SCHEMI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE 1 LUISO XI° EDIZIONE 2021
Prof .Cecchella voto 28

1) Il diritto sostanziale e l'attività giurisdizionale.

master COPY COPISTERIA

Oggetto del diritto processuale.
In via di approssimazione, il diritto processuale civile ha ad oggetto le norme contenute nel codice di procedura civile, le quali quali a loro volta disciplinano l'attività giurisdizionale. Occorre ricercare un criterio sistematico per definire il contenuto del diritto processuale civile.
Il diritto processuale civile ricopre l'area dei diritti e quindi si caratterizza per essere una normativa secondaria: cioè una normativa che interviene laddove la normativa primaria ha fallito il suo scopo.
La tutela dei diritti può aver luogo in via giurisdizionale (attraverso poteri dello Stato tramite giudice), ma anche in via non giurisdizionale (attraverso l'arbitrato). Infatti, la riserva contenuta nell'articolo 102 I cost riguarda solo la tutela dichiarativa dei diritti realizzata attraverso provvedimenti autoritativi.
Giurisdizione e tutela dei diritti sono quindi due cerchi che si sovrappongono solo parzialmente: c'è un settore comune (attività giurisdizionale finalizzata alla tutela dei diritti) e due settori autonomi (attività giurisdizionale non finalizzata alla tutela dei diritti e la tutela dei diritti perseguita in via non giurisdizionale). DI TUTTO CIO' SI OCCUPA IL DIRITTO PROCESSUALE CIVILE.

Struttura del diritto processuale civile.
In qualunque ordinamento esiste una normativa che disciplina i comportamenti dei consociati. Tale normativa che chiameremo o sostanziale o primaria, è un complesso che, istituisce una rete di doveri e poteri di comportamento, cercando di raggiungere determinate finalità.
(Es: art 575 c.p che pone il divieto di uccidere: cioè astenersi da un determinato comportamento. Esistono norme che impongono comportamenti doverosi.)
Vi sono, peraltro, anche norme che danno facoltà a taluni soggetti di compiere certe attività e garantiscono loro un potere di scelta in ordine a certi comportamenti: es. diritto di proprietà che garantisce di godere e disporre del bene e proprio piacimento.
Da un lato troviamo che certi comportamenti sono qualificati come doverosi; dall'altra che certi comportamenti sono qualificati come possibili e rimessi alla scelta del soggetto.
Vedremo subito che il secondo aspetto (comportamenti possibili) non è costante: non sempre l'ordinamento garantisce la possibilità di tenere certi comportamenti.

Illecito.
Può accedere che, l'attività concreta di un consociato si trovi ad essere difforme dall'astratta previsione normativa. Si realizza così un' illecito, che è il comportamento concreto difforme dall'astratta previsione normativa.

Situazioni sostanziali protette.
Ma, come abbiamo già visto,l'ordinamento, oltre a imporre doveri, talora riconosce a determinati interessi della vita, il rango di situazioni sostanziali protette e, garantisce al titolare di questi interessi la soddisfazione, la realizzazione del bene della vita riconosciuto. Questo interesse è comunemente chiamato diritto soggettivo o interesse legittimo.
Questo ci fa dedurre che non esiste una relazione bilaterale tra ordinamento e titolare del dovere, ma la relazione è trilaterale cioè relazione tra ordinamento, interesse e dovere imposto dall'ordinamento.
La normativa sostanziale o primaria regola così la vita dei consociati.
A differenza del diritto penale dove il meccanismo è lineare (illecito, processo, sanzione penale), quando l'illecito è correlato a situazioni sostanziali protette talvolta l'ordinamento prevede che, al compimento dell'illecito, seguono determinate conseguenze sempre sul piano sostanziale. Alla violazione di un comportamento subentra un diverso e ulteriore comportamento.
Es: dovere correlato al diritto di proprietà che consiste nel non sottrarre il bene al suo proprietario;

se il bene viene sottratto, dall'illecito, consistente in una violazione del dovere originario, nasce il dovere di restituzione del bene.
Tuttavia questo meccanismo non può andare avanti all'infinito.
Prendendo spunto dell'esempio sopracitato, se colui che si è impossessato del bene altrui ed è così divenuto obbligato a restituirlo e di fatto non lo restituisce, non ci sono ulteriori sviluppi sul piano del diritto sostanziale, ma a questo punto, si innesta l'attività giurisdizionale, che ha la precisa funzione di intervenire laddove la normativa sostanziale è entrata in crisi perchè inidonea a disciplinare la vita dei consociati.
L'attività giurisdizionale viene definita secondaria perchè non opera mai in prima battuta ma sempre in seconda in ausilio del diritto sostanziale.

Diritto sostanziale e processo.
Quello che abbiamo detto sopra significa che la tutela giurisdizionale deve partire dalla realtà sostanziale e alla realtà sostanziale deve ritornare.
Il processo è, per così dire, una macchina che deve prendere all'inizio del suo ciclo lavorativo quel frammento della realtà sostanziale interessato dall'illecito con lo scopo di re immetterlo nella realtà sostanziale, una volta ricucito lo strappo prodotto dall'illecito.
Quindi il collegamento tra il processo e la realtà sostanziale sottostante è molto più stretto di quello che potrebbe apparire. IL PROCESSO, DUNQUE, E' AL SERVIZIO DEL DIRITTO SOSTANZIALE: ESSO COSTITUISCE NON UN BENE IN SE', MA UN BENE STRUMENTALE.

2) I presupposti dell'attività giurisdizionale

La tutela giurisdizionale trova dunque il suo punto di partenza in una realtà di diritto sostanziale. Il presupposto costante della tutela giurisdizionale, quindi, può essere trovato nell'affermazione o nell'esistenza di un illecito.

Lesione del diritto.
Questo è il presupposto comune a tutta l'attività giurisdizionale: la violazione del dovere, cioè l'illecito, produce soprattutto la lesione, l'insoddisfazione di una situazione sostanziale protetta. (ES: il mancato pagamento del debito non costituisce soltanto la violazione di un dovere, ma contemporaneamente la lesione del diritto di credito)
L'illecito produce la lesione del diritto perchè, senza l'adempimento dei doveri che l'ordinamento impone, non è possibile garantire la soddisfazione dell'interesse, che sta alla base della situazione sostanziale riconosciuta dall'ordinamento.
Alla base della giurisdizione civile c'è un elemento in più rispetto a quella penale che è la situazione sostanziale protetta.
Tutte le giurisdizioni(penale, civile, tributarie, amministrative) hanno in comune la caratteristica che vi è una situazione sostanziale da tutelare.

Giurisdizione civile in senso ampio.
I principi e la struttura fondamentale della giurisdizione civile formano il supporto delle altre giurisdizioni speciali, e lo formano anche in maniera esplicita, in quanto la normativa speciale che riguarda tali giurisdizioni rinvia al codice di procedura civile (es: l'articolo 1 del D. Lgs 31 dicembre 1992 n 546 sul processo tributario).
L'attività giurisdizionale del giudice ordinario è quindi deputata fondamentalmente alla tutela dei diritti, come prevede l'articolo 2907 c.c: " alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria". La giurisdizione ordinaria ha come funzione specifica la tutela dei diritti soggettivi.

Tutela di diritti soggettivi.
La stessa carta costituzionale consente la tutela degli interessi legittimi anche di fronte al giudice ordinario (Art. 113 I Cost.).

Al di là dei problemi connessi al riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudici speciali, conta sottolineare la comune funzione della giurisdizione, che consiste nella tutela delle situazioni sostanziali protette.
Ciò è determinante per comprendere l'essenza dell'attività giurisdizionale civile: la quale opera,si, l'illecito, ma in funzione dell'interesse protetto. L'illecito, quindi, ha rilievo non in sé, ma in quanto lesivo della situazione sostanziale.

Tutela dei diritti e attività giurisdizionale.
Come abbiamo già accennato la tutela dei diritti può avvenire anche in maniera non giurisdizionale, l'arbitrato costituisce la principale ma non unica forma di tutela non giurisdizionale.
Inversamente la giurisdizione può non avere la funzione di tutelare diritti; esistono ipotesi in cui la giurisdizione ha cura di interessi, in modo non diverso da quello proprio della pubblica amministrazione: c.d giurisdizione volontaria.
ES: giudice che tutela gli interessi di un minore con la stessa funzione di pubblica amministrazione.

3) I vari tipi di tutela giurisdizionale: La tutela dichiarativa.

Vediamo quali sono le forme di intervento giurisdizionale a tutela delle situazioni sostanziali protette.

master COPY COPISTERIA

Forme di tutela.
Le forme di intervento giurisdizionale sono strettamente collegate al bisogno di tutela della situazione sostanziale protetta. Il punto di partenza è la constatazione che c'è, o si afferma esserci, una situazione sostanziale lesa. La risposta deriva dalla domanda: Di cosa ha bisogna la situazione sostanziale lesa?
Le forme di intervento giurisdizionale sono essenzialmente 3 per ragioni che prescindono dai singoli ordinamenti positivi. Esse sono: la tutela dichiarativa, la tutela esecutiva, e la tutela cautelare.

Funzione della tutela dichiarativa.
La prima forma di intervento giurisdizionale a tutela di situazioni protette va sotto il nome di funzione giurisdizionale Dichiarativa, a cui corrisponde il processo di cognizione.
La funzione dell'attività giurisdizionale dichiarativa è fondamentalmente quella di determinare i comportamenti leciti e doverosi che due o più soggetti potranno e dovranno tenere con riferimento ad una situazione sostanziale protetta. In poche parole la tutela dichiarativa deve risolvere controversie.
Per adempiere a tale compito, il giudice accerta l'esistenza della situazione sostanziale; accerta la lesione da essa subita a causa dell'illecito; individua quali effetti sono necessari, quali conseguenze giuridiche devono prodursi per eliminare la lesione che l'illecito ha prodotto.
Non è necessaria la giurisdizione dichiarativa laddove la risoluzione della controversia ha luogo in sede negoziale.
Comunemente viene denominata "cognizione" perchè è l'attività processuale che prende più tempo. Affinché, infatti, si possa giungere al provvedimento giurisdizionale dichiarativo si rende necessaria una attività di (ri)cognizione del giudice, perchè il giudice è colui che si deve convincere che la situazione sostanziale è effettivamente venuta ad esistenza e che un illecito ne ha prodotto la lesione. L'attività che porta via più tempo è quella volta ad acquisire il materiale, che serve al giudice per determinare il contenuto del proprio provvedimento.

Cognizione e dichiarazione.
Il processo,che porta alla tutela dichiarativa,è chiamato processo di cognizione perchè l'attività cognitiva è strumentale a convincere il giudice della sussistenza dei presupposti per emettere un provvedimento giurisdizionale che sia idoneo a soddisfare la situazione sostanziale protetta, che

l'interessato assume essere stata lesa dall'illecito.
Il provvedimento finale può assumere contenuti diversi, a seconda del tipo di tutela che è necessaria al diritto leso. Tuttavia il provvedimento individua regole di condotta concrete che le parti dovranno seguire con riferimento a quel bene della vita e che, da quel momento in poi, si sostituiranno alle corrispondenti norme di diritto sostanziale.

Provvedimenti di mero accertamento.

A) Se è sufficiente stabilire i comportamenti leciti e i comportamenti doverosi che le parti dovranno tenere, il contenuto del provvedimento è di Mero accertamento. Con tale provvedimento si stabilisce ciò che le parti possono e debbono fare. (ES: contestazione circa l'esistenza di una servitù di passo a favore del fondo x sul fondo y. Se accerta la servitù stabilisce che il proprietario del fondo x ha il potere di tenere quel comportamento)

In primo luogo, l'accertamento dell'esistenza, del contenuto, del modo di essere del diritto da tutelare è effettuato con specifico riferimento alla lesione subita. Il diritto quindi è accertato non in sé, per rimuoverne le conseguenze pregiudizievoli.
In secondo luogo non si deve confondere l'accertamento che il giudice deve effettuare in relazione all'attuale esistenza del diritto fatto valere, con l'accertamento che è contenuto nella sentenza. Quest'ultimo accertamento guarda al futuro, impartisce comportamenti e doveri da seguire dopo il processo.
Il provvedimento dichiarativo ha i piedi nel futuro e lo sguardo nel passato.

B) Provvedimenti di condanna.

Quando il diritto si trova in uno stato di insoddisfazione, perchè il convenuto non ha tenuto il comportamento che doveva tenere, allora abbiamo il provvedimento di condanna, che ha gli stessi effetti prescrittivi del provvedimento di mero accertamento, in più consente anche l'esperibilità della tutela esecutiva.
Il provvedimento di condanna accerta la attuale esistenza del diritto ad una prestazione da parte dell'obbligato. (ES: Diritto di credito di 100 da parte di tizio verso Caio. Caio non paga, allora provvedimento di condanna.)
Il provvedimento di condanna non è altro che una particola sottospecie del provvedimento di mero accertamento, caratterizzato dal fatto che in esso è prescritto un comportamento di adempimento attualmente dovuto.

C) Provvedimenti costitutivi.

Più complessa è l'individuazione delle pronunce costitutive. Breve intro. diritto potestativo.
Il diritto potestativo si caratterizza per ciò, che la manifestazione di volontà di un soggetto è rilevante affinché si produca un effetto nella sfera giuridica di un altro soggetto.
L'integrazione della fattispecie talvolta produce l'effetto giuridico direttamente sul piano sostanziale. Il diritto potestativo in alcuni casi si esercita stra-giudizialmente: la volontà è manifestata con un atto di diritto sostanziale.
Altre volte, invece, il diritto potestativo si esercita giudizialmente, con la domanda giudiziale(es annullamento del contratto): l'effetto giuridico è prodotto dal provvedimento, che viene appunto denominato Costitutivo, in quanto modifica la situazione sostanziale preesistente.
In sostanza, il giudice prima modifica la realtà sostanziale, e poi determina il contenuto della decisione sulla base della realtà così modificata.
La tutela dichiarativa, in conclusione, realizza costantemente la tutela della situazione sostanziale protetta mediante la determinazione dei comportamenti possibili e doverosi che, con riferimento a quella situazione sostanziale, le parti possono tenere. Le regole vengono ricavati avvolte da sentenze di mero accertamento e altre volte sono ricavate dalle modifiche del provvedimento cioè da una sentenza costitutiva.

4) La tutela esecutiva.

Funzione della tutela esecutiva.

Accanto all'intervento giurisdizionale dichiarativo abbiamo l'intervento giurisdizionale esecutivo. Esso si ricollega alle ipotesi in cui l'ordinamento impone a un soggetto di tenere un determinato

comportamento funzionale alla soddisfazione, alla realizzazione di una situazione sostanziale protetta. Quando il comportamento non è stato tenuto, la pura e semplice tutela dichiarativa non è necessaria né sufficiente per la soddisfazione della situazione sostanziale protetta.
La tutela dichiarativa ha la funzione specifica di determinare i comportamenti leciti e quelli doverosi degli interessati. La tutela dichiarativa può rendersi eventualmente necessaria solo ove il titolare del diritto si debba procurare un titolo esecutivo, questo è il presupposto indispensabile del processo esecutivo.
Ma la tutela dichiarativa non è neppure sufficiente, perchè niente garantisce che, anche dopo l'emanazione del provvedimento dichiarativo, non persista ancora l'omissione del comportamento dovuto. Se il soggetto obbligato non si attiva, deve intervenire una diversa forma di tutela che garantisca la soddisfazione della situazione sostanziale, per la realizzazione della quale è previsto l'obbligo di tenere quel comportamento che in concreto non è stato tenuto.
La tutela in questione è impartita attraverso l'attività giurisdizionale esecutiva che si articola in due forme: esecuzione forzata diretta e l'esecuzione forzata indiretta.

Esecuzione forzata diretta.
L'esecuzione forzata diretta si ha tutte le volte in cui l'attività non tenuta dall'obbligato viene sostituita da una corrispondente attività dell'organo giurisdizionale. Al posto dell'obbligato agisce l'organo giurisdizionale.
L'esecuzione diretta ha carattere tipicamente sostitutivo e dà al titolare del diritto la soddisfazione che non gli è pervenuta dall'obbligato.

Esecuzione forzata indiretta.
L'attività sostitutiva dell'ufficio esecutivo è possibile fintantoché per il creditore è indifferente che la soddisfazione del suo diritto provenga da un soggetto diverso dall'obbligato.
ES tenore famoso che non può essere sostituito.
E' necessario in questi casi, rinunciare all'esecuzione nella suo forma sostitutiva, e ricorrere a forme di esecuzione indiretta. Nell'esecuzione indiretta è previsto,a carico dell'obbligato, il prodursi di determinate conseguenze sfavorevoli come conseguenza del persistere dell'inadempimento. Tali conseguenze possono essere di vario tipo come ad esempio sanzioni penali al sorgere di obblighi di pagamento di somme di denaro a favore dello Stato o del creditore. Nell'esecuzione indiretta si cerca di convincere l'obbligato a tenere il comportamento dovuto, stabilendo, come conseguenza del ripetersi o del protrarsi dell'inadempimento, cioè il sorgere di conseguenze più onerose a carico dell'obbligato.

La tutela esecutiva può essere impartita in via autoritativa attraverso strumenti di diritto pubblico che possono essere diversi dalla magistratura. La tutela esecutiva non può essere prodotta da strumenti di diritto privato.

5) La tutela cautelare.

Funzione della tutela cautelare.
La terza forma di intervento giurisdizionale è la tutela cautelare.
Per individuare la sua funzione dobbiamo considerare che dal momento in cui colui che richiede l'intervento dell'organo giurisdizionale al momento in cui la tutela è effettivamente impartita passa necessariamente un lasso di tempo. Nel processo di cognizione occorre prima raccogliere tutti gli elementi per convincere il giudice che la richiesta di tutela è fondata. Nel processo d'esecuzione occorre che l'ufficio esecutivo svolga l'attività sostitutiva.
Dato che tra una tutela e l'altra la realtà non si ferma, si rendono necessari strumenti per impedire che il fluire della vita nel corso del processo possa diminuire o far scomparire l'interesse alla tutela giurisdizionale. Occorre far in modo che,la tutela, abbia per l'avente diritto la stessa utilità che avrebbe avuto se gli fosse stata data nel momento in cui l'ha richiesta.
La tutela cautelare esprime il principio secondo la quale la durata del processo non deve