op. cit.*, spec. p. 83-84; Cass., 9 agosto 2011, n. 17130; Cass., 11 giugno 2009, n. 13630; Cass., 18 aprile 2005, n. 8079; Cass., 24 ottobre 1998, n. 10571;

³¹ Cass., 26 novembre 1997, n. 11833.

³² Cass., 10 febbraio 1995, n. 1484.

³³ BONOMO, D. M. E., *Infermità di mente e responsabilità civile*, Milano, 2012, p. 52.

atto processuale, «‘se’ e ‘quanto’» cioè tale stato abbia inciso sulle scelte del soggetto della cui capacità naturale si dubita³⁴.

Oggetto della prova risulta essere «la sussistenza [...] di una devianza dello stato psichico del soggetto agente»; detta devianza deve essere causa di una menomazione delle facoltà intellettive e volitive di chi agisce, menomazione che, lungi dal doversi necessariamente identificare con la totale privazione delle facoltà suddette, deve comunque risultare di natura e gravità tali da ostacolare la formazione di una volontà cosciente³⁵.

Si precisa che, dovendosi dare prova che la persona non aveva alcuna coscienza dell'atto che stava compiendo³⁶ (o omettendo di compiere), non rileveranno semplici «stranezze» comportamentali o caratteriali, le quali non sono sufficienti da sole a dimostrare l'incapacità naturale di un soggetto. Allo stesso modo, la prova non potrà dirsi raggiunta se ci si limiti a offrire la dimostrazione di una mera «confusione mentale»³⁷, ovvero della sussistenza di elementi esterni suggestionanti³⁸, ovvero ancora di uno «stato emotivo conseguente alla consapevolezza di essere affetto da grave malattia»³⁹.

Qualora infatti ipotesi e situazioni quali quelle appena descritte non provochino una seria compromissione della capacità di intendere e volere dell'autore dell'atto, le stesse, ancorché dimostrate, non saranno sufficienti al raggiungimento della prova in discorso.

In altri termini, nel provare la condizione di incapacità naturale di una delle parti in causa, è sì possibile far riferimento ad episodi e fattori accertati e ritenuti sintomatici della suindicata condizione, ma, affinché l'atto compiuto in tale stato possa essere posto nel nulla, è necessario che sia data la prova di «un'alterazione di tale gravità»⁴⁰ da compromettere la capacità di intendere e volere, è necessario che sia data la prova dell'incisione che dette situazioni hanno avuto «sulla sfera psico-intellettuale del soggetto»⁴¹, con riguardo alla valutazione dell'atto processuale, al compimento dello

³⁴ CARRIERI F., CATANESI, R., *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, I, p. 15 e ss.

³⁵ Cass., 12 ottobre 1985, n. 4955; Cass., 18 febbraio 1989, n. 969; Cass., 28 marzo 2002, n. 4539; Cass., 16 gennaio 2007, n. 856.

³⁶ Cass., 25 luglio 1967, n. 1931.

³⁷ Cass., 8 marzo 2005, n. 4967.

³⁸ Cass., 26 maggio 2000, n. 6999.

³⁹ Cass., 25 febbraio 1989, n. 1036.

⁴⁰ Cass., 24 aprile 1954, n. 1252.

⁴¹ Cass., 25 febbraio 1989, n. 1036.

stesso e con riguardo alla consapevolezza degli effetti che dallo stesso *ex lege* discendono⁴².

IV.3. I mezzi istruttori

La prova dell'incapacità naturale può essere fornita con qualsiasi mezzo⁴³. Con riguardo alla scelta dei mezzi istruttori, infatti, non si rinviene nella legge alcuna limitazione⁴⁴.

La libertà di scelta in ordine ai mezzi di prova ha suscitato alcune perplessità⁴⁵: ci si preoccupa che la mancanza di limitazioni comporti decisioni tutt'altro che precise dal punto di vista probatorio. Ciò che più di tutto desta perplessità è il fatto che l'incapacità naturale non debba necessariamente essere provata per mezzo di una consulenza tecnica⁴⁶. Quest'ultima, pur non essendo mezzo di prova, ed essendo di regola disposta al fine di offrire al giudice un ausilio per la valutazione di fatti già acquisiti, può tuttavia svolgere un ruolo determinante qualora si risolva in uno strumento volto non solo alla risoluzione di questioni tecniche non altrimenti risolvibili, ma anche all'accertamento di situazioni di fatto rilevabili esclusivamente con il ricorso a competenze tecniche specializzate e non suscettibili di essere provate altrimenti⁴⁷.

Stante l'importanza che la consulenza tecnica assume con riguardo all'accertamento della capacità di intendere e di volere, sono necessarie ulteriori precisazioni in riferimento alla stessa ed al suo impiego.

In primo luogo, se è vero che il potere del giudice di ammettere la consulenza tecnica è potere di natura discrezionale, è altrettanto vero che vi sono ipotesi in cui la stessa dovrebbe senza dubbio essere ammessa. L'accertamento della capacità di intendere e volere di un soggetto, infatti, nella quasi totalità dei casi, si risolve in una complicatissima indagine di natura medico-legale. Detta indagine si svilupperà seguendo criteri di carattere clinico, attraverso il riferimento a dati e fattori altrettanto

⁴² Cass., 26 maggio 2000, n. 6999.

⁴³ *Ex multis* Cass., 29 gennaio 1971, n. 522; Cass., 4 novembre 1983, n. 6506; Cass., 22 giugno 1985, n. 3724; Cass., 23 febbraio 1995, n. 2085; Cass., 28 marzo 2002, n. 4539; Cass., 13 dicembre 2011, n. 26729.

⁴⁴ FORCHIELLI, P., *Dell'infermità*, op. cit., p. 60.

⁴⁵ NAPOLI E. V., *L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*, Milano, 1991, p. 238 e ss.

⁴⁶ Cass., 29 gennaio 1971, n. 522.

⁴⁷ Cass., 17 giugno 1983, n. 4178; Cass., 31 marzo 1990, n. 2629.

specifici⁴⁸. Vien da sé che una indagine di tal fatta può essere svolta compiutamente solo da un consulente tecnico specializzato.

Nell'ipotesi in cui la decisione della controversia dipenda unicamente dalla soluzione di questioni tecniche, ed è proprio la nostra ipotesi, il giudice potrà non ammettere la consulenza solo nell'ipotesi in cui l'incapacità naturale risulti altrimenti provata ovvero non provata. Al contrario, il giudice non potrà da un lato respingere l'istanza di ammissione della consulenza tecnica e, dall'altro, non ritenere provati i fatti che la consulenza tecnica avrebbe dovuto accertare. Se così facesse infatti incorrerebbe nel vizio di insufficienza e contraddittorietà della motivazione⁴⁹.

In siffatta ipotesi, qualora la parte denunci la mancata ammissione della consulenza tecnica richiesta, dovrà «specificare sotto il profilo del nesso causale come l'espletamento del detto mezzo avrebbe potuto influire sulla decisione impugnata»⁵⁰.

Il giudice dovrà ammettere la consulenza ogni volta che nutra seri dubbi e perplessità non risolvibili con «i normali mezzi di osservazione e considerazione della realtà»⁵¹, dovrà ammettere la consulenza tecnica ogniqualvolta necessiti di un ausilio, in quanto le questioni poste alla sua attenzione esulano dalle sue cognizioni ed esperienze. Da ciò si desume che, con specifico riguardo all'accertamento dell'incapacità naturale di un soggetto, nella maggior parte delle ipotesi, risulterà imprescindibile un accertamento tecnico di natura medico-legale; si ritiene questo al fine di evitare il rischio cui si faceva cenno all'inizio: l'imprecisione dal punto di vista probatorio delle decisioni.

Al contrario, se è vero che il giudice non può ritenere non sufficientemente provati i fatti che la consulenza non ammessa poteva accertare, dall'altro è altrettanto vero che lo stesso non ammetterà la consulenza (legittimamente in questo caso) qualora risulti assente qualsiasi elemento che faccia sorgere un serio sospetto circa la sussistenza dell'incapacità naturale⁵². Con riguardo alla valutazione delle risultanze della consulenza tecnica, si precisa che il giudice, *peritus peritorum*, mantiene il suo ruolo determinante e imprescindibile⁵³. Ciò che viene imposto al giudice è la motivazione di

⁴⁸ BONOMO, D. M. E., *Infermità, op. cit.*, p. 56.

⁴⁹ Cass., 17 giugno 1983, n. 4178.

⁵⁰ Cass., 31 marzo 1990, n. 2629.

⁵¹ Cass., 13 marzo 1980, n. 1851.

⁵² Cass., 9 ottobre 1964, n. 2557; Cass., 8 maggio 1957, n. 1586 nella quale legittimamente veniva confermata la sentenza della corte territoriale che non aveva ammesso la consulenza tecnica per «ritenuto difetto di ogni serio elemento documentale, congetturale e testimoniale che potesse formare una ragionevole indagine tecnica, per essere, cioè i dati offerti troppo labili ed evanescenti per concretare un serio sospetto dell'incapacità naturale» nella specie erano infatti stati esibiti dei certificati medici dai quali risultavano esclusivamente disturbi attinenti alla sfera fisica e non anche a quella psichica.

⁵³ BONOMO, D. M. E., *Infermità, op. cit.*, p. 56.

quanto dallo stesso viene deciso, null'altro. Il giudice dovrà infatti sostenere con congrue argomentazioni sia il suo condividere le affermazioni del consulente che il suo disattenderle.

Il giudice, ad esempio, nel condividere quanto sostenuto dal consulente tecnico, non potrà limitarsi al rinvio di quanto affermato dallo stesso nella consulenza, quanto piuttosto dovrà esaminare «riscontri documentali, gli accertamenti clinici svolti e i passaggi motivazionali, spiegando le ragioni della sua condivisione del giudizio del consulente»⁵⁴.

Si è detto che alla dimostrazione dell'incapacità naturale può giungersi attraverso l'utilizzazione di ogni mezzo istruttorio. Nulla quindi vieta alle parti di fornire la prova in discorso con una ispezione giudiziale, con la produzione di documenti quali ad esempio cartelle cliniche redatte in ospedali psichiatrici, e con tutti gli ulteriori mezzi che il codice di rito prevede e disciplina, con esclusione, stante l'indisponibilità degli interessi in gioco, del giuramento e dell'interrogatorio formale⁵⁵. Tra tutti i mezzi istruttori la prova testimoniale appare di fondamentale importanza.

Mediante l'audizione di soggetti che quotidianamente hanno a che fare con il presunto incapace, infatti, il giudice può venire a conoscenza delle condizioni, delle abitudini, dello stile di vita dello stesso, vedendo in tal modo favorito quel ragionamento presuntivo che è alla base della prova indiretta. Molto spesso accade che il giudice stesso non ammetta la testimonianza ovvero che neghi l'escussione di alcuni testimoni.

Ciò avviene legittimamente quando l'incapacità naturale risulti già provata posteriormente all'assunzione di altri mezzi di prova, ovvero nel caso cui la testimonianza stessa risulti inutile sia dal punto di vista qualitativo⁵⁶ che dal punto di vista della rilevanza⁵⁷.

Al contrario, vi sono ipotesi in cui la testimonianza dei soggetti cui sopra si è fatto cenno risulta decisiva e determinante per la risoluzione della controversia⁵⁸. Il giudizio

⁵⁴ Cass., 14 aprile 2010, n. 8886.

⁵⁵ RAMPAZZI GONNET, G., *Procedimento di interdizione*, op. cit. spec. p. 601.

⁵⁶ Cass., 8 marzo 2005, n. 4967: nella specie era stata ritenuta inutile la testimonianza di un soggetto, chiesta per provare uno stato di alterazione e confusione mentale, considerato che lo stesso non era stato presente nel luogo e nel momento in cui l'atto che voleva caducarsi veniva posto in essere.

⁵⁷ Nell'ipotesi in cui l'incapacità naturale risulti già provata mediante l'assunzione di altri mezzi istruttori.

⁵⁸ A titolo esemplificativo si faccia riferimento a Cass., 16 gennaio 2007, n. 856, che ritiene non adeguatamente motivata la sentenza impugnata in quanto non indicante le ragioni in virtù delle quali non aveva ammesso la prova per testimoni, nonostante che il vaglio di questa fosse decisivo ai fini del giudizio. Nel caso di specie, per mezzo della testimonianza voleva provarsi che il soggetto della cui capacità naturale si dubitava da tempo si trovava in uno stato tale che, pur non potendo considerarsi come

di rilevanza della prova testimoniale è riservato al giudice⁵⁹, ma al contempo lo stesso, qualora il vaglio della testimonianza risulti decisivo ai fini della risoluzione della controversia, non può, senza incorrere in errore, esimersi dall'ammetterla.

Sempre con riguardo ai mezzi istruttori utilizzabili ai fini della prova dell'incapacità naturale, quest'ultima può essere raggiunta anche mediante l'utilizzazione e la valutazione di elementi formati in un giudizio diverso⁶⁰.

Precisando che si affronterà in seguito il problema relativo al trasferimento in sede civile delle prove formatesi in un processo penale⁶¹, ci si vuole ora soffermare sull'utilizzazione in un processo civile, nel corso del quale vuole offrirsi la prova dell'incapacità naturale di una delle parti, delle risultanze probatorie provenienti dal procedimento di interdizione⁶² (non concluso) relativo proprio allo stesso soggetto della cui capacità naturale si dubita.

L'ipotesi in discorso è la seguente: nel caso in cui si sia iniziato un procedimento di interdizione, l'interdicendo, fintantoché non gli venga nominato un tutore provvisorio, come già si è detto⁶³, conserva integra la sua capacità processuale e, conseguentemente a ciò, può legittimamente essere parte in un altro processo.

È quantomeno probabile che questo soggetto, qualora realmente la sua capacità di intendere e volere sia viziata, terrà una condotta processuale non "normale" delle cui conseguenze si è già in questa sede ampiamente discusso⁶⁴. È ragionevole ritenere che quanto raccolto nel procedimento di interdizione possa legittimamente essere utilizzato anche ad altri fini e, segnatamente, al fine di dimostrare l'incapacità naturale del soggetto nel momento in cui lo stesso poneva in essere (o ometteva di compiere) un atto processuale in un procedimento diverso da quello di interdizione.

totale infermità mentale, tuttavia costituiva grave turbamento della psiche. Precisamente l'appellata aveva chiesto di dimostrare che la madre non era in grado di farei conti, tanto che non riconosceva il valore delle cose e del denaro; scambiava il giorno con la notte; se era a Milano riteneva di trovarsi a Mondovì e viceversa; altresì voleva darsi dimostrazione di quanto avvento al momento del ricovero in clinica: la donna dichiarò di essere stata aggredita da medici e da un prete della clinica in cui prima era stata degente, affermava di sentirsi perseguitata e diceva che dal soffitto pendevano fili che le sfioravano il viso.

La testimonianza avente ad oggetto dette circostanze, senza bisogno di ulteriori commenti, di certo risultava rilevante ai fini dell'accertamento dell'incapacità naturale.

⁵⁹ Cass., 8 marzo 2000, n. 4967.

⁶⁰ Anche l'apprezzamento di queste prove, se congruamente motivato, sfugge al sindacato di legittimità: Cass., 23 febbraio 1995, n. 2085.

⁶¹ Cfr. paragrafo seguente: IV.4.

⁶² Tutte le riflessioni e annotazioni che nel testo si riferiscono al procedimento di interdizione sono ovviamente riferibili anche al procedimento di inabilitazione. Così come quanto affermato in riferimento all'interdicendo può considerarsi riferibile anche all'inabilitando.

⁶³ Cfr. Cap. I, paragrafo I.1.1.

⁶⁴ Cfr. Cap. II e cap. III.

Da ciò discende la possibilità di formare delle prove in un procedimento civile (quello di interdizione) e trasferirne le risultanze in un altro procedimento civile (quello in cui vuole provarsi l'incapacità naturale di una delle parti al fine di caducare gli atti processuali dalla stessa posti in essere), nel quale il giudice sarà padrone, valutandole, di fondare o non su di esse il proprio convincimento⁶⁵.

L'utilizzabilità e la valutabilità in un diverso processo delle risultanze istruttorie formatesi nel corso del procedimento di interdizione amplia e di molto lo spettro dei mezzi istruttori impiegabili al fine di offrire la prova dell'incapacità naturale: si pensi all'importanza del verbale redatto in sede di esame dell'interdicendo; alla rilevanza dei verbali relativi al «parere» dei soggetti *ex art. 714 c.p.c.*; così come appare evidente l'utilità dell'acquisizione delle informazioni che il giudice istruttore del procedimento di interdizione ha ritenuto utile assumere⁶⁶.

Si ritiene che, tra tutte le risultanze probatorie provenienti dal procedimento di interdizione, il processo verbale redatto in sede di esame dell'interdicendo sia ciò che più rilevi⁶⁷: in questo infatti viene dato atto di tutte le risposte provenienti dallo stesso soggetto della cui capacità si dubita.

Ai fini dell'accertamento dell'incapacità naturale, sarà quindi possibile prendere atto di circostanze affermate, di situazioni descritte dal presunto incapace, sarà possibile che lo stesso, *ex ore suo*, prenda posizione in ordine a situazioni di fatto presenti o passate utili ai fini del decidere⁶⁸.

Si rifletta ad esempio sull'utilità di dichiarazioni provenienti dal presunto incapace naturale e concernenti le condizioni in cui egli stesso si trovava in un momento molto vicino, dal punto di vista cronologico, a quello del compimento dell'atto processuale che vuole farsi venir meno.

Un'ulteriore precisazione: mediante l'acquisizione di detto verbale sarà possibile per il giudice colmare (almeno in parte) la mancanza di qualsivoglia contatto diretto con l'incapace naturale; abbiamo visto, infatti, che quest'ultimo potrebbe, a causa del suo

⁶⁵ *Ex multis* Cass., 9 agosto 2007, n. 17583 secondo la quale «Il giudice osservava che attraverso l'istruttoria compiuta e segnatamente la consulenza tecnica di ufficio espletata nel processo relativo all'azione promossa per la declaratoria di interdizione di XX era emerso in modo inconfutabile che questi era affetto da infermità mentale di entità tale, che essa era divenuta irreversibile e non gli consentiva minimamente di valutare gli atti che poneva in essere».

⁶⁶ Le informazioni in discorso possono provenire da enti pubblici, privati, da ospedali, da case di cura, da medici, operatori sanitari e quanti possono riferire circostanze utili relative alle condizioni del soggetto. Cfr. RAMPAZZI GONNET, G., *Procedimento*, *op. cit.*, spec. p. 606.

⁶⁷ Cfr. artt. 419 c.c. e 714 c.p.c.

⁶⁸ POGGESCHI, R., *Interdizione*, *op. cit.*, p. 823.

stato, non costituirsi ovvero non comparire alle udienze nelle quali la sua comparizione personale è imposta oppure ritenuta utile⁶⁹.

Si ritiene che l'acquisizione del verbale in discorso, non rimedi del tutto alla mancanza di un contatto diretto tra il giudice ed il presunto incapace naturale; anche in questa ipotesi, infatti, il giudice non ha davanti a sé l'incapace con il quale dialogare, bensì può valutare solo risultanze documentali che hanno il pregio di attestare dichiarazioni personali dell'incapace che il giudice non avrebbe la possibilità di assumere in altro modo.

Anche se l'assunzione del verbale in discorso non supplisce alla mancanza del contatto diretto tra giudice e incapace naturale, la stessa potrà comunque fornire elementi, legittimamente acquisiti⁷⁰ e probabilmente sorretti dalla competenza specifica di un consulente⁷¹, che si riveleranno di certo utilissimi per il giudice chiamato a decidere in ordine alla sussistenza dell'incapacità naturale di una delle parti in causa.

IV.4. Rapporti tra processo civile e processo penale

La problematica del rapporto tra processo civile e processo penale e, segnatamente, quella del rapporto tra prova civile e prova penale, è una delle più complesse e discusse nella dottrina processualistica. Si discute in ordine al possibile impiego di risultanze istruttorie in un processo diverso rispetto a quello nel quale le stesse si sono formate: valutazione in sede civile delle prove raccolte in sede penale e, al contrario, valutazione in sede penale di prove raccolte in sede civile⁷².

Ciò che in questa sede interessa è l'esame delle interferenze generate solo dalla prima delle due valutazioni cui si è appena fatto cenno⁷³; è necessario interrogarsi sulla

⁶⁹ Cfr. Cap. II, dal paragrafo II.3 al paragrafo II.3.5.

⁷⁰ Visto l'intervento necessario, in sede di esame, del pubblico ministero. Cfr. art. 714 c.p.c.

⁷¹ Stante la possibilità concessa al giudice di farsi assistere da un consulente tecnico durante l'esame dell'interdicendo. Cfr. art. 419 c.c.

⁷² TOMASELLI, V., *Circonvenzione di incapace e sorte del contratto*, in *Questioni di diritto di famiglia*, 2010, fasc. 4, p. 74 e ss spec. p. 81.

⁷³ Per quanto concerne la valutazione in sede penale delle prove civili, il codice di rito penale dedica una norma *ad hoc* l'art. 238, 2° comma, c.p.p. a mente del quale «è ammessa l'acquisizione di verbali di prova assunte in un giudizio civile definito con sentenza che abbia acquistato autorità di cosa giudicata». Con l'inserimento della norma in parola, molto probabilmente i compilatori del codice hanno voluto l'introduzione di una garanzia, data dal fatto che il passaggio in giudicato della sentenza rappresenta una sorta di conferma dell'attendibilità del processo considerato nella sua interezza e quindi anche delle modalità con cui il materiale probatorio ha avuto ingresso e si è esplicato in esso. In realtà ad una più acuta riflessione (Cfr. RICCI, G. F., *Prove penali e processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e*

possibilità di valutare in sede civile prove raccolte in sede penale, qualora queste abbiano ad oggetto l'incapacità di intendere e volere di un soggetto parte nel processo civile e della cui capacità naturale si dubiti. In altri termini, qualora si voglia provare in sede civile l'incapacità naturale di una delle parti in causa nel momento in cui questa poneva in essere (o ometteva di compiere) atti processuali, al giudice civile è permessa l'utilizzazione delle risultanze istruttorie raccolte in sede penale aventi ad oggetto fatti e circostanze rilevanti per il raggiungimento in sede civile della prova in discorso?

Per fornire una risposta adeguatamente motivata al quesito appena posto, è necessario individuare i fattori che a prima vista osterebbero alla utilizzabilità e alla valutabilità in sede civile delle prove formatesi in sede penale.

In primo luogo deve verificarsi se, «al di là delle numerosi petizioni di principio in favore dell'oralità», l'utilizzazione e la valutazione delle prove formatesi altrove è coerente con «l'aspirazione ad un giudizio di verità»⁷⁴ perseguita dal legislatore; in secondo luogo, con specifico riferimento alla struttura del processo penale, è necessario chiedersi se l'articolarsi delle sue varie fasi condizioni in qualche modo la circolazione della prova da questo al processo civile; ed in ultimo deve verificarsi se detta valutazione non si ponga in contrasto né con il diritto di difesa e con il principio del contraddittorio.

In ordine alla prima questione, da un punto di vista molto generale, a rigore, non sembra che il passaggio del materiale probatorio attraverso processi di natura diversa⁷⁵ possa essere accolto senza riserve. La circolazione incondizionata della prova, infatti, si porrebbe in contrasto con importanti principi quali quelli dell'oralità e della immediatezza. Nel momento in cui il giudice civile prende contezza della prova raccolta dal giudice penale, il primo non entra in contatto con la prova in sé, bensì con la sola

procedura civile, 1990, 845 e ss.) non è sfuggito che l'art. 238 c.p.p. realizzerebbe l'auspicata garanzia in pochissime ipotesi, per non dire mai. In primo luogo è possibile che il giudicato discenda dal decorso dei termini di impugnazione per acquiescenza, il che non offre alcuna garanzia relativa alla regolarità del modo in cui la prova è stata raccolta. In secondo luogo è possibile che si arrivi alla valutazione in sede penale di prove che in sede civile, sono state dichiarate inefficaci o nulle in sede di censura. In una ipotesi di tal fatta è possibile che il giudice penale non debba conformarsi alla declaratoria di nullità proveniente dal giudice civile, in quanto la stessa potrebbe derivare dalla violazione di norme presenti nella sola legge civile e non anche in quella penale. L'unica ipotesi in cui l'art. 238 c.p.p. realizza la garanzia cui è preordinato, sembra essere quella prevista ex art. 356, 1° comma, c.p.c., cioè l'ipotesi in cui il giudice di appello dispone «la rinnovazione totale o parziale dell'assunzione già avvenuta in primo grado». Anche qui a ben vedere però non è affatto detto che il giudice penale debba attenersi alla risultanza della rinnovazione probatoria, piuttosto che a quella derivante dalla originaria assunzione.

⁷⁴ RUFFINI, G., *La prova nel giudizio civile di appello*, Padova, 1997, p. 180.

⁷⁵ VANZ, M. C., *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, p. 26.

documentazione⁷⁶, non vi è alcun contatto diretto tra il magistrato che deve valutare e il magistrato che ha assunto e questo, evidentemente, si pone in netto contrasto con i principi sopra citati⁷⁷.

In argomento si è affermato non essere per nulla coerente con i predetti principi quella tendenza che permette al giudice di fondare il proprio convincimento «sulle prefabbricate carte probanti di un diverso processo»⁷⁸. Eppure, nonostante ciò, detta tendenza si è affermata ed è sostenuta, si ritiene ragionevolmente, dalla maggior parte della dottrina e della giurisprudenza, sulla base del principio di economia processuale⁷⁹ che, soprattutto odiernamente, è ritenuto di non poca importanza.

Ritenendo la possibilità che le risultanze istruttorie possano essere trasferite altrove rispetto alla sede in cui si formano si nota, invero, che nel nostro ordinamento non vi è traccia di un divieto di utilizzazione da parte del giudice di risultanze probatorie mediate dall'altrui valutazione⁸⁰; non sembra che l'identità tra il giudice che forma la prova con quello della valutazione della stessa sia *ex lege* imposta⁸¹. Alla luce di questo può affermarsi che il giudice cui è affidata la decisione in sede civile ben possa trarre elementi preordinati alla formazione del suo convincimento sia da quanto egli stesso ha assunto che da quanto assunto da altro giudice.

Per quanto riguarda la seconda questione, il processo penale, come è noto, posteriormente all'intervento del codice di rito del 1988⁸², ha subito un profondo

⁷⁶ RICCI, G. F., *Prove penali*, op. cit., spec. p. 893.

⁷⁷ CHIOVENDA, G., *Principi di diritto processuale civile*, rist. anastatica, Napoli, 1965, p. 681, secondo il quale, con specifico riguardo al principio della oralità, «in tutti quei casi in cui occorre valutare l'attendibilità delle dichiarazioni di qualcuno, sia parte, sia teste, sia perito, è certo che il contatto diretto e persona di costui col giudice pone questo in grado di meglio apprezzare la deposizione».

⁷⁸ MONTESANO, L., *Le «prove atipiche»*, op. cit., spec. p. 249.

⁷⁹ Principio che come acutamente si è affermato assume un ruolo fondamentale anche in tema di prova. Cfr. COMOGLIO, L. P., *Il principio di economia processuale*, vol. I, Padova, 1980, p. 203 e ss.

⁸⁰ RUFFINI, G., *La prova*, op. cit., p. 169.

⁸¹ VACCARELLA, R., *Inattività delle parti*, op. cit., p. 362.

⁸² Sotto l'imperio del codice processualpenalistico previgente il processo penale configurava il suo fulcro nella fase istruttoria, fase per mezzo della quale era possibile il reperimento della prova, fase che dava forma già da subito al giudizio che sarebbe intervenuto posteriormente, configurandosi quest'ultimo il più delle volte come mera ripetizione della prima. (Cfr. MALINVERNI, A., *Primo sguardo al nuovo codice*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 457 secondo il quale precisamente il dibattimento «si riduceva ad una ripetizione delle prove istruttorie»; sempre con riguardo al dibattimento previsto e disciplinato dal codice Rocco, in virtù di questa sua natura di mera ripetizione di quanto già compiuto preliminarmente, veniva definito (polemicamente) «dibattimento - teatro» cfr. CORDERO, F., *Strutture d'un codice*, in *L'indice penale*, vol. I, 1989, p. 20). Il previgente sistema si poneva in contrasto con due principi fondamentali: il principio di economia processuale e il diritto alla difesa. Soprattutto con riguardo alla lesione di quest'ultimo, non poteva più tollerarsi che l'istruzione continuasse ad avere una natura «labirintica, strisciante e segreta» (Cfr. CORDERO, F., *Strutture*, op. cit., p. 21), che tutto, nella maggior parte delle ipotesi, fosse nella esclusiva direzione e disponibilità del pubblico ministero, senza che in alcun modo venisse garantito il diritto alla difesa della controparte. Obiettivo è stato quello di evitare ciò che in passato aveva cagionato la lesione di diritti così importanti: voleva estirparsi dal sistema

mutamento anche e soprattutto per quel che concerne la ricerca, la raccolta, la valutazione e la utilizzazione ai fini del giudizio delle risultanze probatorie. L'innovazione di maggior rilievo, soprattutto in ordine al discorso che qui interessa, è la soppressione della fase istruttoria come fase preordinata alla ricerca della prova⁸³.

Detta innovazione, stravolgendo il rapporto che intercorreva tra giudizio e fase preliminare, ha comportato la conseguente «diversificazione delle conoscenze acquisite nelle varie fasi»⁸⁴ che, posteriormente alla riforma del 1988, si è venuta delineando. Le considerazioni appena fatte permettono la formulazione di un interrogativo: **quali** prove raccolte in sede penale possono essere trasferite e valutate in sede civile? In sede civile possono essere trasferite **tutte** le prove raccolte in sede penale, indipendentemente dalla fase in cui queste si sono formate? Sarà possibile, ad esempio, per il giudice civile valutare materiale probatorio relativo alla incapacità naturale di una delle parti, qualora questo si sia formato nel corso delle indagini preliminari? È possibile delineare due esempi che renderanno più agevole la riflessione.

In primo luogo, si pensi a quanto disposto *ex art. 70, 1° comma, c.p.p.* a norma del quale «quando non deve essere pronunciata sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere e vi è ragione di ritenere che, per infermità mentale [sopravvenuta al fatto]⁸⁵, l'imputato non è in grado di partecipare coscientemente al processo, il giudice, se occorre, dispone, anche di ufficio, perizia».

In secondo luogo, si faccia riferimento al reato di circonvenzione di persone incapaci previsto e disciplinato *ex art. 643 c.p.* «Chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di una persona minore, ovvero abusando dello stato di infermità o deficienze psichica, di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto, che importi qualsiasi effetto giuridico per o per altri dannoso, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 206 (lire quattrocentomila) a euro 2.650 (quattro milioni)».

processualpenalistico il c.d. «contraddittorio a posteriori» su prova già formate, si tendeva a passare dal contraddittorio «sulla prova» al contraddittorio «per la prova» (Cfr. CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale*, Torino, 1988, p. 169). Il nuovo processo, almeno avendo riguardo alle linee guida che dovrebbero informarlo, appare più garantista ed espressione del sistema accusatorio. A ben vedere si nota che in realtà quanto auspicato non si è neanche oggi del tutto realizzato. Cfr. RICCI, G. F., *Prove penali*, *op. cit.*, spec. p. 877-878.

⁸³ TOMASELLI, V., *Circonvenzione*, *op. cit.*, spec. p. 82).

⁸⁴ RICCI, G. F., *Prove penali*, *op. cit.*, p. 854.

⁸⁵ La Corte costituzionale con sentenza del 20 luglio 1992 n. 340, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente comma limitatamente alle parole «sopravvenuta al fatto».

Ora, i due esempi posti all'attenzione non hanno nulla a che vedere l'uno con l'altro, essendo, il primo, relativo ad un determinato accadimento intervenuto nel corso di una vicenda processuale già instaurata, e descrivendo, il secondo, una fattispecie penalmente rilevante. Nonostante *ictu oculi* appaiano totalmente estranee l'una all'altra, le due fattispecie appena descritte possono entrambe adiuvarne nella riflessione avente ad oggetto il trasferimento della prova dal processo penale al processo civile.

Gli accertamenti previsti *ex* art. 70 c.p.p., ci si chiede, possono risultare utilmente valutabili in sede civile, qualora l'imputato della cui partecipazione cosciente al processo si dubiti, sia anche parte in un processo civile? Analogamente, gli accertamenti circa la capacità del circonvenuto, soggetto passivo della fattispecie contemplata all'art. 643 c.p., possono essere presi in considerazione dal giudice civile, qualora una delle parti in causa sia proprio quel soggetto della cui infermità o deficienza psichica si è presumibilmente abusato?

Si è detto che la innovazione del processo penale ha posto in un differente rapporto le acquisizioni probatorie formate nelle fasi predibattimentali e le "vere e proprie prove" sulle quali si fonderà invece la decisione del giudice. Da questo mutamento dipende anche il discorso che qui si sta affrontando.

È necessario procedere con ordine, prendendo le mosse da ciò che appare indiscutibile: in ordine alle risultanze probatorie derivanti dalla fase dibattimentale essendo, come detto, la tendenza del legislatore del 1988 quella di concentrare in questa sede la formazione della prova, non sembra potersi discutere della loro trasferibilità in sede civile. Queste ultime, infatti, appaiono come le uniche ad essere idonee «a garantire il diritto alla difesa delle parti dal momento che unicamente nel dibattimento è piena la esplicazione del diritto di difesa e del diritto alla prova»⁸⁶.

Affermato l'indiscutibile valore probatorio delle risultanze dibattimentali e la loro conseguente trasferibilità e valutabilità in sede civile, non si può avere la medesima certezza avendo riguardo alle risultanze istruttorie derivanti dalle attività svoltesi durante le indagini preliminari.

Il materiale raccolto in quest'ultima sede, infatti, non ha il fine di concorrere alla decisione del giudice, bensì quello ben diverso di fornire alla pubblica accusa elementi necessari «per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale»⁸⁷.

⁸⁶ RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 882.

⁸⁷ Cfr. art. 326 c.p.p.

In altri termini, gli accertamenti effettuati nelle indagini hanno il fine di assicurare al processo la disponibilità del mezzo di prova⁸⁸.

Sembra quindi che non si possa ammettere la trasferibilità di questo tipo di «conoscenze» aventi origine nella fase delle indagini preliminari, posto che neanche nella sede di formazione gli viene riconosciuto valore probatorio⁸⁹. Questa affermazione è esatta, ma è possibile riscontrare un'eccezione, considerando altre situazioni, diverse dal dibattimento, nelle quali la prova può formarsi validamente e nelle quali quindi è possibile il suo trasferimento in sede civile.

In primo luogo, si fa riferimento all'incidente probatorio, istituito grazie al quale è possibile l'anticipazione nella fase delle indagini preliminari della raccolta della prova, a condizione che detta anticipazione sia imposta da motivi d'urgenza⁹⁰. Durante l'assunzione della prova nelle forme dell'incidente probatorio, quest'ultimo si configura come un vero e proprio «dibattimento in miniatura»⁹¹, nel quale viene rispettato e garantito sia il principio del contraddittorio che il diritto di difesa⁹². L'assimilazione dell'incidente probatorio all'assunzione della prova dibattimentale è testimoniato anche dal fatto che le sue risultanze valgono come prove a tutti gli effetti, stante il loro inserimento *ex art. 431 lett. e c.p.p.* nel fascicolo per il dibattimento. Se quindi le prove assunte con le forme dell'incidente probatorio equivalgono, in quanto a valore e garanzie, alle prove dibattimentali, le prime, tanto quanto le seconde, possono avere pacificamente ingresso ed essere valutate anche in sede civile⁹³.

Andando oltre, si prendano ora in considerazione gli atti irripetibili compiuti nelle fasi predibattimentali: con riguardo alle indagini preliminari, ci si riferisce ai verbali degli atti compiuti dalla polizia giudiziaria e dal pubblico ministero (art. 431 lett. b e c. c.p.p.); alle dichiarazioni testimoniali rese al pubblico ministero o alla polizia

⁸⁸ Pressoché letteralmente RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 877. Si ponga ad esempio il caso di assunzione di sommarie informazioni (art. 351 c.p.p.): un soggetto afferma di aver assistito al compimento del reato. In primo luogo questo orienterà la pubblica accusa per l'esercizio dell'azione penale, piuttosto che per la richiesta di archiviazione; in secondo luogo, la stessa pubblica accusa sarà consapevole di poter contare in giudizio su quel soggetto come teste a carico dell'imputato. Il giudice, dal canto suo però, non può decidere sulla base delle sommarie informazioni ricevute dalla polizia giudiziaria, poiché le stesse non hanno valore di prova. Le dichiarazioni per potere essere poste alla base della decisione del giudice devono essere riformulate dinanzi al lui nel dibattimento. Cfr. SIRACUSANO, D., *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *La legislazione penale*, 1989, p. 84.

⁸⁹ RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 882.

⁹⁰ MOSCARINI, P., *L'incidente probatorio*, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, vol. IV, c. 232; VIGNA, P. L., *L'incidente probatorio ed il dibattimento*, in *Cassazione penale*, 1988, vol. I, p. 198.

⁹¹ RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 884.

⁹² Cfr. artt. 395, 396, 398, 401 c.p.p. preordinati alla salvaguardia dei diritti appena citati nel testo.

⁹³ RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 885.

giudiziaria (art. 500, 4° comma, c.p.p.) a quelle rese dalla parte al P.M. (art. 503, 5° comma, c.p.p.) e ai verbali *ex art.* 513 c.p.p.

Con riguardo invece all'udienza preliminare, si faccia riferimento agli atti che per impossibilità sopravvenuta non possono essere ripetuti (art. 512 c.p.p.) e anche qui ai verbali *ex art.* 513 c.p.p.; in ultimo, sempre con riguardo all'udienza preliminare, ma non agli atti irripetibili, si consideri anche l'eventuale attività di integrazione probatoria disposta dal g.u.p. *ex art.* 422 c.p.p.

Stante l'utilizzabilità di tutti questi atti nella fase del dibattimento, eccezion fatta per gli ultimi indicati, salvo casi particolari, è necessario chiedersi se sia possibile il loro trasferimento e valutazione in sede civile. A prima vista non sembra. La modalità di assunzione degli atti irripetibili, infatti, non ha nulla a che fare con quanto garantito dalle forme dell'incidente probatorio: i principi del contraddittorio e il diritto di difesa, lungi dall'essere rispettati nell'espletamento delle attività in discorso, sono nella maggior parte delle ipotesi sacrificati⁹⁴. Lo stesso può dirsi della integrazione probatoria *ex art.* 422 c.p.p., che può essere di certo consona se si ha riguardo ad una fase preliminare rispetto al dibattimento, una fase che potenzialmente potrebbe concludersi con una decisione allo stato degli atti, ma che risulta assolutamente lesiva del principio del contraddittorio se posta al confronto con le garanzie offerte dalla legge per l'assunzione della prova qualora questa si svolga in giudizio⁹⁵.

Tutto questo, come anticipato, deporrebbe per la intrasferibilità in sede civile dei suddetti atti irripetibili e delle risultanze dell'integrazione probatoria *ex art.* 422 c.p.p.

A questo però può obiettarsi sostenendo un'acuta riflessione portata avanti da una parte della dottrina processualcivilistica che ritiene possibile il trasferimento in sede civile di «qualsiasi conoscenza penale indipendentemente dalla fase in cui si è formata»⁹⁶.

La riflessione in parola prende le mosse da un'argomentazione di natura esegetica: *ex art.* 526 c.p.p. «il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prova **diverse** da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento». Stante ciò, deve riconoscersi che le prove «diverse» eventualmente esistenti, anche se non possono concorrere a fondare il convincimento del giudice penale, non sembra che per questo perdano il loro effetto.

⁹⁴ Basti pensare che la presenza del difensore non è sempre consentita. Cfr. ad es. artt. 356 c.p.p. e 364 c.p.p.

⁹⁵ RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 885; analogo ragionamento può farsi con riferimento alle risultanze del giudizio abbreviato. Cfr. RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 889.

⁹⁶ RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 892.

Vi è ragione di ritenere che quelle prove, ancorché non utilizzabili dal giudice del dibattimento, possano essere comunque utilizzate e valutate dal giudice civile, qualora siano necessarie e utili per la risoluzione della controversia su cui lo stesso è chiamato a decidere.

A questo punto è necessario soffermarsi e riflettere sull'ultima questione posta all'attenzione: l'utilizzazione delle risultanze istruttorie formatesi altrove deve avvenire nel pieno rispetto del principio del contraddittorio⁹⁷.

Si ponga all'attenzione l'ipotesi in cui voglia invocarsi in sede civile il verbale di una testimonianza resa in un processo penale, e che la si voglia magari invocare contro un soggetto rimasto estraneo al processo penale nel quale la prova si è formata e non abbia quindi potuto in alcun modo interloquire sulla stessa⁹⁸. È possibile considerare tre ipotesi: il soggetto contro il quale venga invocata nel processo civile la prova raccolta nel processo penale ha partecipato anche a quest'ultimo processo; il soggetto contro il quale si vuole fare valere l'efficacia di detta prova, pur potendo, non ha invece partecipato al processo penale nel quale la prova si è formata; il soggetto contro il quale vuole invocarsi l'efficacia della prova raccolta in sede penale non è stato invece nemmeno in grado di partecipare al processo penale.

Occorre innanzitutto chiarire che, in tutte e tre le ipotesi considerate, l'ingresso nel processo civile e la valutazione delle prove raccolte in sede penale devono comunque essere sottoposti al contraddittorio delle parti.

Queste ultime inoltre, soprattutto nel caso in cui non abbiano partecipato al processo penale nel quale le prove si sono formate, possono chiedere, laddove possibile, la rinnovazione in sede civile delle prove raccolte in sede penale. La rinnovazione della prova, infatti, permetterebbe al giudice civile di "fare esperienza in prima persona" di tali prove⁹⁹ e realizzerebbe la piena esplicazione del contraddittorio anche nei confronti di colui contro il quale la prova vuole essere utilizzata.

Con riguardo alla rinnovazione, si precisa comunque che non vi è nel nostro ordinamento una disposizione che la imponga¹⁰⁰ conseguendo da ciò che, dipendendo la piena esplicazione del principio del contraddittorio e del diritto alla difesa, oltre che dalla presenza delle parti, anche dal giudice e dall'esercizio dei poteri che l'ordinamento

⁹⁷ Sull'impossibilità di rinunciare ad ammettere l'esistenza di limitazioni soggettive alla circolazione della prova v. VANZ, M. C., *La circolazione*, op. cit., p. 229 e ss.

⁹⁸ Cfr. VANZ, M. C., *La circolazione*, op. cit., p. 229-230.

⁹⁹ TARZIA, G., *Realtà e prospettive dell'appello civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 86 e ss. spec. p. 91.

¹⁰⁰ RUFFINI, G., *La prova*, op. cit., p. 184.

gli concede, qualora la prova sia stata assunta nel contraddittorio di tutte le parti del successivo processo civile e «il giudice ritenga ineccepibile il governo che il precedente giudice ha fatto di tali poteri, e il verbale delle prove da quest'ultimo raccolte offra elementi sufficienti al fine di apprezzare le dichiarazioni che vi sono rappresentate, non sembra davvero esservi alcuna ragioni per imporne la rinnovazione»¹⁰¹.

Laddove peraltro la rinnovazione non sia possibile, i verbali delle prove raccolte *aliunde* non cessano per sé di essere utilizzabili al fine di fondare il convincimento in fatto del giudice civile anche in ordine all'eventuale stato di incapacità naturale di una delle parti, ferma testando la necessità di garantire il rispetto del principio del contraddittorio nel momento in cui la prova fa ingresso e viene valutata in sede civile.

Da quanto detto, si evince che gli unici limiti ammissibili e che si ritiene non possano essere valicati, siano quelli previsti dalla legge civile¹⁰², e quelli necessari al rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

Alla luce di quanto sopra, è possibile riportare l'attenzione agli esempi proposti: gli accertamenti sulla capacità dell'imputato *ex art. 70 c.p.p.* e alla fattispecie di reato *ex art. 643 c.p.*

In ordine alla prima delle due fattispecie, quegli accertamenti potranno avere ingresso nel processo civile ed presi in considerazione dal giudice, se non risultino in contrasto con la legge civile, e se non risulti violato il principio del contraddittorio e il diritto di difesa della parte contro cui la prova viene invocata.

Qualora la necessità di provvedere agli accertamenti si manifesti nel corso delle indagini preliminari è la stessa disposizione a richiederne l'espletamento con le forme dell'incidente probatorio.

Quindi, stante quanto detto, le risultanze così formatesi saranno certamente trasferibili in sede civile. L'esigenza di accertare l'effettiva capacità di partecipare al processo può sorgere poi durante l'udienza preliminare in quanto è ben possibile che nel corso delle indagini si sia proceduto al compimento di atti per i quali era necessaria la cosciente partecipazione dell'indagato¹⁰³. Anche in questa sede si espletano gli

¹⁰¹ RUFFINI, G., *La prova, op. cit.*, p. 187 -188.

¹⁰² Ad esempio, qualora in sede penale si sia assunta una testimonianza avente ad oggetto la prova del trasferimento della proprietà di un bene, questa sarà inutilizzabile in sede civile, non in quanto assunta nella "fase sbagliata", ma visto quanto stabilito dal combinato disposto *ex artt. 1350 e 2725, 1° comma, c.c.* che pretende la forma scritta *ad substantiam* (Cfr. RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 899).

¹⁰³ Qualora, peraltro, gli accertamenti dimostrassero l'assenza della cosciente partecipazione, gli atti compiuti sarebbero inutilizzabili *ex art. 191 c.p.p.* in quanto compiuti in violazione della libertà morale della persona interessata (art. 188 c.p.p.) Cfr. AIMONETTO, M. G., *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, 1992, p. 127.

accertamenti necessari i quali, stante quanto detto sull'effetto di prova di detti atti, per nulla posto in crisi da quanto disposto *ex art. 526 c.p.p.*, saranno anch'essi trasferibili in sede civile.

Analogamente si può discorrere in ordine al secondo dei due esempi posti all'attenzione: nel corso di un procedimento per circonvenzione di persone incapaci tutti gli accertamenti compiuti sulla persona del circonvenuto, preordinati al riscontro della sussistenza di una sua infermità o deficienza psichica, saranno utilizzabili e valutabili anche da parte del giudice civile, indipendentemente dalla fase in cui gli stessi si sono formati¹⁰⁴, purché non si realizzi alcuna lesione del principio del contraddittorio e del diritto alla difesa.

Il contraddittorio deve essere pieno ed il diritto di difesa garantito nella sede in cui la prova formatasi altrove viene valutata. Questo, peraltro, nulla a che fare con il tema della circolazione della prova, riguardando invece il processo in sé e per sé considerato e il rispetto dei principi costituzionali che lo informano (Art. 24 e 111, 2° comma, Cost)

Oltre a quelle fin qui esaminate, la giurisprudenza pone in luce altre due questioni di fondamentale importanza: in primo luogo, la stessa si pronuncia in ordine alla natura del vincolo che il giudice civile vede apporsi nel valutare le prove derivanti dall'istruttoria penale; è necessario infatti avere chiaro se il giudice sia o meno vincolato nella valutazione delle suddette prove o se lo stesso possa o meno valutarle liberamente.

In secondo luogo, ci si interroga in ordine all'efficacia che dette prove vengono ad avere nel giudizio civile, se le stesse possano o meno costituire, da sole, il fondamento del convincimento del giudice civile.

In ordine alla prima delle due questioni poste all'attenzione, la giurisprudenza è pressoché unanime nel ritenere che il giudice non abbia affatto l'obbligo di far riferimento al tenore ed al contenuto delle prove raccolte nel giudizio penale¹⁰⁵. In altri termini, il giudice civile «ha solo la facoltà e non l'obbligo di utilizzare come indizi le prove raccolte nel giudizio penale restando **libero** di formare il proprio convincimento sulle risultanze del processo civile»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Cass., 19 ottobre 1982, n. 5444; Cass., 8 gennaio 2008, n. 132.

¹⁰⁵ Cass., 25 marzo 2005, n. 6478.

¹⁰⁶ Cass., 29 maggio 1982, n. 3315; *Ex multis* Cass., 19 settembre 2000, n. 12422; Cass., 23 novembre 2000, n. 15128 ; Cass., 9 gennaio 2004, n. 114.

Si ritiene che questa sia l'unica ragionevole soluzione in quanto l'accertamento concreto in sede civile risulta imprescindibile¹⁰⁷. La giurisdizione civile e la giurisdizione penale sono reciprocamente autonome¹⁰⁸ e conseguentemente a ciò non deve esservi alcuna «automaticità nel fare proprie le acquisizioni del processo penale entro il processo civile»¹⁰⁹. Escludere l'automaticità di acquisizione sembra essere ragionevole anche per un'ulteriore ragione: i presupposti delle fattispecie che si andrebbero ad equiparare, qualora si imponesse in sede civile la valutazione del materiale probatorio formatosi nel processo penale, sono in realtà presupposti per nulla equivalenti.

È evidente infatti, con riguardo alla fattispecie criminosa *ex art 643 c.p.* che, oltre alla infermità o deficienza psichica del soggetto passivo di reato, molti altri elementi ricoprono un ruolo fondamentale; si pensi alla rilevanza che, con riguardo alla decisione del giudice penale, viene ad assumere il rapporto intercorrente tra succube e soggetto attivo di reato, rapporto che di norma viene posto in luce mediante una delicatissima indagine psicologica¹¹⁰. Questi elementi sono *ictu oculi* completamente estranei all'analisi cui è chiamato il giudice civile per accertare la sussistenza della capacità naturale di una delle parti in causa¹¹¹: «la norma penalistica contempla infatti la rilevanza di qualsiasi menomazione delle funzioni volitive o intellettive del soggetto del quale ci sia stato approfittamento»¹¹², mentre ai fini della prova dell'incapacità naturale di una parte del processo civile, invece, ciò che è necessario dimostrare è qualcosa di più di una semplice alterazione della sfera psico-intellettiva¹¹³.

¹⁰⁷ Come risulta imprescindibile l'accertamento in concreto in sede penale anche e se in presenza di acquisizioni formati in un processo civile. In senso Cass., pen., 13 dicembre 2004, n. 2283 secondo la quale « L'interdizione dell'imputato non comporta l'obbligo del giudice di accertarne l'incapacità di partecipare coscientemente al processo e di disporre la sospensione di cui all'art. 70 c.p.p. in quanto l'interdizione presuppone l'incapacità di provvedere ai propri interessi ed il procedimento penale può svolgersi anche quando il soggetto anche se non in grado di curare i propri interessi e giudizialmente interdetto appaia cosciente dello svolgimento del procedimento in modo da potere con l'ausilio tecnico del difensore essere consapevole protagonista del processo (in applicazione a questo principio la S.C. ha ritenuto immune da censure la sentenza del giudice di merito escludendo che egli quando anche informato della esistenza di una sentenza di interdizione avrebbe dovuta azionare la procedura di cui all'art. 70 c.p.p. della quale non gli era mai stata richiesta l'applicazione)».

¹⁰⁸ Cass., sez. un., 6 dicembre 1982, n. 6651.

¹⁰⁹ BONOMO, D. M. E., *Infermità, op. cit.*, p. 49.

¹¹⁰ VIGANÒ, F., PIERGALLINI C., *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011, p.677 e *passim*; DAWAN D., *La circonvenzione di persone incapaci*, Padova, 2003, p. 144

¹¹¹ SPANGARO, A., in GABRIELLI, E., *Commentario del codice civile*, Torino, 2010, *sub art.* 428, p. 442 e ss.

¹¹² SPANGARO, A., in GABRIELLI, E., *Commentario, op. cit.*, p. 459.

¹¹³ Cass., pen., 24 aprile 2008, n. 27412 secondo la quale «il reato di cui all'art. 643 c.p. tutela non solo le persone totalmente o parzialmente incapaci, ma anche i soggetti facilmente assoggettabili alle pressioni,

Allo stesso modo si può discorrere con riguardo agli accertamenti *ex art. 70 c.p.p.* Considerare vincolato il giudice civile agli accertamenti appena citati risulterebbe tutt'altro che esatto. La partecipazione cosciente richiesta con riguardo al giudizio penale, non è la stessa richiesta per il processo civile, i due giudizi, stante la diversità della loro natura, del loro oggetto e della loro struttura, pretendono una diversa consapevolezza dei soggetti che ne fanno parte.

Ben si potrebbe affermare, infatti, con riguardo al medesimo soggetto, che lo stesso partecipi coscientemente al processo penale, ma non a quello civile e potrebbe anche aversi il caso opposto. È per questo che continua a sostenersi l'esattezza (e la ragionevolezza) dell'orientamento giurisprudenziale nel ritenere che la valutazione delle risultanze probatorie formati in sede penale, lungi dall'essere un obbligo per il giudice, si configura invece come sua facoltà¹¹⁴.

In ordine alla seconda questione, quella cioè che concerne il valore da attribuire alle prove raccolte altrove, si è affermato in giurisprudenza la possibilità per il giudice civile di fondare il proprio convincimento anche esclusivamente su di esse¹¹⁵. È stato in proposito affermato che «il giudice di merito può utilizzare in mancanza di qualsiasi divieto di legge, anche prove raccolte in un diverso giudizio [...] come qualsiasi altra produzione delle parti stesse al fine di trarre non solo semplici indizi o elementi di convincimento ma anche di attribuire loro valore di prova esclusiva»¹¹⁶.

La soluzione che la giurisprudenza offre alla seconda problematica, permette di riflettere ancora in ordine al valore che deve attribuirsi alla prove raccolte nel processo penale e trasferite in sede civile¹¹⁷. Stante l'inesistenza nel processo civile di una norma equivalente all'art. 238 c.p.p. che disciplini l'efficacia che in questa sede possono assumere le prove penali¹¹⁸, è sembrato ragionevole rifarsi a quanto disposto *ex art. 310, 3° comma, c.p.c.* circa il possibile impiego delle prove raccolte in un processo poi estintosi. In tema si è affermato che la disposizione in discorso rappresenta il «punto di riferimento per legittimare il fenomeno della circolazione della prova»¹¹⁹.

agli stimoli e agli impulsi esercitati su di loro, a cagione della loro età o di uno stato di infermità o deficienza psichica che diminuisca lo loro capacità critiche e di difesa dalle suggestioni».

¹¹⁴ Cass., 29 maggio 1982, n. 3315.

¹¹⁵ Cass., 26 giugno 2007, n. 14766.

¹¹⁶ *Ex multis* Cass., 1 marzo 2001, n. 2998, Cass., 19 febbraio 2000, n. 12422, Cass., 11 agosto 1999, n. 8585.

¹¹⁷ RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 894.

¹¹⁸ RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 853.

¹¹⁹ VANZ, M. C., *La circolazione, op. cit.*, p. 192.

A tenore dell'art. 310, 3° comma, c.p.c. «le prove raccolte sono valutate dal giudice a norma dell'art. 116, 2° comma, c.p.c.», *id est* come argomenti di prova¹²⁰.

Stante quanto già constatato in ordine all'efficacia di questi ultimi¹²¹, si ritiene di poter assumere le medesime posizioni assunte in sede giurisprudenziale, confermando che il giudice civile ben può fondare il proprio convincimento, in assenza di divieti provenienti dalla legge civile, esclusivamente su quanto raccolto in sede penale e da lui valutato in sede civile¹²².

Alla luce di quanto sin qui detto ed in conclusione, è possibile affermare la trasferibilità, l'utilizzabilità e la valutabilità in sede civile delle prove raccolte in sede penale, per nulla ostando la differenza tra il giudice che forma la prova e quello che la valuta, indipendentemente dalla fase in cui queste si sono formate ed anche se le parti dei due processi non coincidono¹²³. Tutto ciò è ammesso a condizione che vengano rispettati i limiti imposti dalla legge civile in materia di prove e a condizione che non venga violato il principio del contraddittorio e il diritto di difesa di chi vede invocare contro di lui una prova formata altrove. Il giudice, nel valutare le prove formatesi altrove, non incontra alcun vincolo: lo stesso infatti, da un lato, potrebbe disattendere del tutto, motivando adeguatamente, le risultanze istruttorie derivanti dal processo penale e, dall'altro al contrario, ben potrebbe fondare su di esse la sua decisione.

¹²⁰ RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 862 e ss.

¹²¹ Cfr. paragrafo II.3.1.

¹²² *Contra* RICCI, G. F., *Prove penali, op. cit.*, spec. p. 862 e ss. che sostiene la minore efficacia delle prove penale, qualora trasferite nel processo civile, in virtù della loro equiparazione agli argomenti di prova.

¹²³ Cass., sez. un., 25 gennaio 1989, n. 422; Cass., 25 febbraio 1986, n. 191; Cass., 3 luglio 1979, n.3760; Cass., 24 settembre 1979, n. 4928; Cass., 4 giugno 1979, n. 3170; Cass., 1 aprile 1997, n. 2839; Cass., 11 agosto 1999, n. 8585; Cass., 28 marzo 2002, n. 4539; Cass., 26 giugno 2007, n. 14766; Cass., 29 febbraio 2000, n. 12422.

V. INCAPACITÀ NATURALE E GIUDICATO

SOMMARIO: V.1. Giudicato formale e rimessione in termini. - V.2 Le impugnazioni straordinarie.

V.1. Giudicato formale e rimessione in termini

Si è già avuto modo di riflettere in ordine alla decadenza incolpevole e, precisamente, in ordine all'omesso esercizio del potere di impugnazione, con riferimento all'ipotesi in cui la condotta omissiva in discorso sia dovuta all'incapacità naturale della parte titolare del potere stesso¹.

Come si è sostenuto, una «consapevole applicazione»² dell'istituto della rimessione in termini, in particolar modo dopo l'intervento della Novella del 2009, può rimediare, e nella maggior parte delle ipotesi rimedia, all'intervenuta decadenza dal potere di impugnare.

L'ipotesi in cui l'incapacità naturale della parte sia venuta meno ovvero sia nominato all'incapace un rappresentante legale dopo la scadenza dei termini per impugnare non sembra destare particolari problemi processuali, dovendosi applicare pienamente l'istituto della rimessione in termini, con la sola precisazione che, a seconda dei casi, l'istanza di rimessione dovrà provenire dal soggetto divenuto capace ovvero dal suo tutore (anche provvisorio) o dal curatore speciale.

Più complessa è invece l'ipotesi in cui il soccombente entri o esca da uno stato di incapacità naturale durante il decorso del termine, breve o lungo, di impugnazione.

Con riferimento al termine breve, occorre muovere da quanto disposto *ex art.* 328, 1° comma, c.p.c. ai sensi del quale «Se, durante la decorrenza del termine di cui all'art. 325, sopravviene alcuno degli eventi previsti nell'art. 299, il termine stesso è interrotto e il nuovo decorre dal giorno in cui la notificazione della sentenza è rinnovata».

Si ritiene che l'incapacità naturale configuri un evento che interessa la parte in misura tale da impedirgli di fatto l'esercizio del potere in discorso e da ciò si reputa derivi la rilevanza, anche con riguardo all'ipotesi descritta, della disposizione appena citata.

¹ Cfr. paragrafo II.4.3.

² CONSOLO, C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. III il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze, Torino, 2010, p. 256.

Se si concorda con quanto appena affermato, si concorderà altresì nel ritenere che nell'ipotesi in cui, durante la decorrenza del termine breve di impugnazione, una delle parti divenga incapace naturale, il termine di cui all'art. 325 c.p.c. è interrotto.

Alla luce di quanto precede e posto che il nuovo termine di impugnazione decorrerà dal giorno in cui la notificazione della sentenza è rinnovata, occorre stabilire quale soggetto debba essere il destinatario della notificazione in discorso, una volta che la parte sia "venuta meno" a causa della sua condizione.

Di certo non può essere il soggetto divenuto incapace e questo poiché la notificazione diretta nei suoi confronti deve considerarsi *tamquam non esset*; la stessa infatti non trasmettendo alcuna conoscenza, non realizza la fattispecie legale. Da ciò consegue che il destinatario legittimo di detta notificazione può identificarsi o con il tutore (anche provvisorio), nell'ipotesi in cui sia stato instaurato un procedimento di interdizione nei confronti del soggetto divenuto incapace, ovvero con il curatore speciale di quest'ultimo, a condizione che ne sia stata concessa la nomina.

A questo punto il discorso può continuare con una riflessione avene ad oggetto l'ipotesi in cui la causa di incapacità naturale sopravvenga nel corso del termine lungo di impugnazione. Ai sensi dell'art. 328, 3° comma, c.p.c. «Se dopo sei mesi dalla pubblicazione della sentenza si verifica alcuno degli eventi previsti nell'art. 299, il termine di cui all'articolo precedente è prorogato per tutte le parti di sei mesi dal giorno dell'evento».

La *ratio* della disposizione è quella di garantire alla parte colpita dall'evento un ragionevole termine residuo, ottenuto per mezzo della proroga ivi disciplinata e preordinato all'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla realizzazione dell'evento predetto. Con riguardo alla nostra ipotesi, le conseguenze pregiudizievoli derivano dalla sussistenza di una condizione di incapacità naturale che impedisce alla parte che in detta condizione versi l'esercizio tempestivo del potere di impugnazione.

Qualora, come detto, la causa di incapacità naturale sopravvenga nel corso del termine lungo di impugnazione, è necessario garantire all'incapace stesso il godimento di un ragionevole termine residuo, ragionevolezza che deve essere valutata con riguardo ai principi del giusto processo.

Si ritiene infatti che, così come è necessario garantire che la realizzazione di uno degli eventi *ex art. 299 c.p.c.*, nel corso del termine di cui all'art. 327 c.p.c. non debba pregiudicare il potere di impugnazione della parte colpita dall'evento predetto, allo

stesso non può prescindere dal garantire la medesima tutela all'incapace naturale divenuto tale nel momento contemplato dall'art. 328, 3° comma, c.p.c.

Appare chiaro che la norma in discorso è ancora ferma al termine annuale *ante* riforma 2009. Si ritiene che la soluzione più ragionevole a riguardo, al fine di evitare l'abrogazione implicita dell'utilissima norma per incompatibilità sopravvenuta con l'art. 327 c.p.c.³, sia quella di interpretare la disposizione mediante un adeguamento proporzionale nella logica della riduzione dei termini della riforma, per cui se si è dimezzato il termine lungo di decadenza, dovrà essere dimezzata, altresì, la proroga concessa in caso di evento interruttivo⁴.

In questa prospettiva, quindi, può concludersi che nell'ipotesi in cui, durante il corso della seconda metà del termine ex art. 327 c.p.c., una delle parti venga colpita da incapacità naturale, il termine stesso deve essere prorogato di tre mesi (non sei), al fine di permettere all'incapace naturale, una volta tornato in sé, ovvero al suo rappresentante, qualora presente, di impugnare la sentenza il cui passaggio in giudicato si ha interesse ad evitare. La criticità della situazione della parte colpita da incapacità naturale appare evidente soprattutto nell'ipotesi in cui questa perda le sue facoltà intellettive e volitive a ridosso della scadenza del termine, in detta ipotesi, infatti, soltanto la concessione della predetta proroga garantisce all'incapace un adeguato termine residuo.

V.2. Le impugnazioni straordinarie

Avendo riguardo all'ipotesi in cui l'incapace naturale sia stato tale durante il corso del giudizio e non lo sia diventato soltanto dopo l'emanazione della sentenza, si ritiene che sia molto probabile la sussistenza dei vizi occulti che giustificano la revocazione straordinaria.

Prima di passare all'esame dei singoli motivi di revocazione straordinaria, però, si ritiene necessaria una preliminare riflessione che chiarisca perché l'incapace naturale avrebbe interesse ad impugnare la sentenza conclusiva del giudizio cui lo stesso ha

³ RASCIO, N., *Le novità in tema di impugnazioni*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2009, fasc. 3, p. 383; ; BALENA, G., CAPONI, R., CHIZZINI, A., MENCHINI, S., *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 105.

⁴ GENOVESE, F. A., RISOLO, C. I., *La riforma del processo civile*, Milano, 2010, pp. 232-233; *Contra* CONSOLO, C., *Spiegazioni*, *op. cit.*, p. 256 secondo il quale un intervento tale avrebbe dovuto farlo il legislatore; RASCIO, N., *Le novità*, *op. cit.*, p. 383.

partecipato mediante revocazione straordinaria, anziché attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione, previa istanza di rimessione in termini.

Ai fini della riflessione predetta, è necessaria una distinzione che tenga conto di **quali** sentenze l'incapace naturale abbia interesse ad impugnare.

Qualora i vizi occulti inficino la decisione di primo grado, quest'ultima non sarà impugnabile per revocazione poiché, essendo l'appello un rimedio a critica libera, la parte soccombente venuta a conoscenza dei vizi occulti ben potrà farli valere in questa sede, previa rimessione in termini. Le cose cambiano se si considerano le decisioni di secondo grado e quelle pronunciate in unico grado. In siffatta ipotesi, infatti, non è detto che quanto il soccombente voglia denunciare possa essere censurato mediante ricorso in cassazione, essendo quest'ultimo un mezzo di impugnazione a critica vincolata.

Il rimedio revocatorio è invece l'unica via percorribile nell'ipotesi in cui sia passata in giudicato la sentenza conclusiva del giudizio che ha visto come parte l'incapace.

Nonostante, infatti, nel paragrafo precedente si sia dimostrato che, nella maggior parte delle ipotesi l'applicazione della rimessione in termini e quanto disposto *ex art.* 328, 1° e 3° comma, c.p.c. impediscano l'immutabilità del provvedimento giurisdizionale, si ritiene che vi siano delle ipotesi, ancorché residue, nelle quali il passaggio in giudicato della sentenza potrebbe comunque realizzarsi.

Tenendo alla mente quanto precede, è possibile ora riflettere in ordine ai motivi di revocazione straordinaria disciplinati, come noto, all'art. 395, n. 1, 2, 3, 6, c.p.c.

Con riguardo alla nostra ipotesi e a quanto stabilito *ex art.* 395, n. 1 c.p.c., ciò che più verosimilmente può accadere (e che maggiormente desta preoccupazione) è che la controparte dell'incapace naturale si approfitti della sua condizione alterata. In una ipotesi di tal fatta è agevole riscontrare un'invasione della sfera giuridica dell'altra parte che, in quanto tale, nuoce ad essa⁵.

In altri termini, il perseguimento di una posizione di vantaggio rispetto alla posizione della controparte è legittimo e coerente con la logica del processo, ma diventa contrario alla legge nel momento in cui siffatta situazione venga raggiunta in danno alla controparte, mediante «manovre o raggiri» in grado di impedire alla stessa la possibilità di difendersi e di difendersi in modo adeguato.

In questa ipotesi, la posizione di vantaggio raggiunta dalla una delle parti, lungi dall'essere legittima, risulta invece ingiusta⁶. Qualora nella condotta di una parte si

⁵ ATTARDI, A., *La revocazione*, Padova, 1959, p. 142.

⁶ ATTARDI, A., *La revocazione*, *op. cit.* p. 142.

ravvisi l'esistenza di un inganno intenzionalmente preordinato all'approffittamento dello stato di incapacità naturale altrui, e quindi intenzionalmente preordinato a cagionare un danno all'altra parte e a sviare il giudice⁷, si è in presenza di un'ipotesi di dolo revocatorio e quindi la sentenza che ne è l'effetto può essere impugnata per revocazione.

La condotta posta in essere dalla parte che approfitta della altrui condizione di incapacità naturale, deve essere tale da fuorviarne, condizionarne ovvero paralizzarne la difesa. Ai fini dell'esperibilità del rimedio revocatorio, la condotta della parte che inganna l'altra deve aver condizionato la decisione del giudice⁸, deve aver impedito all'incapace naturale, vittima della condotta dolosa perpetrata a suo danno, di apportare elementi decisivi al giudizio.

È necessario che la stessa abbia inciso sulla difesa della controparte, sullo svolgimento del giudizio, sul convincimento del giudice e quindi sulla sentenza. Al giudice, in altri termini, deve essere stato impedito l'accertamento della verità⁹: lo stesso ha deciso ritenendo perfettamente capaci le parti che aveva dinnanzi, non essendo invece conscio del fatto che una di esse non lo era affatto.

Si precisa che la finalità di danneggiare l'incapace naturale¹⁰, perseguita dalla parte che approfitta della sua condizione non è sufficiente, ai fini dell'esperibilità del rimedio revocatorio; infatti, ciò che è necessario è che la condotta dolosa configuri la *conditio sine qua non* della decisione del giudice¹¹. Non è necessario che si tratti di una condotta processualmente illegittima¹², la legittimità della condotta processuale infatti non esclude di per sé la sussistenza del dolo revocatorio. A ben vedere, è possibile che la condotta formalmente legittima sia posta in essere dolosamente, al fine predetto.

Deve risultare che, senza la condotta illecita della parte, il giudice avrebbe deciso diversamente. Come già dimostrato, la condotta processuale dell'incapace naturale,

⁷ FAZZALARI, E., *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano 1960, p. 293 e ss. spec. p. 298-299.

⁸ Anzi secondo SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, tomo II, Milano, 1959-1968, *sub* art. 395, p. 321.

⁹ MARCHETTI, C., *Dolo revocatorio e falsa allegazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1960, p. 418 e ss. spec. p. 419.

¹⁰ CAPACCIOLI, E., *In tema di dolo revocatorio*, in *Giurisprudenza italiana*, 1951, c. 291 e ss. spec. c. 295.

¹¹ MARCHETTI, C., *Dolo revocatorio op. cit.*, spec. p. 442.

¹² Anzi secondo SATTA, S., *Commentario, op. cit.*, p. 321 «la revocazione non concreta mai una violazione della norma processuale» in quanto una violazione di tal fatta trova la sua riparazione all'interno del processo per mezzo del sistema di nullità degli atti processuali. Coerentemente con questo modo di ragionare, l'Autore esclude il dolo revocatorio nell'ipotesi in cui l'attività della parte possa trovare il suo correttivo «in seno al processo e nello svolgimento dell'attività difensiva della controparte».

analogamente alla condotta di tutte le parti in causa, è posta al vaglio del giudice che può dalla stessa desumere elementi preordinati alla formazione del suo convincimento. Stante il principio «*Iudex secundum alligata et probata partium decidere debet*», qualora dagli atti non risulti alcuna allegazione in grado di rendere edotto il giudice della condizione alterata di una delle parti e qualora la condotta posta in essere dall'incapace naturale risulti contraria agli interessi dello stesso, al giudice non resterà altro da fare se non decidere e decidere in senso sfavorevole per l'incapace naturale che, da soggetto debole da tutelare, diverrà incolpevole soccombente.

Definendosi il dolo revocatorio come «quel comportamento sleale di una parte in danno dell'altra che sia in astratto idoneo ad influire sul contenuto della decisione e che renda altresì, sempre astrattamente, probabile l'ingiustizia della decisione stessa»¹³, si ritiene che configurino condotte di tal fatta quelle in cui ad esempio la parte in mala fede impedisca all'incapace naturale di venire a conoscenza del giudizio cagionandone ad esempio la contumacia, ovvero quella in cui gli venga impedita la produzione di un documento, la proposizione di un'eccezione. Si rifletta poi sull'ipotesi in cui la parte in mala fede sottragga dal fascicolo di causa documenti decisivi prodotti, sostituendovene di altri¹⁴; ovvero faccia in modo che tutte le comunicazioni o notificazioni non raggiungano il destinatario, impedendone ad esempio la comparizione ad udienze fondamentali (si pensi all'udienza prevista per la prestazione del giuramento decisorio); ovvero ancora è possibile che lo inganni e, mentendo, lo raggiri convincendolo a fornire risposte da lui indicate in sede di interrogatorio formale; si pensi infine anche all'ipotesi in cui «la presenza della parte si sia ottenuta con mezzi fraudolenti, così che essa sia solamente formale»¹⁵.

A ben vedere, peraltro, non è necessario che la condotta dolosa posta in essere dalla controparte dell'incapace sia processualmente illegittima: il soggetto che approfitta dell'altrui condizione di incapacità naturale, infatti, ben può partecipare al processo, comparire alle udienze, compiere quanto necessario e astenersi dal compiere quanto gli è sconveniente. A rendere illegittima la sua condotta è l'approfittamento della «situazione processuale di impossibilità difensiva»¹⁶ in cui già versa l'incapace naturale. Proprio detta impossibilità difensiva e, segnatamente, l'approfittamento di quest'ultima, permette all'altra parte di concorrere alla formazione di un erroneo, ma a lui favorevole,

¹³ ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.*, p. 144

¹⁴ ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.*, p. 144

¹⁵ SATTA, S., *Commentario, op. cit.*, p. 321.

¹⁶ CAPACCIOLI, E., *In tema di dolo revocatorio, op. cit.*, spec. c. 295.

convincimento del giudice e, conseguentemente, concorrere all'emanazione di una sentenza ingiusta, ma per lui vantaggiosa.

Agevolmente può comprendersi l'incidenza che possono avere gli effetti delle predette condotte, siano esse o non formalmente legittime, con riguardo alla decisione del giudice.

Se infatti nell'ipotesi in cui tutte le parti sono in buona fede è ben possibile che il giudice non venga a conoscenza dello stato di incapacità naturale di una di esse, *a fortiori* deve riconoscersi che detta possibilità diviene certezza in presenza di una controparte che abbia come obiettivo proprio quello di lasciare il giudice nella sua "ignoranza".

Qualora la parte in mala fede raggiunga il suo obiettivo e, per mezzo della sua condotta dolosa, inganni l'incapace naturale, ne condizioni la difesa già menomata, riesca a sviare il convincimento del giudice, cagioni l'emanazione di una sentenza «difforme dalla realtà sostanziale»¹⁷ e quindi ingiusta, si deve senz'altro garantire che l'incapace naturale non subisca in modo irreparabile la sua «situazione processuale di impossibilità difensiva» e, conseguentemente a ciò deve ammettersi l'esperibilità del rimedio revocatorio¹⁸.

Alla luce di quanto precede, quindi, si ritiene senza dubbio revocabile *ex art. 395, n.1 c.p.c.*, la sentenza effetto dell'approfittamento della condizione di incapacità naturale di una delle parti da parte dell'altra.

Invero, anche ove non si concordi con quanto appena affermato, si ritiene che la sentenza conclusiva del giudizio cui ha partecipato un incapace naturale sia comunque attaccabile. Se infatti l'art. 395, n. 1 c.p.c. pone in luce come il vizio della volontà di una delle parti cagionato dalla condotta dolosa dell'altra, comporti la necessità di "togliere di mezzo"¹⁹ la sentenza che ne costituisce l'effetto, allo stesso modo,

¹⁷ MARCHETTI, C., *Dolo revocatorio*, *op. cit.*, spec. p. 425.

¹⁸ JANNUZZI, A., *Dolo negativo revocatorio*, nota a Cass., 10 febbraio 1954, n. 326, in *Giurisprudenza italiana*, 1954, I, 1, c. 507 e ss. A ben vedere, inoltre, quanto affermato potrebbe rivelarsi utile anche ad altri fini. Riportando l'attenzione a quanto sostenuto in tema di nomina del curatore speciale e, segnatamente, in ordine alle possibili disfunzioni che l'ammissione di tale nomina potrebbe comportare, si ritiene che il soggetto, in realtà perfettamente *compos sui*, che vede affiancarsi un curatore speciale, qualora provi che detta nomina sia stata richiesta dalla controparte, non poiché ne avesse interesse (art. 79 c.p.c.), ma al fine di porlo "fuori gioco", ben potrà questo soggetto agire, dimostrando la condotta dolosa perpetrata a suo danno, e chiedere la revocazione straordinaria della sentenza che ne è l'effetto. A questo punto sarà rimesso al prudente apprezzamento del giudice il contemperamento tra la tutela dei diritti acquisiti dai terzi che legittimamente fecero affidamento sul rappresentante e l'interesse del soggetto che ingiustamente è stato rappresentato.

¹⁹ MARCHETTI, C., *Dolo revocatorio*, *op. cit.*, spec. p. 421.

rinnovando quanto si è già sostenuto in ordine al rapporto che intercorre tra incapacità naturale e vizi del volere²⁰, si ritiene che debba rilevare anche quella volontà che non sia viziata, ma che manchi del tutto.

Si rifletta: perché l'ordinamento dovrebbe tollerare l'emanazione di una sentenza effetto dell'incapacità naturale di una delle parti, se non tollera l'emanazione di una decisione effetto del dolo di una parte in danno dell'altra?

In altri termini, in assenza di quella condotta dolosa, la sentenza non sarebbe revocabile in quanto la stessa risulterebbe giusta, uguale alla realtà sostanziale e diversa da quella che è adesso.

Al contrario, in presenza di un incapace naturale le possibilità che il giudice abbia emanato una sentenza conforme alla realtà sostanziale sono le stesse che si riscontrano in presenza di un condotta dolosa tenuta da una parte in danno dell'altra, cioè, pochissime. A ben vedere poi nella nostra ipotesi, dette possibilità sono ancora meno: la volontà dell'incapace naturale, infatti, non è *sic et simpliciter* viziata, ma manca del tutto. Sempre con riguardo alla nostra ipotesi, non vi è molta differenza tra il caso in cui il predetto approfittamento realmente si realizzi e quello in cui lo stesso manchi: la volontà dell'incapace risulta comunque manchevole e, stante ciò, la sentenza probabilmente sempre ingiusta, in quanto il giudice avrà tratto dalle inconsapevoli condotte dell'incapace argomenti che, seppur non corrispondenti alla realtà, fonderanno il suo convincimento.

Da ciò sembra ragionevole desumere che, stante la rilevanza riconosciuta dalla legge al comportamento doloso posto in essere da una parte in danno dell'altra, è giocoforza ritenere che detta rilevanza debba essere riconosciuta anche nell'ipotesi in cui la volontà della parte sia assente, non a causa della predetta condotta dolosa, bensì a causa del suo stato di incapacità naturale. In altri termini, si ritiene ragionevole includere, *de iure condendo*, tra i motivi di revocazione straordinaria l'incapacità naturale di una delle parti²¹.

Alla conclusione appena raggiunta potrebbe obiettarsi che, per garantire l'incapace naturale, si finirebbe col danneggiare irrimediabilmente la controparte in buona fede dello stesso. Per quale motivo, ci si potrebbe chiedere, la parte che al momento del giudizio magari ignorava la condizione mentale dell'incapace, dovrebbe invece ora tollerare a sue spese la revocazione della sentenza?

²⁰ Cfr. paragrafo III.2.3.

²¹ COSTANTINO, G., *Il giubileo del medico dei pazzi*, op. cit., spec. c. 1048.

Se si riflette con attenzione potrà accorgersi che in realtà si tratta di un falso problema: in primo luogo è possibile che il giudice non riconosca fondato il motivo di revocazione, reputando che la sentenza, lungi dall'essere effetto della condizione di incapacità naturale di una delle parti, rappresenti invece la corretta composizione degli interessi in causa. In secondo luogo, alla controparte ignara della condizione altrui, presumibilmente sarà offerta un'ulteriore istruttoria, con la conseguente possibilità di provare la propria buona fede. (art. 402, 1° comma, c.p.c.); nulla vieta infatti al il giudice della revocazione di emanare una decisione conforme a quella impugnata²².

Nell'ipotesi in cui invece il giudice non ritenga che vi sia la necessità di ulteriore istruttoria e, decidendo nel merito, revochi ingiustamente la sentenza, alla parte pregiudicata da tale decisione saranno comunque garantiti «i mezzi di impugnazione ai quali era originariamente soggetta la sentenza impugnata per revocazione» (art. 403 c.p.c.).

Si passi ora alla riflessione avente ad oggetto il motivo di revocazione indicato al n. 2 dell'art. 395, c.p.c. ai sensi del quale è possibile revocare la decisione «se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza».

La revocazione della sentenza è quindi ammessa nell'ipotesi in cui questa si sia fondata su prove false, ovvero nel caso in cui queste ultime, anche se non uniche ed esclusive²³, abbiano comunque rappresentato una componente rilevante del convincimento del giudice con riguardo alla risoluzione di una questione determinante ai fini del decidere.

Nonostante la disposizione in discorso faccia riferimento alle prove e, segnatamente, alla falsità di esse²⁴, vogliono porsi all'attenzione due ipotesi di falsità che, pur non rientrando sotto il concetto di falsità della prova, comunque si ritiene possano fondare la richiesta di revocazione *ex art. 395, n. 2, c.p.c.*

²² ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.*, p. 29; TAVORMINA, V., *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 651 e ss. spec. p. 695

²³ ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.*, p. 171; Cass., 5 febbraio 1975, n. 426; Cass., 19 luglio 1982, n. 4237.

²⁴ Intendendo con il termine “prove” «qualsiasi mezzo predisposto dalla legge perché il giudice possa, attraverso un'attività percettiva o induttiva, formarsi la convinzione circa l'esistenza o inesistenza dei fatti rilevanti per la decisione della causa» e riferendosi quindi sia alle prove costituite che alle prove costituenti cfr. ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.*, p. 160; CERINO CANOVA, A., TOMBARI FABBRINI, G., *Revocazione I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, 1991, p. 2; Cass., 22 febbraio 2006, n. 3947.

La prima delle due ipotesi che si vuole considerare è quella relativa alla falsità della consulenza tecnica, o meglio, relativa alla falsità degli accertamenti di fatto contenuti in essa²⁵. Nonostante la consulenza non sia un mezzo di prova, ragionevoli motivazioni di ordine pratico hanno indotto a ritenere invocabile l'art. 395, n. 2 anche nel caso di falsità di essa²⁶.

Si è detto che la revocazione della sentenza è ammessa esclusivamente nell'ipotesi in cui questa si fonda su prova falsa, non potendosi invece contrastare la cosa giudicata nel caso in cui «il punto della falsità di regga su altre prove»²⁷. Orbene, nell'ipotesi in cui in giudizio vi sia un incapace naturale e l'inettitudine di costui abbia costituito una questione decisiva, per definizione, la consulenza tecnica eventualmente richiesta e svolta sarà uno degli elementi su cui si è fondato l'*iter* decisionale del giudice e, venuta meno quella poiché “sconfessata”, verrà meno anche la sentenza che su di essa si fondava. Un'esemplificazione può aiutare: si pensi all'ipotesi in cui il consulente tecnico, al fine di favorire la controparte dell'incapace naturale, dichiari quest'ultimo perfettamente in grado di intendere e volere. Da quel momento in poi il giudice, presumibilmente, non nutrirà più alcun dubbio sulla capacità di codesto soggetto e trarrà dagli atti processuali compiuti od omessi elementi per la formazione del suo convincimento. Una sentenza che si fonda su tale mendace consulenza è attaccabile in quanto non sarà altro che l'effetto del contrasto tra “prova” e verità²⁸.

La seconda riflessione che vuole proporsi è quella avente ad oggetto il ragionamento presuntivo mediante il quale, nella maggior parte delle ipotesi, si giunge alla prova indiretta dell'incapacità naturale. Si è detto che la prova c.d. indiretta è quella avente ad oggetto, non il fatto da provare, bensì fatti ad esso collegati dai quali è possibile risalire al fatto principale. Si ritiene che sia esperibile la revocazione *ex art.* 395, n. 2, in presenza di una decisione fondata su un ragionamento presuntivo che, al fine di risalire al fatto ignorato, prenda le mosse da un fatto noto accertato per mezzo di una prova poi riconosciuta o dichiarata falsa.

In altri termini, si ritiene che a giustificare la revocazione non debba essere, come è, soltanto la falsità delle prove sulla base delle quali si è giudicato, ma anche la falsità

²⁵ ANDRIOLI, V., *Diritto op. cit.*, p. 936

²⁶ ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.*, p. 160.

²⁷ ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.*, p. 167.

²⁸ CARNELUTTI, F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, III ed., vol II., Roma, 1942, p. 209. Per aversi falsità della prova non è sufficiente infatti «semplice inconciliabilità di una nuova prova con quella già acquistata» cfr. CERINO CANOVA, A., TOMBARI FABBRINI, G., *Revocazione op. cit.*, p. 2

della prova che cagiona la non corrispondenza al vero del fatto noto *ex art. 2727 c.c.*; e questo poiché il ragionamento che prende le mosse da quel fatto falsamente accertato sarà quello posto alla base della prova indiretta dell'incapacità naturale e quindi quello posto alla base della decisione, decisione che, come quella revocata poiché fondata su prove false, risulterà non corrispondente alla realtà. A ben vedere infatti, da un punto di vista logico, proprio come viene meno la sentenza venendo meno la prova su cui questa si fonda, allo stesso modo viene meno la sentenza risultando falso il fatto noto dal quale prende le mosse il ragionamento presuntivo sul quale la prima si basa. Si pensi all'ipotesi in cui un testimone, deponendo il falso, affermi di aver constatato la piena capacità dell'incapace naturale nel momento immediatamente precedente ed in quello immediatamente successivo al compimento (o all'omissione) dell'atto processuale.

Dal contenuto di detta testimonianza il giudice ben potrà desumere la sussistenza della piena capacità di intendere e volere della parte anche nel periodo intermedio tra i due presi considerazione dal testimone e, quindi, anche nel preciso momento in cui l'atto veniva compiuto (od omesso). In realtà, posto che il testimone ha dichiarato il falso, e quindi i fatti da esso affermati non corrispondono al vero, il ragionamento presuntivo del giudice che prende le mosse proprio dai quei fatti è anch'esso falso.

Alla luce dell'esempio appena proposto, quindi, si ritiene che a giustificare la revocazione, lo si ripete, non deve essere soltanto la falsità delle prove sulla base delle quali si è giudicato, ma anche la falsità della prova con la quale si è accertato il fatto noto posto a base del ragionamento presuntivo che conduce alla prova indiretta della incapacità naturale.

Passando ora a quanto disposto *ex art. 395, n. 3 c.p.c.*, si ritiene che anch'esso sia utilmente considerabile con riguardo alla situazione processuale dell'incapace naturale. Ai sensi della disposizione in parola, infatti, a giustificare la richiesta di revocazione della sentenza può essere il ritrovamento di uno o più documenti decisivi che la parte non abbia potuto produrre, per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario, nel corso del giudizio definito poi con la sentenza revocanda,.

Nell'ipotesi in cui l'incapace naturale torni in sé, ovvero, in quella in cui il suo rappresentante, qualora vi sia, ritrovi dopo la sentenza un documento decisivo in presenza del quale le "carte in gioco" cambiano e di molto, la sentenza emanata senza aver valutato il predetto documento può essere revocata. È necessario che, a seguito del ritrovamento, risulti evidente una discrasia, non tanto tra le prove raccolte ed il

documento stesso, quanto piuttosto tra quest'ultimo ed il giudizio emesso sulla base delle predette prove.

In altre parole, la decisività del documento va considerata in riferimento al fatto posto alla base della decisione revocanda²⁹: qualora il fatto posto alla base della decisione revocanda sia la capacità naturale di una delle parti allora quel documento che attesta l'esatto contrario sarà decisivo.

Si pensi al ritrovamento di un certificato medico-psichiatrico, al ritrovamento di un parere *pro veritate* redatto da un medico³⁰.

Si ritiene che documenti di tal fatta, rappresentativi dello stato di incapacità naturale di una delle parti, configurino documenti decisivi; non può, infatti, ritenersi irrilevante ai fini del decidere, che il giudice venga «a sapere quello che prima non è riuscito a sapere»³¹ e cioè che una delle parti, da lui ritenuta pienamente capace, in realtà non lo era affatto. La decisione del giudice, qualora questo fosse stato a conoscenza delle condizioni di una delle parti, molto probabilmente, per non dire di certo, sarebbe stata diversa.

La sentenza, ad esempio, risulterà ingiusta, nell'ipotesi in cui la controparte dell'incapace naturale sia riuscita a provare per mezzo di presunzioni la piena capacità di quest'ultimo e l'incapace naturale, dal canto suo, dopo la sentenza, entri in possesso di un documento che rappresenti la sua vera condizione mentale. Si ritiene che in siffatta debba ammettersi senza dubbio il rimedio revocatorio, e questo poiché il giudice ha deciso senza aver potuto considerare fatti, quali quelli accertati nel documento, che avrebbero potuto condizionare il contenuto della sentenza.

Si nota che la legge, oltre ad indicare ai fini della revocazione il connotato di cui deve caratterizzarsi il documento trovato, disciplina altresì anche che tipo di circostanza deve aver impedito la produzione tempestiva dello stesso.

²⁹ SATTA, S., *Commentario, op. cit.*, , p. 327.

³⁰ Considerato che la lettera della norma fa riferimento alla possibilità che non uno, ma più documenti vengano trovati, è ben possibile immaginare l'ipotesi in cui la revocazione venga richiesta e concessa sulla base di documenti che singolarmente considerati non sarebbero decisivi, ma che acquistino tale carattere qualora esaminati nell'insieme. Cfr. ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.*, p. 176..

Si pensi ad esempio, con riguardo alla incapacità naturale, al ritrovamento di una cartella clinica, per definizione, insieme di documenti e dati. È possibile che considerati singolarmente, i certificati, i dati e tutti gli altri documenti contenuti in essa non siano connotati di un carattere di decisività poiché non sufficienti a provare lo stato di incapacità naturale di una delle parti in causa; qualora però li si consideri cumulativamente è possibile che vengano ad offrire un quadro clinico in grado di rendere provato ed evidente lo stato di incapacità naturale del soggetto.

³¹ CARNELUTTI, F., *Impossibilità di produrre un documenti e revocazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1959, p. 288 e ss spec. p. 291.

Con specifico riguardo alla forza maggiore, si rinnova *in primis* quanto affermato altrove: l'incapacità naturale della parte, non può essere superata dalla stessa mediante l'adozione di una condotta diligente³². Il suo stato si pone come un evento insormontabile che la stessa non è grado di superare. Si pensi all'emanazione di una sentenza che farà stato nei confronti di un soggetto in coma il quale, nonostante fosse a conoscenza del documento decisivo e del posto in cui trovarlo, non abbia potuto produrlo a causa del predetto stato comatoso.

La forza maggiore, come può evincersi dall'esempio, si pone come «un evento che non dipende dalla volontà della parte interessata»³³; quest'ultima quindi, per poter essere ammessa al rimedio revocatorio, deve provare la non conoscenza del documento decisivo ovvero la non disponibilità dello stesso³⁴ o l'impossibilità di produrlo e, altresì deve provare, che l'ignoranza e la indisponibilità o l'impossibilità predette siano incolpevoli³⁵, poiché la forza maggiore esclude la colpa.

Stante ciò, si ritiene che l'incapacità naturale di una delle parti possa essere intesa proprio come quell'evento, quella condizione che esula, per definizione, dalla volontà della parte che ne affetta; da ciò discende che la sentenza emessa in mancanza della valutazione di un documento decisivo³⁶, cagionata proprio da detta condizione, è revocabile *ex art. 395, n.3* in quanto si ritiene di essere in presenza di una situazione equivalente a quelle descritte dalla norma in discorso.

A questo può aggiungersi un'ulteriore riflessione. La dottrina è pressoché unanime nel ritenere che la revocazione straordinaria *ex art. 395, n. 3 c.p.c.* non possa essere richiesta nell'ipotesi in cui la parte *cui interest* il documento avrebbe potuto chiederne l'esibizione durante il corso del giudizio.

Orbene, astrattamente la regola appare corretta, posto che la forza maggiore esclude la colpa e quindi anche la mancata diligenza³⁷. A ben vedere, peraltro, nell'ipotesi in cui a non chiedere l'esibizione sia stato un incapace naturale la situazione muta: in effetti l'omessa richiesta di esibizione, lungi dall'esser cagionata da colpa ovvero da malafede, è invece dovuta all'incapacità naturale. È per questo che si ritiene che nell'ipotesi in cui un incapace naturale non abbia chiesto nel corso del giudizio l'esibizione di un

³² Cfr. paragrafo II.2.

³³ ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.*, p. 183.

³⁴ GERA, G., *Forza maggiore e ricorso in revocazione*, in *Commissione tributaria centrale*, 1982, II, p. 1020.

³⁵ CERINO CANOVA, A., TOMBARI FABBRINI, G., *Revocazione, op. cit.*, p. 3.

³⁶ ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.* p. 189.

³⁷ ATTARDI, A., *La revocazione, op. cit.*, p. 189.

documento decisivo, questo non basta a precludergli la possibilità di chiedere la revocazione della sentenza, in quanto il mancato esercizio del potere in parola non è ascrivibile a titolo di colpa in capo all'incapace, ma è invece dovuto al suo stato di alterazione mentale e quindi ad una causa di forza maggiore.

La parte soccombente, infine, ai sensi dell'art. 395, n. 3 c.p.c., può chiedere la revocazione della sentenza quando per «fatto dell'avversario» non abbia potuto produrre in giudizio un documento decisivo. Preliminarmente si vuole chiarire che per «fatto dell'avversario» si intende qualsiasi comportamento, attivo od omissivo, posto in essere dalla controparte³⁸.

Si può dire peraltro che, nell'ipotesi in cui a non produrre il documento in giudizio sia stato un incapace naturale, il «fatto dell'avversario» possa ravvisarsi nella instaurazione e coltivazione del processo contro un soggetto del quale si conosce l'incapacità naturale.

Perché l'incapace naturale non possa produrre il documento decisivo, infatti, non occorre necessariamente che il documento stesso sia in possesso della controparte³⁹; visto il suo stato, la produzione nel corso del giudizio, come dimostrato, gli sarebbe comunque presumibilmente impedita. Da ciò discende che l'incapace naturale sarà sempre scusato in quanto la sua incapacità, come detto, configura quella causa di forza maggiore che gli ha impedito la conoscenza, ovvero la produzione tempestiva del documento decisivo.

Infine, si faccia riferimento a quanto disposto *ex art.* 395, n. 6 c.p.c. ai sensi del quale è possibile revocare la sentenza se risulta che la stessa sia «effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato».

Con riguardo alla nostra ipotesi infatti è possibile considerare il caso in cui il giudice perfettamente consapevole della condizione di incapacità naturale in cui versi una delle parti in causa, «scientemente, volutamente e illegittimamente»⁴⁰ compia atti del suo ufficio o emani la sentenza in danno dell'incapace naturale. In presenza del dolo del giudice, sia esso intento fraudolento, piuttosto che collusione con l'altra parte⁴¹, è quasi certo il condizionamento che ne deriverà sulla decisione⁴².

³⁸ CERINO CANOVA, A., TOMBARI FABBRINI, G., *Revocazione*, *op. cit.*, p. 3.

³⁹ PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, *op. cit.*, vol. II, p. 557.

⁴⁰ FAZZALARI, E., *Revocazione*, *op. cit.*, spec. p. 299.

⁴¹ SATTA, S., *Commentario*, *op. cit.*, p. 333; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1409.

⁴² ROTA, F., *Revocazione nel diritto processuale civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 470 e ss., spec. p. 483.

Se nel corso del giudizio, ad esempio, l'incapace naturale privo di un rappresentante legale assuma condotte eclatanti che manifestino il suo stato, il giudice senza dubbio può dirsi consapevole della condizione in cui detta parte versi, poiché, come detto, ne ha avuto diretta percezione.

Nell'ipotesi in cui il giudice sia in mala fede⁴³ e il dolo di questo concorra magari con quello della controparte dell'incapace naturale, molto probabilmente, lo stesso si asterrà dal trasmettere gli atti del giudizio al pubblico ministero il quale, conseguentemente a ciò, potrebbe rimanere totalmente ignaro della presenza in giudizio dell'incapace. L'effetto di una simile condotta dolosa posta in essere da parte del giudice, comporterà conseguenze non poco rilevanti: in primo luogo, il pubblico ministero, non essendo a conoscenza della condizione di una delle parti, dolosamente occultata dal giudice, non potrà, anche qualora ve ne fossero le condizioni, procedere all'instaurazione di un procedimento di interdizione ovvero intervenire in giudizio. In secondo luogo, il giudice realizzerebbe l'obiettivo perseguito: con il suo agire, infatti, cagionerebbe un ingiusto e consistente vantaggio alla parte che lo stesso vuole favorire: quest'ultima, soprattutto nell'ipotesi in cui l'incapace naturale stia in giudizio personalmente, si trova nella possibilità di agire deliberatamente potendo contare, da un lato, sull'inconsapevolezza dell'incapace e, dall'altro, sulla "collaborazione illegittima" del giudice.

Nell'ipotesi descritta è evidente che il giudice emanerà consapevolmente una sentenza ingiusta e, in quanto tale, revocabile.

⁴³ FAZZALARI, E., *Revocazione*, *op. cit.*, spec. p. 299.

CONCLUSIONI

L'intera ricerca ha avuto come punti di riferimento il principio di uguaglianza, il diritto di difesa ed il principio del giusto processo. Proprio in riferimento all'ossequio dovuto ai predetti principi, se da un lato è emerso che l'ordinamento giuridico non rimane indifferente alle esigenze di chi versi in stato di incapacità naturale, al contempo le pagine che precedono hanno dimostrato la necessità di un intervento del Legislatore che finalmente colmi il *vulnus* di tutela in cui di fatto si trova l'incapace.

Considerare come irrilevante la condizione alterata di questi soggetti qualora gli stessi siano parti in un processo civile, realizza infatti una gravissima lesione del loro diritto di difesa, lesione che, qualora non rimediata, rischia di intaccare l'assetto garantista che il processo si impone di assicurare e realizzare. La tutela dell'incapace necessita di strumenti processuali specificamente preordinati alla sua realizzazione e, in vista di ciò, la mera presenza degli organi giurisdizionali, seppur irrinunciabile, potrebbe non essere sufficiente.

Tutto questo ha stimolato la prospettazione di soluzioni ritenute, almeno a parere di scrive, maggiormente idonee alla tutela giurisdizionale dell'incapace naturale, la cui applicazione di certo avrebbe dei risvolti più che positivi, soprattutto se si ha riguardo a quanto sostenuto circa la nomina a favore dell'incapace naturale di un curatore speciale vocato alla sua rappresentanza e tutela, nomina attualmente esclusa e riservata ai soli incapaci legali.

Si auspica di aver offerto un contributo utile alla realizzazione di una tutela processuale che abbia come destinatario l'incapace naturale e altresì si auspica che il lavoro svolto sia stimolo di successive riflessioni che prendano le mosse da quanto sostenuto nelle pagine che precedono. Alla luce di quanto sopra si è ritenuto necessario riconsiderare la questione dell'irrilevanza processuale dell'incapacità naturale per porla in una prospettiva di tipo «sostanzialistico»⁴⁴ e si auspica di essere riusciti nell'intento.

«In fondo il vero problema sta a monte della disciplina del processo civile ed è probabilmente quello di contemperare esigenze e interessi sostanziali in conflitto tra loro, di immaginare in definitiva, nell'ottica della tutela giurisdizionale dei diritti, una distribuzione finalmente equa e solidale del “prezzo della follia”»⁴⁵.

⁴⁴ DALMOTTO, E., *Nota sulla tutela dell'incapace naturale. Corte Cost. 19 novembre 1992, n. 468*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, p. 19 e ss. spec. p. 20.

⁴⁵ VULLO, E., *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, I, p. 1846 e ss. spec. p. 1849.

BIBLIOGRAFIA

- AIMONETTO, M. G., *L'incapacità dell'imputato per infermità di mente*, Milano, 1992
- ALLARA, M., *Teoria generale del contratto*, II ed., Torino, 1955
- ALLORIO, E., *La revoca del giuramento e un'inesistente questione di metodo*, in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1948, c. 193 e ss.,
- ANDRIOLI, V., *Commento al codice di procedura civile*, III ed., 1957
- ANDRIOLI, V., *Commento al codice di procedura civile*, III ed. riveduta, Napoli, 1960
- ANDRIOLI, V., *Giuramento (Diritto civile e diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto*, vol. VII, Torino, 1961, p. 943 e ss.
- ANDRIOLI, V., *O' miereco d'e' pazze*, in *Foro italiano*, 1968, vol. XCI, I, 2164
- ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1979
- ARIETA, G., DE SANTIS, F., MONTESANO, L., *Corso base di diritto processuale civile*, IV ed., Padova, 2010
- ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 186 *quater*, p. 1150 e ss.
- ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 420, p. 2349 e ss.
- ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 615, p. 2745 e ss.
- ASPRELLA, C., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 617, p. 2779 e ss.
- ATTARDI, A., *La revocazione*, Padova, 1959
- BALBI, C. E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983
- BALBI, C. E., *Rimessione in termini I) diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1990
- BALENA, G., *Giuramento*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IX, 1970, p. 105 e ss.
- BALENA G., *La riforma del processo di cognizione*, Napoli, 1994
- BALENA, G., *Elementi di diritto processuale civile*, III ed., Bari, 2006

- BALENA, G., *Le preclusioni istruttorie tra concentrazione del processo e ricerca della verità*, in *Giusto processo civile*, 2006, p. 45 e ss.
- BALENA, G., CAPONI, R., CHIZZINI, A., MENCHINI, S., *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009
- BALENA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile, I principi*, II. ed., Bari, 2012
- BARBARESCHI, L., *L'irretrattabilità del giuramento decisorio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1948, p. 978 e ss.
- BARBERO, D., *Il sistema del diritto privato*, I ed. dopo la scomparsa dell'Autore a cura di LISERRE A. e FLORIDIA G, vol. I, Torino, 1988
- BARTOLINI, FRANCESCO, BARTOLINI, FRANCESCA, *Commentario al codice di procedura civile*, III ed., Piacenza, 2008
- BARTOLINI, FRANCESCO, *Codice di procedura civile prima e dopo le riforme*, Piacenza, 2009
- BARTOLINI, FRANCESCO, BARTOLINI, M., *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, IX ed., Piacenza, 2010
- BARTOLINI, FRANCESCO, SAVARRO, P., *Codice di procedura civile commentato con la giurisprudenza*, XXIX ed., Piacenza, 2011
- BARTOLINI, FRANCESCO, SAVARRO, P., *Codice di procedura civile commentato con la giurisprudenza*, XXXI ed., Piacenza, 2012
- BATTAGLINI, M., PETITTI, S., in AA. VV., *Codice di procedura civile con il commento della giurisprudenza della cassazione*, XIV ed., Milano, 2005, sub art. 78, p. 359
- BELLAGAMBA, G., CARITI, G., *L'esecuzione civile. Rassegna della giurisprudenza su tutta la normativa sostanziale e processuale con commento*, II ed. ampliata e aggiornata, Milano, 2003
- BELLONI, G., *Neuropsichiatria*, II ed., Padova, 1948
- BERGAMINI, L., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile*, Torino, 2010, sub art. 309, p. 1392 e ss.
- BIANCHI, F., *Il codice di procedura civile annotato sistematicamente articolo per articolo con riferimento al progetto definitivo al codice sostituito ai lavoratori preparatori*, Milano, 1941
- BIANCHI, G., *La prova civile: onere e ammissibilità della prova nel Codice civile*, Padova, 2009
- BISEGNA, F., U., *Tutela e curatela*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Torino, 1968, p. 924 e ss.

- BONGIORNO G., *Responsabilità aggravata*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVI, Roma, 1990
- BONILINI, G., CHIZZINI, A., *L'amministrazione di sostegno*, II ed., Padova, 2007
- BONOMO, D. M. E., *Infermità di mente e responsabilità civile*, Milano, 2012
- BONNECASE, J., *Précis de droit civil*, 1934, vol. II, n. 354
- BONSIGNORI, A., *Problemi dibattuti in tema di riassunzione del processo di cognizione*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1962, p. 1063 e ss.
- BONSIGNORI, A., *Effetti della vendita e dell'assegnazione*, in SCHLESINGER, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 1988, p. 277 e ss.
- BONSIGNORI, A., *L'esecuzione forzata*, III ed., Torino, 1996
- BONSIGNORI, A., *Impugnazioni civili in generale*, in *Digesto italiano*, vol. VI, Torino, 1993, p. 334 e ss.
- BORRÈ, G., *Intorno alle conseguenze della mancata comparizione delle parti alla c.d. udienza di incanto immobiliare*, in *Foro italiano*, 1963, I, c. 2319 e ss.
- BRIGUGLIO, A., *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima, riforma in materia di giustizia civile*, in *Giustizia civile*, 2009, p. 266 e ss.
- BROGNA, P., *La urgenze psichiatriche*, in BALESTRIERI, M., BELLANTUOMO, C., BERARDI, D., DI GIANNANTONIO, M., RIGATELLI, M., SIRACUSANO, A., ZOCCALI, R. A., *Manuale di psichiatria*, Roma, 1997
- BRUNELLI, B., in CARPI, F., COLESANTI, V., TARUFFO, M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, VI ed., Padova, 2009, sub art. 181, p. 654 e ss.
- BRUNETTI, R., *Patria potestà e tutela nella giurisprudenza*, Padova, 1970
- BRUSCUGLIA, L., *Interdizione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1990
- BUCCIANTE, A., *La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*, in RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato*, vol. IV, Torino, 1982, p. 518 e ss.
- BUFFONE, G., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, sub art. 231, p. 1095 e ss.
- BULGARELLI, A., in CENDON, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 2009, sub art. 424, p. 1103 e ss.
- BUTERA, A., *Il codice civile italiano commentato secondo l'ordine degli articoli*, Torino, 1939

BUTTITTA, R., *L'incapacità naturale e l'amministratore di sostegno*, in *Vita notarile*, 2004, p. 487 e ss.

CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Padova, 1943-44

CALÒ, E., *L'amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, VI ed., Milano, 2004

CALVOSA, C., *Estinzione del processo civile*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VI, Torino 1960, p. 973 e ss.

CAMPESE, G., *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Famiglia e diritto*, 2004

CANDIAN, A., *Caso fortuito e forza maggiore (Diritto civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. II, Torino, 1958, p. 988 e ss.

CANOVA, A., C., CONSOLO, C., *Impugnazioni I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Roma, 1990

CAPACCIOLI, E., *In tema di dolo revocatorio*, in *Giurisprudenza italiana*, 1951, c. 291 e ss.

CAPONI, R., *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996

CAPONI, R., *La causa non imputabile alla parte nella disciplina della rimessione in termini nel processo civile*, in *Foro Italiano*, I, 1998, c. 2658 e ss.

CAPONI, R., *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*, in *Foro italiano*, I, 2003, c. 13 e ss.

CAPONI, R., *La nuova disciplina del perfezionamento della notificazione nel processo civile (art. 149, 3° comma, c.p.c.)*, in *Foro italiano*, 2006, V, c. 165 e ss.

CAPONI, R., *Rimessione in termini nel processo civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, aggiornamento*, Torino, 2009, p. 466 e ss.

CAPPELLETTI, M., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, vol. I, Milano, 1962

CARACCILOLO, R., *L'incapacità naturale tra questioni di sostanza e problemi di prova*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, I, 2, p. 1063 e ss.

CARNELUTTI, F., *Avamprogetto*, Padova, 1926

CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile. Processo di esecuzione*, Padova, 1931

CARNELUTTI, F., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936

- CARNELUTTI, F., *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, 1937
- CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1938
- CARNELUTTI, F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, III ed., Roma, 1942
- CARNELUTTI, F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, IV ed., Roma, 1951
- CARNELUTTI, F., *Istituzioni del processo civile italiano*, V ed., Roma, 1956
- CARNELUTTI, F., *Impossibilità di produrre un documenti e revocazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1959, p. 288 e ss.
- CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1986
- CARNELUTTI, F., *La prova civile*, Milano, 1992
- CARPINO, B., *Scrittura privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Milano, 1990, p. 805 e ss.
- CARRIERI F., CATANESI, R., *La perizia psichiatrica sull'autore di reato: evoluzione storica e problemi attuali*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2001, I, p. 15 e ss.
- CASTELLARI, A., *Dell'interrogatorio delle parti secondo il nostro diritto giudiziario moderno*, in appendice a GLÜCK, C. F., *Commentario alle Pandette*, 1b. XI, Milano, 1903 p. 97 e ss.
- CASTIGLIONE-HUMANI, V., *Condizione giuridica degli incapaci non dichiarati*, in *Rivista di diritto civile*, 1942, p. 141 e ss.
- CASTORO, P., *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, V ed. ampliata e aggiornata, Milano, 1980
- CATTANEO, G., *Emancipazione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VI, Torino, 1968, p. 489 e ss.
- CENDON, P., *La tutela civilistica dell'infermo di mente*, in PATTI, S., *La riforma dell'interdizione e dell'inabilitazione*, Milano, 2002, p. 33 e ss.
- CERINO CANOVA, A., *Acquiescenza*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. I, Roma, 1990
- CERINO CANOVA, A., TOMBARI FABBRINI, G., *Revocazione I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, 1991
- CHERCHI, A., *Sull'espressione «incapacità naturale»*, in *Temi emiliana*, 1933, II, p. 65 e ss.

- CHIARLONI, S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1987, p. 569 e ss.
- CHIAVARIO, M., *Processo e garanzie della persona*, II ed., vol. II, Milano, 1982
- CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale*, Torino, 1988
- CHIAVARIO, M., *Dichiarazioni a carico e contraddittorio tra l'intervento della Consulta e i progetti di riforma costituzionale*, in *Legislazione penale*, 1998, p. 925 e ss.
- CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, III ed., Napoli, 1923
- CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1935
- CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II ed., riveduta ed emendata, Napoli, 1936
- CHIOVENDA, G., *Principi di diritto processuale civile*, rist. anastatica, Napoli, 1965
- CHIOVENDA, G., *Principii di diritto processuale civile*, IV ed., rist., Napoli, 1980
- CIPRIANI, F., *La professione di avvocato*, in ID, *Avvocatura e diritto alla difesa*, Napoli, 1999, p. 1 e ss.
- CIPRIANI, F., *Errori nella difesa e responsabilità del difensore*, in *Il giusto processo civile*, I, 2009, p. 1 e ss.
- COMOGLIO, L. P., *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970
- COMOGLIO, L. P., *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980
- COMOGLIO, L.P., *Confessione (dir. proc. civ.)* in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988
- COMOGLIO, L.P., *Contraddittorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. IV, Torino, 1989, p. 3 e ss.
- COMOGLIO, L.P., *Contraddittorio I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VIII, Roma, 1990
- COMOGLIO, L. P., *Giuramento II) diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XV, Roma, 1990
- COMOGLIO, L.P., *Le prove civili*, Torino, 2004
- COMOGLIO, L. P., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Torino, 2012, sub art. 83, p. 1079 e ss.

- COMOGLIO, L. P., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, *sub art.* 117, p. 447 e ss.
- COMPORI, M., in CIAN, G., TRABUCCHI, A., OPPO, G., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, vol. IV, Padova, 1992, *sub art.* 394, p. 542 e ss.
- CONSOLO, C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, II ed. ampliata e aggiornata, Padova, 2008
- CONSOLO, C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. III il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze, Torino, 2010
- CONSOLO, C., *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69; altri profili significativi a prima lettura*, in *Il corriere giuridico*, 2009, p. 877 e ss.
- CONSOLO, C., *Codice di procedura civile*, XVI ed., Roma, 2010
- CONTE, R., *L'ordinanza di ingiunzione nel processo civile*, Padova, 2003
- CONTE, M., *Le prove civili*, Milano, 2005
- CONVERSO, A., *L'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2001, I, p. 635 e ss.
- CORDERO, F., *Strutture d'un codice*, in *L'indice penale*, vol. I, 1989, p. 23 e ss.
- COSTA, S., *Comparizione delle parti*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. III, Torino, 1959, p. 711 e ss.
- COSTA, S., *Manuale di diritto processuale civile*, V ed., Torino, 1980
- COSTANTINO, G., *Il giubileo del medico dei pazzi: l'incapace naturale nel processo civile*, in *Foro italiano*, 1993, I, 1044 e ss.
- COSTANTINO, G., *La lunga agonia del processo civile (Note sul d.l. 21 giugno 1995 n. 238)*, in *Foro Italiano*, 1995, II-V, c. 321 e ss.
- COSTANZO, A., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 75, p. 1 e ss.
- COTTINO, G., *Caso fortuito e forza maggiore (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960, p. 377 e ss.
- CRISCUOLI, G., *Violenza fisica e violenza morale*, in *Rivista di diritto civile*, 1970, I, p. 127 e ss.
- CRIVELLI, A., in ID, *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, vol. III, Torino, 2006

- CULOT, D., *L'interruzione del processo civile*, Milano, 2006
- D'ADAMO, D., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile*, Torino, 2010, *sub art.* 181, p. 879 e ss.
- D'AMELIO, M., *Il nuovo codice di procedura civile: commentario*, Torino, 1943
- D'ANGELO, A., *Rinuncia agli atti del giudizio e volontà delle parti*, in *Il nuovo diritto*, 1960, p. 129 e ss.
- D'ONOFRIO, P., *Commento al nuovo codice di procedura civile*, Padova, 1941
- D'ONOFRIO, P., *Commento al codice di procedura civile*, III ed., Torino, 1953
- D'ONOFRIO, P., *Commento al codice di procedura civile*, IV ed., Torino, 1957
- D'ONOFRIO, P., *Acquiescenza*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. I, tomo I, Torino 1960, p. 232 e ss.
- D'ORAZI, M., *Gli atti di amministrazione e l'acquisto nell'interesse dei minori*, Napoli, 1942
- DALMOTTO, E., *Nota sulla tutela dell'incapace naturale. Corte Cost. 19 novembre 1992, n. 468*, in *Giurisprudenza italiana*, 1994, I, p. 19 e ss.
- DAWAN, D., *La circonvenzione di persone incapaci*, Padova, 2003
- DE FILIPPIS, B., CASABURI G., *Il giudice tutelare nella dottrina e nella giurisprudenza*, Padova, 1999
- DELLE MONACHE, S., *Prime note sulla figura dell'amministratore di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, II, p. 42 e ss.
- DELL'ORO, A., *Dell'emancipazione dei minori affidati alla pubblica o alla privata assistenza e dell'affiliazione (artt. 390-413)*, in SCIALOJA G., BRANCA F., *Commentario al codice civile*, Bologna, 1972
- DELL'ORO, A., *Della tutela dei minori (art. 343-389)*, in SCIALOJA G., BRANCA F., *Commentario al codice civile*, Bologna, 1979
- DE MAJO, R., in PERLINGIERI, G., *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, III ed., Napoli, 2010, *sub art.* 394, p. 1206 e ss.
- DEMARCHI, P. G., *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009
- DENTI, V., *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, Pavia, 1959, p. 3 e ss.
- DENTI, V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Rivista di diritto processuale*, 1966, p. 217 e ss.

- DENTI, V., SIMONESCHI, G., *ART. 420*, in IDD, *Il nuovo processo del lavoro: commento alla legge 11 agosto 1973, n. 533*, Milano, 1974
- DE SANTIS, F., *La rimessione in termini nel processo civile*, Torino, 1996
- DE STEFANO, F., *L'istruzione della causa nel nuovo processo civile*, Padova, 1999
- DE STEFANO, G., *In tema di comportamento processuale della parte*, in *Giurisprudenza italiana*, 1955, I, 2, c. 359 e ss.
- DEVOTO, G., OLI, G.C., *Incosciente*, in DEVOTO, G., OLI, G.C., (a cura di SERIANNI, L., TRIFONE, M.) *Il Devoto – Oli Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2009, p. 1364 e ss.
- DI BLASI, F. U., *Rappresentanza in giudizio (Diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto*, vol. XIV, Torino, 1958, p. 859 e ss.
- DI BLASI, F. U., *Difensore (Diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto*, vol. V, Torino, 1960, p. 606 e ss.
- DIDONE, A., *Osservazioni sulla rinuncia della sentenza da parte dell'intimato ex art. 186 quater c.p.c. e sull'impugnazione dell'ordinanza*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, I, c. 287 e ss.
- DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 82, p. 89 e ss.
- DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 83, p. 131 e ss.
- DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 84, p. 271 e ss.
- DI MARZIO, M., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 96, p. 495 e ss.
- DI MATTEO, F., in AA. VV., *Codice di procedura civile commentato a cura di COMOGLIO, P., e VACCARELLA, R.*, III ed., Torino, 2010, *sub art.* 75, p. 391 e ss.
- DINACCI, G., *L'incapacità naturale*, in *Rivista di diritto civile*, , II, Padova, 1973, p. 250 e ss.
- DONDINA, M., *Atti processuali (civili e penali)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. I, tomo II., Torino, 1988, p. 1515 e ss.
- EBNER, V., FILADORO, C., *Manuale del procedimento di ingiunzione*, III ed., Milano, 1990
- FABBRINI, G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975

- FALZEA, A., *Capacità (teoria gen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, 1960, p. 8 e ss.
- FADDA, C., BENZA, P.E., *Note a B. Windschied, Pandette*, vol. IV, Torino, 1926
- FANELLI, R., *La riassunzione della causa nel processo civile*, Napoli, 1956
- FARKAS, F., in ALPA, G., MARICONDA, V., *Codice civile commentato*, Roma, 2009, *sub art.* 428, p. 1232 e ss.
- FARINA, M., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 117, p. 836 e ss.
- FAZZALARI, E., *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano 1960, p. 293 e ss.
- FAZZALARI, E., *Istituzioni di diritto processuale*, VII ed., Padova, 1994
- FAZZALARI, E., *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Padova, 1996
- FAZZALARI, E., LUISO, F., *Codice di procedura civile*, XII ed., Milano 2008, *sub art.* 78, p. 86 e ss.
- FERRI, C., *Interrogatorio. I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX), Roma, 1989
- FERRI, C., *Codice di procedura civile e leggi collegate*, II ed., Bologna, 2011
- FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale, parte generale*, VI ed., Bologna, 2010
- FIANDACA, G., MUSCO, E., *Diritto penale, parte speciale*, VI ed., Bologna, 2010
- FIGONE, A., *La violenza*, in SCHLESINGER, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 2005
- FINOCCHIARO, M., in STELLA RICHTER, G., STELLA RICHTER, P., *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, aggiornamento 2006-2010 a cura di STELLA RICHTER G., PALADINI, F., MARCHIAFAVA, S., vol. I, tomo 2, Milano, 2006, *sub art.* 78, p. 1077 e ss.
- FINOCCHIARO, M., in STELLA RICHTER, G., STELLA RICHTER, P., *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, aggiornamento 2006-2010 a cura di FINOCCHIARO, M., CORSINI, G., vol. I, tomo 2, Milano, 2006, *sub art.* 78, p. 547 e ss.
- FINOCCHIARO, M., in STELLA RICHTER, G., STELLA RICHTER, P., *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, aggiornamento 2006-2010 a cura di FINOCCHIARO, M., CORSINI, G., vol. I, tomo 2, Milano, 2006, *sub art.* 75, p. 473 e ss.
- FORCHIELLI, P., *Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione: (art. 414-432)*, in SCIALOJA, G., BRANCA F., *Commentario al codice civile*, Bologna, 1988

FORNACIARI, M., *La definizione del thema decidendum e probandum nel processo civile di rito ordinario*, in *Giustizia civile*, 2002, II, p. 297 e ss.

FRANCHI, L., FEROCI, V., *Il nuovo codice di procedura civile con la relazione, richiami e note, tabelle di confronto e indici: sommario, analitico e alfabetico*, Milano, 1941

FUNAIOLI, G. B., *La teoria della violenza nei rapporti giuridici*, Roma, 1927

FURNO, C., *Irretrattabilità del giuramento decisorio*, in *Rivista di diritto processuale*, III, I, 1948, p. 173 e ss.

FURNO, C., *Nullità e rinnovazione degli atti processuali civili*, in *Studi in onore di Redenti*, vol. I, Milano, 1951, p. 403 e ss.

FURNO, C., *Questioni sulla ritualità dell'intervento nell'espropriazione presso terzi*, in *Scritti in memoria di P. Calamandrei*, vol. III, Padova, 1958, p. 289 e ss.

FURNO, C., *Confessione (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Milano, 1961, p. 870 e ss.

GALLO, P., *Violenza*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. XIX, Torino, 1999, p. 731 e ss.

GALLO, P., *Diritto privato*, IV ed., Torino, 2006

GALLO, P., *Trattato del contratto*, vol. III, Torino, 2010

GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942

GARBAGNATI, E., *Opposizione all'esecuzione*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XI, Torino, 1965, p. 1068 e ss.

GENOVESE, F. A., RISOLO, C. I., *La riforma del processo civile*, Milano, 2010

GERA, G., *Forza maggiore e ricorso in revocazione*, in *Commissione tributaria centrale*, 1982, II, p. 1020 e ss.

GIAMPICCOLO, G., *Note sul comportamento concludente*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1968, p. 778 e ss.

GIANA, S., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, *sub art.* 231, p. 966 e ss.

GIANA, S., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, *sub art.* 238, p. 994 e ss.

- GIANNATTASIO, C., *Atti consentiti al difensore*, in *Giurisprudenza complementare cassazione civile.*, XXX, 1951, III, I, p. 214 e ss.
- GIANNOZZI, G., *La contumacia nel processo civile*, Milano, 1963
- GIARDINA, F., *L'interdizione giudiziale*, in LIPARI, N., RESCIGNO, P., *Diritto civile. Fonti, soggetti, famiglia*, I, Milano, 2009, p. 307 e ss.
- GIORDANO, R., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 306, p. 1508 e ss.
- GIORDANO, R., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 329, p. 1611 e ss.
- GIORDANO, R., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 239, p. 1135 e ss.
- GIORDANO, R., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 306, p. 1893 e ss.
- GIORDANO, R., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 307, p. 1909 e ss.
- GIORGETTI, M., *Le rinunce alle impugnazioni civili*, Milano, 2000
- GIORGETTI, M.C, *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2006, *sub art.* 78, p. 295 e ss.
- GIORGETTI, M.C, *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, II ed., Torino, 2008, *sub art.* 78, p. 412 e ss.
- GIORGIANNI, M., *L'inadempimento: corso di diritto civile*, III ed., Milano, 1975
- GIUDICEANDREA, N., *Impugnazioni (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1988, p. 385 e ss.
- GIULIANI, A., *Sui poteri del tutore o del curatore provvisorio nei procedimenti di interdizione e di inabilitazione*, in *Rivista notarile*, 1951, III, p. 285 e ss.
- GIUSIANA, E., *Decadenza e prescrizione*, Torino, 1943
- GRASSELLI, G., MASONI, R., MARTINO, M., *Il nuovo processo civile*, Torino, 2010
- GRASSO, E., in ALLORIO, E., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, tomo II, Torino, 1973, *sub art.* 112, 1254 e ss.
- GRASSO, E., in ALLORIO, E., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, tomo II, Torino, 1973, *sub art.* 117, p. 1322 e ss.

- GRASSO, E., *Interpretazione della preclusione e nuovo processo civile in primo grado*, in *Rivista di diritto processuale*, 1993, p. 639 e ss.
- GRAZIOSI, C., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 181, p. 413 e ss.
- GRAZIOSI, C., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 185, p. 538 e ss.
- GROSSI, D., *Termine (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 234 e ss.
- JANNUZZI, A., *Dolo negativo revocatorio*, nota a Cass., 10 febbraio 1954, n. 326, in *Giurisprudenza italiana*, 1954, I, 1, c. 507 e ss.
- JANNUZZI, A., LOREFICE, P., *La volontaria giurisdizione*, XI ed., Milano, 2006
- LA CHINA, S., *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, II ed., Milano, 1970
- LA CHINA, S., *Manuale di diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 2003
- LA MARCA, G., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 632, p. 2853 e ss.
- LASERRA, G., *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1968, p. 914 e ss.
- LAZZARO, F., GURRIERI, M., D'AVINO, P., *L'esordio del nuovo processo civile*, II ed., Milano, 1997
- LEMBO, G., *Esposizione e commento del nuovo codice di procedura civile*, Bari, 1941
- LEONE, G., *Lineamenti di diritto processuale penale*, IV ed. rielaborata sulla legge del 18 Giugno 1955, Napoli, 1956
- LIEBMAN, E. T., *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Milano, 1936
- LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1959
- LIEBMAN, E.T., , *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in AA. VV. *La protezione giuridica del lavoratore. Il principio del contraddittorio nel processo civile, penale e amministrativo*, Milano, 1968, p. 130 e ss.
- LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Il processo ordinario di cognizione*, IV ed., Milano, 1981

- LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi.*, V ed. a cura di RICCI, E., W., RUOSI, Milano, 1992
- LIEBMAN, E. T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, VII ed. a cura di COLESANTI, V., MERLIN, E., RICCI, E. F., Milano, 2007
- LIONE, S., *Il nuovo processo civile: manuale pratico con particolare trattazione del procedimento davanti al pretore*, Roma, 1942
- LISELLA, G., *Interdizione «giudiziale» e tutela della persona: gli effetti della incapacità legale*, Camerino - Napoli, 1984
- LISELLA, G., *Amministrazione di sostegno e funzioni del giudice tutelare. Note su una attesa innovazione legislativa*, in *Rassegna diritto civile*, 1999, p. 217 e ss.
- LOJACONO V., *Amministrazione (atti di)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958, p. 152 e ss.
- LUGO, A., *Manuale di diritto processuale civile*, XVII ed., Milano 2009
- LUGO, A., *Manuale di diritto processuale civile*, XVIII ed. a cura di DE ANGELIS, C., Milano, 2012
- LUISO, F., *Il processo del lavoro*, Milano, 1992
- LUISO, F., *Diritto processuale civile*, III ed., Milano, 2000
- LUISO, F., *Diritto processuale civile*, VI ed., Milano, 2011
- MALAGÙ, L., *Artt. 615-632*, in CARPI, F., COLESANTI, V., TARUFFO, M., *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1994, 1183 e ss.
- MALAVASI, B., *L'amministrazione di sostegno: le linee di fondo*, in *Notariato*, 2004, p. 320 e ss.
- MALINVERNI, A., *Primo sguardo al nuovo codice*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 457 e ss.
- MANDRIOLI, C., *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957
- MANDRIOLI, C., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959
- MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, tomo 2, Torino, 1973, *sub art.* 75, p. 881 e ss.
- MANDRIOLI, C., in ALLORIO, E., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, tomo 2, Torino, 1973, *sub art.* 78, p. 919 e ss.

- MANDRIOLI, C., *Opposizione all'esecuzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 431 e ss.
- MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, IV ed., Torino, 1983
- MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, VI ed., Torino, 1987
- MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, VIII ed., 1991
- MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, IX ed., vol. I, Torino, 1994
- MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, XVIII ed., Milano, 2006
- MANDRIOLI, C., *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2007
- MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, XXI ed. aggiornata a cura di CARRATTA A., Torino, 2011
- MARCHETTI, C., *Dolo revocatorio e falsa allegazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 1960, p. 418 e ss.
- MARMOCCHI, E., *Scrittura privata*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1990
- MARTINETTO, G., *Contraddittorio (principio del)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. IV, Torino, 1959, p. 458 e ss.
- MARZOCCHI, P., in CARPI, F., COLESANTI, V., TARUFFO, M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, II ed., Padova 1988, *sub art.* 78, p. 142 e ss.
- MAZZEO, A., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 214, p. 1228 e ss.
- MAZZEO, A., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 232, p. 1266 e ss.
- MEO, G., *In tema di incapacità naturale*, in *Giustizia civile*, 1957, I, p. 436
- MESSINA, G., in CENDON, P., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 2012, *sub art.* 117, p. 953 e ss.
- MESSINEO, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., Milano, 1957
- MICHEL, G.A., *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937
- MICHEL, G.A., *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, I, 1942, p. 3 e ss.
- MICHEL, G.A., *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1959

- MINOLI, E., *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942
- MONACCIANI, L., *Azione e legittimazione*, Milano, 1951
- MONTANARI, M., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 117, p.1125 e ss.
- MONTANARI, M., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 231, p. 1946 e ss.
- MONTANARI, M., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 309, p. 2479 e ss.
- MONTELEONE, G., *Diritto processuale civile*, III ed. riv. agg., Padova, 2002,
- MONTELEONE, G., *Manuale di diritto processuale civile*, IV ed, Padova, 2007
- MONTESANO, L., *Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1980, p. 233 e ss.
- MONTESANO, L., ARIETA, G., *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, III ed., Torino 1999
- MONTESANO, L., ARIETA, G., *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001
- MONTESANO, L., VACCARELLA, R., *Manuale di diritto processuale del lavoro*, III ed., riv. e ampliata, Napoli, 1996
- MONACI, S., *Gli effetti interinali della pronuncia di interdizione e di inabilitazione Parte I*, in ID., *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano 1972, p. 1177 e ss.
- MONACI, S., *Gli effetti interinali della pronuncia di interdizione e di inabilitazione Parte II*, in ID., *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano 1972, p. 1491 e ss.
- MORTARA, L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III ed. riveduta, vol. III, Milano, s.d.
- MORTARA, L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV ed. riveduta con appendici sulla legislazione a tutto il 1922, vol. II, Milano, 1923
- MORTARA, L., CARNELUTTI, F., *Progetto*, Roma, 1926
- MOSCARINI, P., *L'incidente probatorio*, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, vol. IV, c. 232 e ss.

- MURONI, R., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, *sub art.* 181, p. 253 e ss.
- MURRA, R., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 83, p. 570 e ss.
- MURRA, R., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 84, p. 576 e ss.
- MUSOLINO, G., *Contratto d'opera professionale*, in SCHLESINGER, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 1988
- NAPOLI, E. V., *L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione*, Milano, 1991
- NAPOLI, E. V., *L'infermità di mente l'interdizione l'inabilitazione*, in SCHLESINGER, P., *Commentario al codice civile*, II ed., Milano, 1995
- NAPOLI, E. V., *Inabilitazione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Roma 2007
- NAPPI, G., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1941
- NAPPI, P., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 75, p. 708 e ss.
- NAPPI, P., in CONSOLO, C., DE CRISTOFARO, M., LUISO, F., RUFFINI, G., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Roma, 2007, *sub art.* 78, p. 737 e ss.
- NAPPI, P., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 83, p.773 e ss.
- NAPPI, P., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 84, p.797 e ss.
- NASI, A., *Contraddittorio (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, 1961, p. 720 e ss.
- NATOLI, U., FERRUCCI, R., *Della tutela dei diritti*, vol. IV, tomo I, Torino, 1959
- NEGRI, M., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 186 *ter*, p. 1805 e ss.
- NEGRI, M., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, tomo I, Torino, 2012, *sub art.* 186 *ter*, p. 425 e ss.
- NICOLETTI, C. A., *Tutela differenziata e interrogatorio "libero" delle parti (circa un tipo di della verità in un certo tipo di processo)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1984, p. 928 e ss.

NIOLU, C., SALVADORE, G., SIRACUSANO, A., *I disturbi dissociativi*, in BALESTRIERI, M., BELLANTUOMO, C., BERARDI, D., DI GIANNANTONIO, M., RIGATELLI, M., SIRACUSANO, A., ZOCCALI, R. A., *Manuale di psichiatria*, Roma, 1997

ORIANI, R., *Atti processuali I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. III, Roma, 1990

PAJARDI, P., *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991

PALMA, M., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, IV ed., Milano, 2008, *sub art.* 231, p. 1265 e ss.

PANDOLFELLI, *Codice civile, libro I*, Milano, 1939

PANNAIN, R., *Giuramento (falsità del)*, in *Nuovo Digesto*, vol. VI., Torino, 1961, p. 375 e ss.

PAPALIA, A (agg. TEDOLDI, A.), in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 329, p. 440 e ss.

PARISI, A., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 181, p. 1653 e ss.

PATTI, S., *Prova I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXV, 1990

PAVANNINI, G., *Note sulla figura giuridica del difensore*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1957, p. 246 e ss.

PESCARA, R., *Tecniche privatistiche e istituti di salvaguardia dei disabili psichici*, in RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato*, II ed., vol. IV, Torino, 1997, p. 755 e ss.,

PESCARA, R., *I provvedimenti di interdizione e di inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in RESCIGNO, P., *Trattato di diritto privato*, vol. IV, Torino, 1982, p. 693 e ss.

PETITTI, S., in NOVELLI, G., PETITTI, S., *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, III ed., Milano, 2004, *sub art.* 78, p. 282 e ss.

PEZZANO, G., *Patrocinio (nozioni generali)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 430 e ss.

PEZZANO, M. G., in ANDRIOLI, V., BARONE, A., PEZZANO, M. G., PROTO PISANI, A., *Le controversie in materia di lavoro*, II ed., Bologna-Roma, 1987

PICARDI, N., in ALLORIO, E., *Commentario del codice di procedura civile*, vol. I, tomo II, Torino, 1973, *sub artt.* 152-155, p. 1532 e ss.

- PICARDI, N., MARTINO, R., *Termini*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994
- PICARDI, N., *Per una sistemazione dei termini processuali*, in *Jus*, 1963, p. 209 e ss.
- PIETROBON, V., *Incapacità naturale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVI, Roma, 1990
- POGGESCHI, G., *Il processo di interdizione e inabilitazione*, Milano, 1958
- POGGESCHI, R., *Interdizione e inabilitazione*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 809 e ss.
- POLI, R., *Sulla sanabilità della inosservanza di forme prescritte e pena di preclusione e decadenza*, in *Rivista di diritto processuale*, 1996, p. 447 e ss.
- PREDEN, R., *Sfratto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milano, 1991, p. 429 e ss.
- PROTETTI E., PROTETTI C. A., *Patria potestà. Tutela ed emancipazione. Minori, Interdizione e inabilitazione. Alimenti. Atti dello stato civile, artt. 315-455*, in DE MARTINO F., *Commentario al codice civile*, Roma, 1974
- PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994
- PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV ed., Napoli, 2002
- PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed. rist., Napoli, 2012
- PROVINCIALI, R., *Giuramento decisorio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 103 e ss.
- PUGLIATTI, S., *Animus*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1961, p. 437 e ss.
- PUNZI, C., *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, vol. IV, Milano, 1965, p.147 e ss.
- PUNZI, C., *Il processo civile. Sistema e problematiche. I soggetti e gli atti*, II ed., Torino, 2010
- RAMPAZZI GONNET, G., *Procedimento di interdizione e inabilitazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. XIV, Torino, 1996, p. 583 e ss.
- RANIERI, S., *Manuale di diritto processuale penale*, III ed., Padova, 1956
- RASCIO, N., *Le novità in tema di impugnazioni*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2009, fasc. 3, p. 383 e ss..
- REALI, G., *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009
- REDENTI E., (DE FRANCISCI, P.), *Progetto*, Roma, 1934

- REDENTI, E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, II ed., riv. e corredata da una esposizione dei progetti di riforma del codice di procedura civile e altre appendici, Milano, 1939
- REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, II ed., Milano 1954
- REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, II rist., Milano, 1957
- REDENTI, E., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1957
- REDENTI, E., *Atti processuali civili*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 105 e ss.
- REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, IV ed. a cura di VELLANI, M., Milano, 1995
- REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, II ed., Milano, 1997
- REDENTI, E., VELLANI M., *Diritto processuale civile*, Milano, 2011
- RESCIGNO, P., *Incapacità naturale e adempimento*, Napoli, 1950
- RICCI, G. F., *Prove penali e processo civile*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1990, 845 e ss.
- RICCI, G.F., *Diritto processuale civile*, II ed., Torino, 2008
- ROMANO, G., in PICARDI, N., *Codice di procedura civile*, V ed., Milano, 2010, *sub art.* 78, p. 580 e ss.
- ROPPO, V., *Il contratto*, in IUDICA, G., ZATTI, P., *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001
- ROPPO, V., *Trattato del contratto*, vol. IV, tomo I, Milano, 2006
- ROTA, F., *Revocazione nel diritto processuale civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 470 e ss.
- RUFFINI, G., *La prova nel giudizio civile di appello*, Padova, 1997
- RUFFINI, G., «Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2004, p. 1329 e ss.
- RUPERTO, C., *Curatela (diritto civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XI, Milano, 1962, p. 497 e ss.
- SABATINI, G., *Decadenza (diritto processuale)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. V, Torino 1960, p. 240 e ss.
- SACCARASI, P., in CENDON, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 2009, *sub art.* 429, p. 1187

- SALETTI, A., *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981
- SALETTI, A., *Interruzione del processo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989
- SALETTI, A., *Estinzione del processo*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIII, Roma, 1990
- SALETTI, A., *Riassunzione del processo I) Diritto processuale civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1990
- SANTAGATA, F., in VACCARELLA, R., VERDE, G., *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, sub art. 75, p. 619 e ss.
- SANTAGATA, F., in VACCARELLA, R., VERDE, G., *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, sub art. 78, p. 637 e ss.
- SANTARCANGELO, G., *La volontaria giurisdizione, Istituti a protezione degli incapaci*, II ed., Milano, 2003
- SANTORO-PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997
- SASSANI, B., in BOVE, M., CAPPONI, B., MARTINETTO, G., SASSANI, B., *L'espropriazione forzata, Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile*, Torino, 1988
- SASSANI, B., CONSOLO, C., LUISO, F., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996
- SATTA, S., *La ritrattazione del giuramento (e ancora la questione del metodo)*, in *Foro italiano*, 1948, IV, c. 90 e ss.
- SATTA, S., *La ritrattazione del giuramento*, in *Foro italiano*, 1949, IV, c. 12 e ss.
- SATTA, S., *Capacità processuale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano 1960, p. 130 e ss.
- SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959 - 1968
- SATTA, S., *Diritto processuale civile*, VI ed., Padova, 1959
- SATTA, S., *Diritto processuale civile*, IX ed., Padova, 1981
- SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XII ed. a cura di PUNZI, C., Padova, 1996
- SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000
- SCARDULLA, F., *Inabilitazione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, 1970, p. 841 e ss.

- SCARDULLA, F., *Interdizione (dir.civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano 1971, p. 932 e ss.
- SCARSELLI, G., *Brevi note sulle modifiche la codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro italiano*, 2005, I, p. 174 e ss.
- SCIACCHITANO, R., *Ingiunzione (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 505 e ss.
- SERRAO, E., in CENDON, P., *Commentario al codice civile*, Milano, 2009, *sub art.* 357, p. 347 e ss.
- SILVESTRI, E., *Confessione nel diritto processuale civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. III, Torino, 1988, p. 422 e ss.
- SIRACUSANO, D., *Vecchi schemi e nuovi modelli per l'attuazione di un processo di parti*, in *La legislazione penale*, 1989, p. 84 e ss.
- SOLDI, A. M., *Manuale dell'esecuzione forzata*, Padova, 2008
- SOLMI, A., *Progetto preliminare*, Roma, 1937
- SOLMI, A., *Progetto definitivo*, Roma, 1939
- SORACE, S., *Interdizione (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano 1960, p. 953 e ss.
- SPANGARO, A., in GABRIELLI, E., *Commentario del codice civile*, Torino, 2010, *sub art.* 428, p. 442 e ss.
- SPANGHER, G., *Il «giusto processo» penale*, in *Studium iuris*, 2000, p. 255 e ss.
- STANZIONE, P., *Manuale di diritto privato*, II ed., Torino, 2009
- STELLA RICHTER, M., SGROI, V., *Delle persone e della famiglia, Filiazione. Tutela degli incapaci. Alimenti. Atti dello stato civile*, in AA. VV. *Commentario del codice civile*, II ed., vol. I, tomo 2, 1967
- STELLA RICHTER, G., in RUPERTO, C., SGROI, V., *Nuova rassegna di giurisprudenza sul codice civile*, a cura di FINOCCHIARO, A., FINOCCHIARO, M., STELLA RICHTER, G., vol. I, tomo 2., Milano, 1994, *sub art.* 429, p. 1832 e ss.
- STELLA RICHTER, G., in RUPERTO, C., *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, aggiornamento 2005 – 2008 a cura di DE NITTO A., FINOCCHIARO, A., FINOCCHIARO, M., MORELLI, M. R., STELLA RICHTER, G., Milano, 2009, *sub art.* 374, p. 974 e ss.
- STESURI, A., in VACCARELLA, R., GIORGETTI, M.C., *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2006, *sub art.* 78, p. 295 e ss.

STESURI, A., in VACCARELLA, R., GIORGETTI, M.C., *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, II ed., Torino, 2008, sub art. 78, p. 412 e ss.

STESURI, A., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile ipertestuale*, II ed., Torino 2008, sub art. 78, p. 369 e ss.

STESURI, A., in COMOGLIO, L.P., VACCARELLA, R., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Torino 2010, sub art. 78, p. 400 e ss.

STESURI, A., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Torino, 2012, sub art. 82, p. 1071 e ss.

STESURI, A., in COMOGLIO, L. P., CONSOLO, C., SASSANI, B., VACCARELLA, R., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Torino, 2012, sub art. 84, p. 1095 e ss.

TALLONE, R., *Annulabilità del contratto per incapacità naturale: fondamento giuridico, requisiti e regime probatorio*, in *Ventriquattrore Avvocato- contratti*, fasc. 4, p. 74 e ss.

TARZIA, G., *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1978, p. 193 e ss.

TARZIA, G., *Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, p. 634 e ss.

TARZIA, G., *Manuale del processo del lavoro*, III ed., Milano, 1987

TARZIA, G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1996

TARZIA, G., *Manuale del processo del lavoro*, IV ed., Milano, 1999

TARZIA, G., *Manuale del processo del lavoro*, V ed., Milano, 2008

TAVORMINA, V., *Impugnazioni sostitutive e impugnazioni rescindenti*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1977, p. 651 e ss.

TESORIERE, G., *Diritto processuale del lavoro*, V ed., Padova, 2007

TISCINI, R., *Art. 186-quater*, in BRIGUGLIO, A., CAPPONI, B., *Commentario alle riforme del processo civile*, vol. I, Padova, 2007, p. 104 e ss.

TOMASELLI, V., *Circonvenzione di incapace e sorte del contratto*, in *Questioni di diritto di famiglia*, 2010, fasc. 4, p. 74 e ss.

TOMMASEO, F., *Capacità processuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. VI, Roma, 1990

- TOMMASEO, F., *Legittimazione processuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1990
- TOMMASEO, F., *Rappresentanza processuale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXV, Roma, 1990
- TOMMASEO, F., *Codice di procedura civile: coordinato con la Costituzione e le leggi complementari*, Torino, 1996
- TOMMASEO, F., *Lezioni di diritto processuale civile. Disposizioni generali*, II ed., Padova, 2005
- TORRENTE, A., *La donazione*, Milano, 1956
- TRABUCCHI, A., *Violenza (vizio della volontà) (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto*, vol. XX, Torino, 1975, p. 941 e ss.
- TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, XXIV ed., Padova, 1980
- TRAMONTANO, L., *Il codice di procedura civile*, Piacenza, 2003
- TRISORIO LIUZZI, G., *Art. 186 quater*, in CIPRIANI, F., MONTELEONE, G., *La riforma del processo civile*, Padova, 2007, p. 135 e ss.
- TROKER, N., *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974
- VACCARELLA, R., *Interrogatorio delle parti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 353 e ss.
- VACCARELLA, R., *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975
- VACCARELLA, R., *Rinuncia agli atti del giudizio*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XL, Milano, 1989, p. 960 e ss.
- VACCARELLA, R., *Opposizioni all'esecuzione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990
- VACCARELLA, R., VERDE, G., *Codice di procedura civile commentato – Il processo di esecuzione (artt. 474-632)*, vol. III, Torino, 1996
- VACCARELLA, R., PULSONI, M.C., *Codice di procedura civile annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2005
- VACCARO, L., BRIZI, E., *Codice di procedura civile commentato e annotato con i lavori preparatori*, Roma, 1940

- VANZ, M. C., *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008
- VENCHIARUTTI, A., *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995
- VERDE, G., *Diritto processuale civile. Processo di cognizione*, III ed., Bologna, 2012
- VIGANÒ, F., PIERGALLINI C., *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, Torino, 2011
- VIGNA, P. L., *L'incidente probatorio ed il dibattimento*, in *Cassazione penale*, 1988, vol. I, p. 198 e ss.
- VIGORITI, V., *Due process of law*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. VII, 1991, p. 228 e ss.
- VITALE, A., LAZZARA, M. M., *Decadenza*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. X, Roma 1990
- VULLO, E., *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, I, p. 1846 e ss.
- VULLO, E., *Note in tema di nomina del curatore speciale ex art. 78, 1° comma, c.p.c.*, in *Giurisprudenza italiana*, 1999, I, p. 749 e ss.
- VULLO, E., in *Codice dell'esecuzione forzata*, a cura di ID., Piacenza, 2004, *sub art.* 615, p. 585 e ss.
- VULLO, E., in *Codice dell'esecuzione forzata*, a cura di ID., Piacenza, 2004, *sub art.* 617, p. 601 e ss.
- VULLO, E., in CONSOLO, C., LUISO, F., *Codice di procedura civile commentato*, III ed., Milano, 2007, *sub art.* 420, p. 3366 e ss.
- ZANZUCCHI, M. T., VOCINO, C., *Diritto processuale civile*, VI ed., Milano, 1964
- ZUCCONI GALLI FONSECA, E., *Ingiunzione (procedimento di)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XIX, Roma, 1997
- ZUCCONI GALLI FONSECA, E., in CARPI, F., TARUFFO, M., *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., Padova, 2011, *sub art.* 78, p. 460 e ss.
- Ministero di Grazia e Giustizia, *Osservazioni e Proposte sul Progetto di Codice di Procedura civile*, vol. I, 1938
- Consiglio d'Europa, in *Services destinés aux personnes handicapées nécessitant des conditions de travail particulières*, Strasbourg, 1977, p. 1

Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia, 28 Ottobre 1942, Parte prima, n. 253

Codice di procedura civile R. Decreto 28 ottobre 1940 - Anno XVIII, n. 1443 Preceduto dalla relazione del ministro guardasigilli alla maestà del Re Imperatore e seguito dagli indici sommario ed analitico, Torino 1940

Codice di procedura civile, edizione stereotipata dai testi ufficiali, Istituto Poligrafico dello Stato Libreria, Roma, 1942

Giurisprudenza

Corte Cost. sent. 12 dicembre 1967, n. 139

Corte cost. sent. 26 febbraio 1970, n. 34

Corte cost. sent. 10 maggio 1972, n. 89

Corte cost., 11 giugno 1975, n. 139

Corte cost. sent. 7 maggio 1976, n. 120

Corte cost., sent. 14 ottobre 1986 n. 220

Corte cost., ord. 13 gennaio 1988 n. 41

Corte cost. ord. 12 maggio 1988, n. 604

Corte cost. sent. 6 giugno 1989, n. 317

Corte. cost. ord. 26 giugno 1991 n. 308

Corte cost. 20 luglio 1992 n. 340

Corte cost., sent. 5 novembre 1992 n. 468

Corte cost., ord. 18 maggio 1995 n. 206;

Corte cost. sent. 13 luglio 2000, n. 276

Corte cost. sent. 26 novembre 2002 n. 477

Corte cost., ord. 3 maggio 2006, n. 198

Corte Cost. ord. 19 dicembre 2006, n. 436

Cass., 5 giugno 1942, n. 6947

Cass., 14 gennaio 1943, n. 53

Cass., 31 dicembre 1946, n. 1412
Cass., 17 agosto 1949, n. 2345
Cass., 17 marzo 1950, n. 724
Cass., 7 luglio 1950, n. 1801
Cass., 30 luglio 1950, n. 2232
Cass., 21 aprile 1951, n. 986
Cass., 6 luglio 1951, n. 1804
Cass., 7 Agosto 1951, n. 2409
Cass., 13 dicembre 1952, n. 3181
Cass., 17 giugno 1953, n. 1805
Cass., 21 ottobre 1953, n. 3467
Cass., 23 febbraio 1954, n. 519
Cass., 24 aprile 1954, n. 1252
Cass., 24 luglio 1954, n. 2665
Cass., 21 ottobre 1954, n. 3958
Cass., 15 novembre 1954, n. 4230
Cass., 17 novembre 1954, n. 4246
Cass., 29 settembre 1955, n. 2628
Cass., 15 ottobre 1955, n. 3191
Cass., 26 giugno 1956, n. 2290
Cass., 16 ottobre 1956, n. 3634
Cass., 5 dicembre 1956, n. 4346
Cass., 8 maggio 1957, n. 1586
Cass., 17 giugno 1958, n. 1950
Cass., 29 gennaio 1959, n. 205
Cass., 29 marzo 1960, n. 681

Cass., 21 febbraio 1961, n. 384

Cass., 24 ottobre 1961, n. 2358

Cass., 29 dicembre 1962, n. 3444

Cass., 20 aprile 1963, n. 973

Cass., 30 maggio 1963, n. 1427

Cass., 6 agosto 1963, n. 2209

Cass., 5 settembre 1963, n. 2432

Cass., 25 luglio 1964, n. 2039

Cass., 9 ottobre 1964, n. 2557

Cass., 6 giugno 1965, n. 1882.

Cass., 27 ottobre 1965, n. 2268

Cass., 23 gennaio 1967, n., 203

Cass., 25 luglio 1967, n. 1931

Cass., 26 luglio 1967, n. 1971

Cass., 11 maggio 1968, n. 1463

Cass., 17 giugno 1968, n. 1943 con nota di FINOCCHIARO, A., in *Giustizia civile*, 1968, I, p. 1985

Cass., 7 ottobre 1968, n. 3138

Cass., 18 ottobre 1968, n. 3353

Cass., 26 marzo 1969, n. 972

Cass., 11 luglio 1969, n. 2561

Cass., 19 ottobre 1970, n. 2074

Cass., 29 gennaio 1971, n. 522

Cass., 2 marzo 1971, n. 522

Cass., 8 marzo 1972, n. 654

Cass., 5 febbraio 1975, n. 426
Cass., 4 giugno 1975, n. 2227
Cass., 27 gennaio 1977, n. 418
Cass., 11 febbraio 1977, n. 624
Cass., 28 aprile 1977, n. 1603
Cass., 14 giugno 1977, n. 2480
Cass., 5 novembre 1977, n. 4723
Cass., 23 gennaio 1978, n. 292
Cass., 6 febbraio 1978, n. 534
Cass., 26 aprile 1978, n. 1950
Cass., 5 ottobre 1978, n. 4456
Cass., 6 ottobre 1978, n. 4463
Cass., 13 ottobre 1978, n. 4584
Cass., 4 giugno 1979, n. 3170
Cass., 3 luglio 1979, n. 3760
Cass., 13 luglio 1979, n. 4761
Cass., 24 settembre 1979, n. 4928
Cass., 22 novembre 1979, n. 6076
Cass., 12 dicembre 1979, n. 6475
Cass., 30 gennaio 1980, n. 701
Cass., 13 marzo 1980, n. 1851.
Cass., 13 maggio 1980, n. 3137
Cass., 23 maggio 1980, n. 3490
Cass., 12 febbraio 1981, n. 874
Cass., 3 aprile 1981, n. 1889

Cass., 16 aprile 1981, n. 2308

Cass., 12 novembre 1981, n. 6003

Cass., 29 maggio 1982, n. 3315

Cass., 27 giugno 1982, n. 551

Cass., 19 luglio 1982, n. 4237

Cass., sez. un., 6 dicembre 1982, n. 6651.

Cass., 28 gennaio 1983, n. 801

Cass., 22 marzo 1983, n. 2016

Cass., 17 giugno 1983, n. 4178.

Cass., 5 ottobre 1983, 5799

Cass., 4 novembre 1983, n. 6506

Cass., 28 novembre 1983, n. 7136

Cass., 16 dicembre 1983, n. 7421

Cass., 17 aprile 1984, n. 2499

Cass., 19 ottobre 1984, n. 5444

Cass., 21 giugno 1985, n. 3724

Cass., 4 settembre 1985, n. 4612

Cass., 12 ottobre 1985, n. 4955

Cass., 14 gennaio 1986, n. 166

Cass., 25 febbraio 1986, n. 191

Cass., sez. un. 28 luglio 1986, n. 4818

Cass., 7 agosto 1986, n. 3616

Cass., 6 aprile 1987, n. 3321

Cass., 13 aprile 1987, n. 3667

Cass., 1 febbraio 1988, n. 4913

Cass., 22 febbraio 1988, n. 1835

Cass., 19 aprile 1988, n. 3965

Cass., 21 dicembre 1988, n. 6987

Cass., sez. un., 25 gennaio 1989, n. 422

Cass., 18 febbraio 1989, n. 969

Cass., 25 febbraio 1989, n. 1036

Cass., 13 marzo 1990, n. 2034

Cass., 31 marzo 1990, n. 2629.

Cass., 26 giugno 1990, n. 6466

Cass., 9 luglio 1990, n. 7162

Cass., 2 agosto 1990, n. 7764

Cass., 6 agosto 1990, n. 7914.

Cass., 5 luglio 1991, n. 7513

Cass., 30 agosto 1991, n. 9316

Cass., 7 marzo 1992, n. 2791

Cass., 4 maggio 1993, n. 5163

Cass., 19 giugno 1993, n. 6845

Cass., sez. un. 13 ottobre 1993, n. 10112

Cass., 10 dicembre 1993, n. 12169

Cass., 23 febbraio 1994, n. 1780

Cass., 21 marzo 1994, n. 2650

Cass., 15 novembre 1994, n. 9623

Cass., sez. un. 22 novembre 1994, n. 9869

Cass., 11 gennaio 1995, n. 267

Cass., 10 febbraio 1995, n. 1484

Cass., 23 febbraio 1995, n. 2085
Cass., 11 marzo 1995, n. 2865.
Cass., 6 aprile 1995, n. 4015
Cass., 19 maggio 1995, n. 5556
Cass., 25 maggio 1995, n. 5754
Cass., 24 luglio 1995, n. 8079
Cass., 7 settembre 1995, n. 9430
Cass., 2 ottobre 1995, n. 10958
Cass., 28 ottobre 1995, n. 1133
Cass., 17 gennaio 1996, n. 342.
Cass., 19 gennaio 1996, n. 435
Cass., 13 marzo 1996, n. 2058
Cass., 11 ottobre 1996, n. 8923
Cass., 15 ottobre 1996, n. 8970
Cass., 1 aprile 1997, n. 2839
Cass., 8 agosto 1997, n. 7344
Cass., 26 novembre 1997, n. 11833.
Cass., 9 giugno 1998, n. 5710
Cass., 14 agosto 1998, n. 8015
Cass., 24 ottobre 1998, n. 10571
Cass., 21 novembre 1998, n. 11803
Cass., 22 dicembre 1998, n. 12784
Cass., 23 dicembre 1998, n. 12843
Cass., 23 marzo, 1999, n. 2742.
Cass., 26 maggio 1999, n. 5152

Cass., 3 agosto 1999, n. 8387
Cass., 11 agosto 1999, n. 8585
Cass., 27 agosto 1999, n. 8979
Cass., 7 febbraio 2000, n. 1337.
Cass., 8 febbraio 2000, n. 1364
Cass., 29 febbraio 2000, n. 12422
Cass., 8 marzo 2000, n. 4967.
Cass., 25 marzo 2000, n. 3612
Cass., 7 aprile 2000, n. 4344.
Cass., 11 aprile 2000, n. 4608
Cass., 26 maggio 2000, n. 7002
Cass., 4 agosto 2000, n. 10306
Cass., 19 agosto 2000, n. 11011
Cass., 19 settembre 2000, n. 12422
Cass., 21 ottobre 2000, n. 12486
Cass., 24 novembre 2000, n. 15198
Cass., 6 dicembre 2000, n. 15509
Cass., 9 febbraio 2001, n. 1861
Cass., 1 marzo 2001, n. 2998
Cass., 5 marzo 2001, n. 3189
Cass., 10 marzo 2001, n. 3380
Cass., 26 ottobre 2001, n. 13210
Cass., 28 novembre 2001, n. 15071
Cass., 6 febbraio 2002, n. 1591
Cass., 26 febbraio 2002, n. 2875
Cass., 4 marzo 2002, n. 3085

Cass., 8 marzo 2002, n. 3434

Cass., 28 marzo 2002, n. 4539

Cass., 13 marzo 2002, n. 6808;

Cass., 4 aprile 2002, n. 4834

Cass., 14 giugno 2002, n. 8310

Cass., 22 giugno 2002, n. 9146

Cass., 9 agosto 2002, n. 121332

Cass., 27 settembre 2002, n. 14034

Cass., 11 novembre 2002, n. 15806

Cass., 25 novembre 2002, n. 16571

Cass., 17 gennaio 2003, n. 607

Cass., 24 gennaio 2003, n. 1115

Cass., 29 gennaio 2003, n. 1285

Cass., 30 gennaio 2003, n. 1475

Cass., 10 aprile 2003, n. 5689

Cass., 5 maggio 2003, n. 6815

Cass., 6 maggio 2003, n. 6895

Cass., 23 maggio 2003, n. 8201

Cass., 7 giugno 2003, n. 9147

Cass., 8 agosto 2003, n. 11966

Cass., 18 agosto 2003, n. 12080

Cass., 27 agosto 2003, n. 12558

Cass., 25 novembre 2003, n. 17926

Cass., 27 gennaio 2004, n. 1409.

Cass., 23 febbraio 2004, n. 5734

Cass., 2 aprile 2004, n. 6510

Cass., 8 aprile 2004, n. 6932

Cass., 24 aprile 2004, n. 7866

Cass., 12 maggio 2004, n. 8962

Cass., 15 luglio 2004, n. 13113

Cass., 18 agosto, 2004, n. 16141

Cass., 11 ottobre 2004, n. 20124

Cass., pen., 13 dicembre 2004, n. 2283

Cass., 21 dicembre 2004, n. 23647

Cass., 19 gennaio 2005, n. 2064

Cass., 25 gennaio 2005, n. 1428

Cass., 27 gennaio 2005, n. 1658

Cass., 4 febbraio 2005, n. 2273

Cass., 4 marzo 2005, n. 4744

Cass., 8 marzo 2005, n. 4967.

Cass., 25 marzo 2005, n. 6478.

Cass., 31 marzo 2005, n. 6813

Cass., 18 aprile 2005, n. 8079

Cass., 4 maggio 2005, n. 9279

Cass., sez. un. 10 maggio 2006, n. 10706

Cass., 8 luglio 2005, n. 14371

Cass., 19 luglio 2005, n. 15216

Cass., 8 febbraio 2006, n. 2815

Cass., 22 febbraio 2006, n. 3947

Cass., 23 febbraio 2006, n. 4001

Cass., 24 marzo 2006, n. 5474

Cass., 20 settembre 2006, n. 20324

Cass., 21 novembre 2006, n. 24743

Cass., 16 gennaio 2007, n. 856

Cass., 6 marzo 2007, n. 5105

Cass., 5 giugno 2007, n. 13086

Cass., 26 giugno 2007, n. 14748

Cass., 26 giugno 2007, n. 14766

Cass., 8 gennaio 2008, n. 132

Cass., 7 febbraio 2008, n., 2946.

Cass., pen., 24 aprile 2008, n. 27412

Cass., Sez. Un., 30 Luglio 2008, n. 20604

Cass., 19 dicembre 2008, n. 29779

Cass., 13 gennaio 2009, n. 476

Cass., 19 marzo 2009, n. 6697

Cass., 24 marzo 2009, n. 7068

Cass., 11 giugno 2009, n. 13630

Cass., 29 settembre 2009, n. 21245

Cass., 14 aprile 2010, n. 8886.

Cass., 14 giugno 2010, n. 14216

Cass., 14 luglio 2010, n. 16553

Cass., 30 luglio 2010, n. 17912

Cass., 21 dicembre 2010, n. 25891

Cass., 9 agosto 2011, n. 17130

Cass., 13 dicembre 2011, n. 26729

Corte di Appello di Firenze 26 ottobre 1929, con nota di CALAMANDREI, P.,
Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio, p. 289 .

Corte di Appello di Torino 22 ottobre 1945

Corte di Appello di Firenze 8 febbraio 1950

Corte di Appello di Napoli, 2 agosto 1950

Corte d'Appello di Lecce, 2 dicembre 1954

Corte di Appello di Palermo, 13 aprile 1955

Corte di Appello di Brescia, 1 marzo 1956

Corte di Appello di Lecce, 27 maggio 1957

Corte di Appello di Cagliari, 10 novembre 1961

Corte di Appello di Catanzaro 30 novembre 1966

Corte di Appello di Napoli, 29 gennaio 1975

Corte di Appello Venezia, 12 gennaio 1979

Corte di Appello di Napoli 17 aprile 2004

Corte di Appello di Potenza, 21 maggio 2010

Tribunale di Venezia, 9 gennaio 1947

Tribunale di Roma, 26 luglio 1960

Tribunale di Genova, 3 luglio 1974

Trib. Min. Roma, 13 novembre 1984

Tribunale di Cagliari, 28 maggio 1986

Tribunale di Cagliari 9 marzo 1992.

Tribunale di Terni 10 aprile 1996.

Tribunale di Torino 22 ottobre 1997

Tribunale di Cuneo 28 novembre 1997 (decreto)

Tribunale di Bari 24 aprile 2008, n. 1040

Tribunale di Verona 17 marzo 2006

Tribunale di Roma 31 marzo 2009.

Tribunale Milano, 17 novembre 2008, n. 13553

Tribunale di Roma, 5 Gennaio 2010

Tribunale di Pordenone, 26 febbraio 2010

Tribunale di Cassino, 4 marzo 2010

Tribunale di Milano 25 novembre 2010

Tribunale di Novara, 30 novembre 2010

Tribunale di Modena 22 gennaio 2011

Pretura di Napoli, 21 giugno 1969

Pretura di Cosenza, 20 dicembre 1994

Pretura di Torino, Ufficio del Giudice tutelare, 11 novembre 1997 (decreto)

Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale emessa il 10 novembre 1986 dal Tribunale di Genova, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 24, Giugno, prima serie speciale, dell'anno 1987*

Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale emessa il 2 Febbraio 2002 dalla Corte di Cassazione, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 14, Aprile, prima serie speciale, dell'anno 2002*

INTRODUZIONE	1
I. LA CAPACITA' PROCESSUALE DELLE PERSONE FISICHE	2
I.1. Nozione di capacità processuale	2
I.1.1. La rappresentanza e l'assistenza	8
I.1.2. L'interdetto	11
I.1.3. L'inabilitato	14
I.1.4. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno	18
I.2. Il problema dell'incapacità naturale	20
I.2.1. La controversa applicabilità dell'art. 78 c.p.c. all'incapace naturale	32
I.2.2. Segue: gli inconvenienti derivanti dall'impossibilità di nominare un curatore speciale	34
I.2.3. L'autonomia delle «ragioni di urgenza» ex art. 78, 1° comma, c.p.c.: prospettive ricostruttive per la nomina di un curatore speciale all'incapace naturale	39
II. INCAPACITÀ NATURALE E DECADENZA INCOLPEVOLE	50
II.1. Nozione di decadenza processuale	50
II.2. “Causa non imputabile” e “giustificato motivo” quali giustificazioni dell'inerzia processuale della parte.	57
II.3. Le singole ipotesi di inerzia processuale non imputabile. In particolare: mancata costituzione.	65
II.3.1. Mancata comparizione ad udienza cui è necessaria la comparizione della parte. In particolare: interrogatorio libero e tentativo di conciliazione ex art. 185 c.p.c.	70
II.3.2. Interrogatorio formale	76
II.3.3. Giuramento decisorio	80
II.3.4. Interrogatorio libero ex art. 420 c.p.c.	85
II.3.5. Udienze del processo di cognizione e del processo di esecuzione	88
II.4. Mancato compimento di un atto da compiere a pena di decadenza. In particolare: riassunzione del processo	97
II.4.1. Disconoscimento della scrittura privata	105
II.4.2. Richiesta della sentenza ex art. 186 <i>quater</i> da parte dell'intimato	111
II.4.3. Impugnazione	115
II.4.4. Opposizione al decreto ingiuntivo e opposizione alla convalida di licenza o sfratto	121
II.4.5. Segue: Costituzione del contumace a seguito della notificazione dell'ordinanza ingiuntiva	129
II.4.6. Opposizione all'esecuzione	132
II.4.7. Opposizione agli atti esecutivi	141

III. GLI ATTI COMPIUTI IN STATO DI INCAPACITÀ NATURALE	146
III.1. Il problema dell'incapacità naturale di una delle parti: atti riservati alla parte e poteri del difensore	146
III.2. Le singole ipotesi di atti processuali compiuti in stato di incapacità naturale. In particolare: procura al difensore	151
III.2.1. Interrogatorio libero	158
III.2.2. Interrogatorio formale	165
III.2.3. Confessione	168
III.2.4. Giuramento decisorio	177
III.2.5. Rinuncia agli atti del giudizio e relativa accettazione	182
III.2.6. Acquiescenza e rinuncia all'impugnazione	188
IV. LA PROVA DELL'INCAPACITÀ NATURALE	195
IV.1. Carattere della prova	195
IV.2. Oggetto della prova	199
IV.3. I mezzi istruttori	202
IV.4. Rapporti tra processo civile e processo penale	207
V. INCAPACITÀ NATURALE E GIUDICATO	220
V.1. Giudicato formale e rimessione in termini	220
V.2. Le impugnazioni straordinarie	222
CONCLUSIONI	235
BIBLIOGRAFIA	236