

RODOLFO MURRA  
Ricercatore di Diritto processuale civile nell'Università di Roma

# PARTI E DIFENSORI

Estratto dal  
*Digesto*  
IV Edizione, vol. XIII Civile

UTET

## Parti e difensori

**Bibliografia:** la bibliografia sulle parti e sui difensori è pressoché sterminata, anche perché la materia è diffusamente trattata in tutta la manualistica. Nel rinviare ai contributi specifici e settoriali citati nelle note, ci si limita qui a segnalare le opere generali di maggior consultazione. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 578 ss.; SEGNI, «Parti», in *Enc. it.*, XXVI, Roma, 1935, 418; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936; CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, *RDPr*, 1940, I, 65; GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I-II, Padova, 1943; ANDRIOLI, *Comm. c.p.c.*, I, Napoli, 1957; PAVANINI, *Note sulla figura giuridica del difensore*, *RTPC*, 1957, 261; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958; SATTA, *Il concetto di parte*, in *St. Calamandrei*, III, Padova, 1958, 689 ss.; MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959; SATTA, «Avvocato e procuratore», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959 ss.; SATTA, *Comm. c.p.c.*, I, Milano, 1959; DI BLASI, «Difensore», in *NN.D.I.*, V, Torino, 1960, 606; FABBRINI, *L'estromissione di una parte dal giudizio*, in *St. G.B. Funajoli*, Milano, 1961; PUNZI, *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, in *St. Segni*, IV, Milano, 1967, 145 ss.; MANDRIOLI, *Delle parti e dei difensori*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, I, 2, Torino, 1973, 881 ss.; TOMMASEO, *L'estromissione di una parte dal giudizio*, Milano, 1975; COSTA, «Parti», in *NN.D.I.*, XII, Torino, 1976, 499 ss.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979; REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, 171 ss.; CIPRIANI, «Difensore», in *NN.D.I.*, *App.*, II, Torino, 1981, 1085; PROTO PISANI, «Parte (dir. proc. civ.)», in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 917 ss.; CASALINUOVO, «Avvocato e procuratore (ordinamento)», in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; MAZZARELLA, «Avvocato e procuratore», in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; TOMMASEO, «Estromissione della parte dal processo», in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989; RICCIARDI, *Lineamenti della professione forense*, Milano, 1990; TOMMASEO, «Parti (dir. proc. civ.)», in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1990; LA CHINA, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1991, 349 ss.; TOMMASEO, «Rappresentanza processuale (dir. proc. civ.)», in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1992; ATTARDI, «Legittimazione ad agire», in *D.I.*, X, Torino, 1993, 524; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1993; MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 1993; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, 277 ss.; MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994; SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1994.

**Legislazione:** si fa rinvio al testo

**Sommario:** 1. La nozione di parte del processo. - 2. Gli elementi per identificare la parte del processo. - 3. La distinzione tra vere e false parti. - 4. Acquisto e perdita della qualità di parte. - 5. Le parti nel processo esecutivo e nei procedimenti speciali. - 6. Il difensore e la sua funzione nel processo. - 7. L'anacronistica distinzione tra avvocato e procuratore. - 8. La difesa personale. - 9. La procura. - 10. Poteri del difensore. - 11. Doveri delle parti e dei difensori.

### 1. La nozione di parte del processo.

Si è da più versanti esattamente osservato che il concetto di parte non può derivarsi dalla terminologia della legge, che non offre alcuna base sicura al riguardo, bensì dalla considerazione della stessa struttura del processo civile (1). Il tentativo di enucleare la nozione di parte, d'altro canto, non ha una mera rilevanza teorica posto che si appalesa quanto meno utile per contribuire a risolvere una serie di questioni la cui importanza è di intuitiva evidenza: precisava Chiovenda (2) che accertare se una persona è parte ovvero terzo, rispetto al processo, rileva ai fini della

identificazione delle azioni, della soggezione alla cosa giudicata, della sussistenza della litispendenza, della presenza di cause di incompatibilità del giudicante, ecc. Va anzitutto considerato, atteso che la nozione di parte deve tener conto della struttura del processo, che le parti rappresentano al contempo i necessari protagonisti ed i soggetti ineliminabili del fenomeno processuale, «poiché è da loro e per loro che questo nasce e si sviluppa verso la sua meta intrinseca, che è il giudizio» (3). La tautologia della constatazione, soltanto apparente, spiega peraltro che «il problema della parte è il problema del processo, poiché nella parte viene indubitalmente a confluire e risolversi tutta la problematica del processo» (4). Le parti stanno al centro del processo giurisdizionale in tutti i sensi possibili (5), ed è dalla loro sempiterna contrapposizione che si determina la necessità del giudizio (6). Corollario a questo postulato è che il concetto di parte non tollera gradazioni di sorta, non concedendosi alternative rispetto alla dicotomia parte-terzo (7): cosicché non è ammissibile che a taluni soggetti si attribuiscono facoltà ed oneri processuali senza che costoro rivestano contemporaneamente la qualità di parte.

Lo studio del problema delle parti del processo ha preso vita in Italia all'inizio del secolo, grazie agli influssi che la dottrina tedesca esercitava all'epoca sugli studiosi del nostro Paese. Due teorie, in proposito, si sono a lungo contese il campo ed ancora oggi appare utile muovere dal loro esame per cercare di comprendere a pieno le implicazioni del concetto in esame. Da un lato si affermò, nel sostenere che il concetto di parte deve esser inteso in senso rigorosamente formale, che «parte è colui che domanda in proprio nome (o nel cui nome è domandata) un'attuazione di legge, e colui di fronte al quale è domandata» (8); dall'altro si è osservato che la nozione di parte non può limitarsi al ristretto ambito processuale, ma va considerato parte anche il soggetto titolare del rapporto sostanziale sotteso al giudizio, anche se costui non coincida col protagonista del rapporto processuale (9). Contrapponendosi a questo secondo orientamento, distinta e peculiare posizione ha assunto poi chi, in armonia con l'idea unitaria di azione e di legittimazione (che nega dunque la contrapposizione tra profilo formale e profilo sostanziale dell'azione), ha criticato la tendenza a distinguere la parte «giusta» da quella ingiusta, la parte processuale dalla sostanziale (10).

La dottrina più recente, preso atto del significato equivoco, relativo e polivalente attribuito al termine parte dal legislatore, si limita a rilevare che si appalesa impossibile, oltre che infecondo, enucleare una

definizione del termine stesso che sia onnicomprensiva, osservando che risulta tutto sommato più utile analizzare singolarmente i vari profili che lo compongono, in relazione alle diverse accezioni lessicali rinvenibili nelle norme positive (11). Da ultimo si è tentato di individuare un significato unitario del concetto guardando al fenomeno delle parti inteso come strumento attraverso il quale realizzare la partecipazione al processo dei soggetti destinatari degli effetti del provvedimento del giudice (12).

Ma, a prescindere dall'esito delle possibili ricostruzioni dogmatiche, giova rammentare che l'unico senso in questa sede attribuibile al termine parte è indubbiamente quello (e solo quello) a valenza processuale, svincolato da contaminazioni concettuali riferibili alle posizioni di diritto sostanziale: convenzionalmente, cioè, parte sarà, al contempo, il soggetto del processo che domanda al giudice l'emissione di un provvedimento giurisdizionale ed il soggetto nei cui confronti tale domanda è spiegata. Sotto tale limitata prospettiva ben si comprende che la genericità della formula impiegata consente quanto meno di affermare che la qualità di parte rappresenta il minimo comun denominatore del ruolo svolto dai contendenti nel processo (13), la sola caratteristica soggettiva che in un processo è destinata a non mancare mai. Non resta, dunque, che arrestarsi qui, di fronte all'inutilità di uno sforzo esegetico maggiore, e sostenere che la qualità di parte, processualmente parlando, si assume per il solo (semplice) fatto di proporre una domanda in giudizio o di essere destinatari degli effetti di tale domanda. Così intesa, la parte è sia il soggetto che compie gli atti processuali (o che ne subisce il compimento), e sia il soggetto nella cui sfera giuridica gli effetti di tali atti si produrranno. Ovviamente, tale affermazione dovrà essere letta alla luce delle considerazioni che seguono, perché là dove ad esempio non sussiste coincidenza tra il soggetto che compie l'atto del processo e colui che soggiace agli effetti dell'atto (come nella rappresentanza), la qualità di parte mal si attaglia al primo, il quale rimane del tutto estraneo (di regola) alle conseguenze che dal giudizio scaturiranno. In definitiva, è effettiva parte del processo quel centro giuridico di imputazione di interessi nei confronti del cui nome, a prescindere dal materiale compimento dell'attività necessaria per farlo iniziare, proseguire e concludere, quel processo si svolge.

(1) In tal senso SEGNI, «Parti», in *Enc. it.*, XXVI, Roma, 1935, 418. Sul fatto che il legislatore usi in più luoghi ed in diversi contesti la parola «parte», senza attribuirle un significato unitario, si sofferma TOMMASEO, «Parti (dir. proc. civ.)», in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1990, I, il quale conferma l'impossibilità di ricondurre ad unità i diversi valori semantici che l'espressione assume nel linguaggio comune. Per il medesimo ordine di idee, v. MONTESANO-ARIETA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 1993,

119. Giustamente COSTA, «Parti», in *NN.D.I.*, XII, Torino, 1976, 499, osserva che inutilmente si cercherebbe nel codice di rito una definizione della parte del processo, che gli artt. 75 e ss. — pur inseriti nel titolo che tratta «delle parti e dei difensori» — non contengono. Identica considerazione è svolta da PROTO PISANI, «Parte (dir. proc. civ.)», in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 917, al quale si deve l'impegno di maggior spessore sistematico della materia qui trattata.

(2) CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 578. Concetto ripreso da SEGNI, *op. loc. cit.*

(3) MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, 18.

(4) SATTA, *Il concetto di parte*, in *St. Calamandrei*, III, Padova, 1958, 691.

(5) MONTELEONE, *op. cit.*, 19.

(6) «L'idea di parte è data dunque dalla lite stessa» (CHIOVENDA, *op. cit.*, 579). Per REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, 172, il concetto di parte «entra in campo soltanto col processo e nel processo dove appunto si litiga; non prima e non fuori». Il tema è felicemente affrontato da CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 51, ad avviso del quale la «parte» è tale solo se è opponibile ad un'altra «parte», come frazione del «tutto»: parti sono dunque «gli uomini in quanto si trovano l'uno di fronte all'altro in situazioni di conflitto di interessi.

(7) COSTA, *op. loc. cit.*

(8) CHIOVENDA, *op. loc. cit.* Accolgono sostanzialmente tale impostazione SEGNI, *op. cit.*, 418, secondo il quale il concetto di parte è «unico ed è solo processuale»; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1943, 188; ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1942, 189; più recentemente MANDRIOLI, *Delle parti e dei difensori*, in *Commentario c.p.c. Allorio*, I, 2, Torino, 1973, 883 ss.; ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, 293; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1992, 112; COSTA, *op. cit.*, 499; ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, 277-278.

(9) CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1922, 206 ss.; Id., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 393 ss.: «parte si chiama ed è giusto che si chiami non solo il soggetto della lite, ma ancora il soggetto della azione; ma nella pratica e nella legge si dà il nome di parte altresì a ciascuno di coloro, i quali non sono da soli né soggetto della lite né soggetto della azione, in quanto a loro appartiene o soltanto l'interesse o soltanto la volontà relativi all'una e all'altra. Al fine di evitare il disordine nei concetti, così nocivo alla scienza, è necessario, se non sopprimere in alcuni di questi casi l'uso della parola parte, almeno aggiungervi un attributo idoneo a denotarne il diverso valore. A tale necessità risponde fino a un certo punto la distinzione tra parte in senso materiale e parte in senso formale». Aderiscono a tale tesi in particolare JAEGER, *Diritto processuale civile*, Torino, 1944, 245 e ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969, n. 83, anche se utilizzano un linguaggio tecnico parzialmente difforme.

(10) SATTA, *op. cit.*, 691 ss.; Id., *Comm. c.p.c.*, I, Milano, 1959, 249 ss.; SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1994, 107 ss. L'Autore si permette una interessante provocazione, quando si chiede se per «parte» debba intendersi il mero contenente ovvero il contenuto: «è il vaso o il liquore che è dentro il vaso? O è l'uno e l'altro, poiché il vaso resta pur sempre un vaso anche quando, apertolo, si scopre che è interamente vuoto?» (*Il concetto*, cit., 691).

(11) V. in particolare GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 244 ss., il quale esamina i diversi significati con i quali il codice di rito utilizza il termine in argomento: a) soggetti degli atti processuali; b) soggetti degli effetti di detti atti; c) soggetti del rapporto litigioso; MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, 120 ss.; PICARDI, *La successione processuale*, I, Milano, 1964, 183 ss.

(12) PROTO PISANI, *op. cit.*, 925 ss.

(13) Così MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., 883 ed in *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1993, 267.

## 2. Gli elementi per identificare la parte del processo.

Impostato il problema della definizione della parte in chiave esclusivamente processualistica — perché ingerenze di concetti mutuati dal diritto materiale potrebbero risultare estremamente dannose o fuorvianti — è necessario volgere lo sguardo soltanto alla vicenda processuale per poter correttamente individuare quali siano gli elementi utili ad identificare la vera parte (14). Si è visto che parte del processo diventa automaticamente chi il processo lo promuove. Da qui la prima curiosa notazione: assumere la qualità di parte comporta immediatamente la facoltà di compiere atti processuali — prima d'allora non riconosciuta — ma si diventa parte solo se si compie un atto processuale. Allo stesso tempo parte del processo può diventare un qualsiasi soggetto, anche senza alcuna attività propria, solo che altri decidano di evocarlo in giudizio.

Per assumere la qualità di parte del processo, pertanto, si appalesa assolutamente inconferente il fatto che il soggetto sia o meno titolare della situazione giuridica soggettiva controversa, o che la richiesta avanzata al giudice sia palesemente infondata (15), ma rileva solo che costui abbia proposto una domanda nelle forme previste dalle norme processuali (ovvero sia il destinatario nel processo degli effetti di detta domanda). Parte è colui che propone la domanda giudiziale e colui nei cui confronti la domanda stessa è proposta. È dunque la domanda giudiziale a costituire l'unico elemento per identificare le parti del processo, con l'avvertenza che tale domanda non deve necessariamente essere quella introduttiva (16). La domanda giudiziale, come atto costitutivo del processo, determina ed individua, così, le parti che del processo medesimo saranno protagoniste (17): se c'è una domanda — ancorché difetti il potere di proporla — allora c'è un processo e dunque un minimo di due parti (quanto meno nell'ordinario rito a cognizione piena). Col dire che è con la proposizione di una domanda giudiziale che si acquista la qualità di parte si deve però riconoscere che dietro quest'unico elemento si celano una serie di modalità di proposizione del tutto disomogenee tra di loro. È parte chi propone una domanda introduttiva, ma anche chi interviene in giudizio formulando a sua volta una domanda (innovativa o meno rispetto al thema disputandum); assume altresì tale qualità anche colui che, proseguendo spontaneamente un giudizio od essendo citato in riassunzione, subentra nella posizione processuale del suo dante causa, riattivando l'antica domanda o resistendo a quella ex adverso originariamente proposta nei confronti di quest'ultimo (18).

Come si vedrà, il principio per cui la qualità di parte si assume con riferimento alla domanda spiega effetto anche per ciò che concerne il processo esecutivo ed i riti speciali, pur nella consapevolezza che in tali procedure l'esatta identificazione dell'atto contenente la domanda giudiziale ha dato luogo in dottrina a diverse dispute.

Va aggiunto, infine, tenuto conto del carattere formale che alla definizione del termine parte è stato attribuito, che l'assunzione della qualità stessa di parte è subordinata alla introduzione in giudizio di una domanda processualmente valida, cioè di una domanda la cui proposizione rispetti le forme dettate appositamente dal codice di rito con riguardo alla tecnica di compimento degli atti processuali.

(14) L'idea di muovere sempre e soltanto dall'esame del fenomeno processuale, ai fini che qui interessano, è sposata anche da chi critica la nota definizione chiovendiana (SATTA, *Il concetto*, cit., 693: «alla base della tendenza sopra accennata di definire la parte con elementi tratti esclusivamente dal processo v'è una giusta intuizione»).

(15) Pur con le incongruenze, sul piano pratico, che una tale affermazione comporta (decisamente criticate da SATTA, *Il concetto*, cit., 700-701).

(16) TOMMASEO, *op. cit.*, 2.

(17) LIEBMAN, *Manuale*, cit., 112; MANDRIOLI, *Corso*, I, cit., 264.

(18) Sia SEGNI, *op. cit.*, 418, sia LIEBMAN, *op. cit.*, 94, distinguono l'acquisto della qualità di parte in tre casi: a) per effetto della proposizione della domanda introduttiva; b) per effetto della successione nella posizione della parte originaria; c) per effetto di intervento in un processo pendente. La distinzione va accettata a patto che (come osserva TOMMASEO, *op. cit.*, 3) non venga utilizzata per supporre un acquisto della qualità di parte intrinsecamente diverso da quello che si fonda sulla proposizione di una originaria domanda giudiziale; in altri termini, va sottolineato che l'assunzione della veste di parte del processo si determina sempre — a prescindere dalla concreta tecnica di ingresso del soggetto nella dinamica del rito — con la proposizione di una domanda al giudice.

## 3. La distinzione tra vere e false parti.

Anche se è necessario accogliere una definizione della parte in una ottica esclusivamente processuale, il problema dell'attribuzione della relativa qualità ai soggetti che si muovono sulla scena del processo si pone comunque: e ciò è sintomo di quel malessere che il giurista avverte allorquando si avvede della relatività e della povertà del proprio linguaggio (19). Invero non è parte *qualunque* protagonista privato del giudizio (ancorché «partecipi» al suo divenire), in quanto — come si è visto — criterio distintivo al riguardo è assunto dal fatto di esser artefice ovvero destinatario della proposizione di una domanda. Ma anche l'enunciazione di una tale direttiva necessita di opportune puntualizzazioni, là dove si discute se la presenza di taluni soggetti all'interno del processo sia ricollegata alla configurabilità, o meno, di domande giudiziali. Del resto, la necessità di non estendere in misura non congrua il concetto di parte è tenuta

ben presente dalla dottrina la quale richiama l'attenzione sul fatto che l'eccessivo proliferare delle parti è fenomeno visto con sfavore dal legislatore, in grado di incidere negativamente sul processo, in termini di efficienza (20).

a) In primo luogo la questione sorge con riferimento alla presenza nel processo del Pubblico ministero. Nessun dubbio si nutre nei casi in cui il P.M. esercita l'azione civile ex art. 69 c.p.c., ovvero in quelli in cui interviene obbligatoriamente ai sensi dell'art. 70, 1° co., n. 1, posto che in tali ipotesi al P.M. non può negarsi la qualità di parte a tutti gli effetti (21). A soluzione difforme non può giungersi, a parere di chi scrive, neppure in quelle fattispecie nelle quali il P.M. assume la veste di semplice interventore (art. 70, 1° co., nn. 2-5, e 3° co.). Se da un lato è vero che l'attività dell'organo, in questi casi, si manifesta — in definitiva — nella formulazione di mere conclusioni che incontrano il limite di doversi contenere all'interno delle domande proposte dalle altre parti (22), è altresì innegabile che, oltre a queste ultime, qui anche il P.M. «chiede» un provvedimento al giudice: egli, in sostanza, propone una domanda di tutela giurisdizionale, e tanto basta per riconoscergli la qualità di parte processuale (23). Non può perciò aderirsi a quel noto orientamento giurisprudenziale che si dimostra totalmente restio a far ricorso ad esempio al principio della refusione delle spese processuali nei confronti del P.M. (tanto a suo vantaggio che a suo carico), con ciò implicitamente negando le implicazioni — sul piano che qui interessa — della partecipazione di tale soggetto allo sviluppo del processo (24).

b) Le diverse definizioni concettuali esaminate *sub par. 1*, alimentano dubbi a proposito dell'attribuzione della qualità di parte in capo al rappresentante processuale. Il rappresentante processuale, alla stessa stregua del rappresentante ad negotia, compie gli atti del processo in nome e per conto del rappresentato. Il fenomeno della rappresentanza processuale presuppone che il rappresentante stia in giudizio in luogo del rappresentato in quanto dotato del potere (legittimazione) di compiere atti del processo in nome e nell'interesse di quest'ultimo (25). Se si accedesse al concetto di parte come soggetto titolare del potere di adottare atti processuali o di essere di questi destinatario, non vi sarebbe ragione di escludere dal novero delle parti anche il rappresentante. Senonché, visto che la qualità di parte spetta solo a colui che domanda in proprio nome (o nel cui nome è domandata) un'attuazione di legge nonché colui nei confronti del quale tale attuazione è domandata, è naturale che parte in senso proprio sia solo il rappresentato (26): è pertanto con esclusivo riferimento a costui che occorre accertare la sussistenza delle condizioni dell'azione.

In alcune ipotesi particolari, però, si suole ricondurre la qualità di parte anche al soggetto che nel processo si è limitato ad esercitare il potere di rappresentanza. Secondo autorevoli fonti dottrinarie, infatti, nel caso di giudizio in cui è presente un *falsus procurator* il falso rappresentato non è in grado di svestire i panni del «terzo» e ciò anche a prescindere dalla qualità di parte solo nominalmente assunta nella sentenza (27). La domanda giudiziale proposta dal falso rappresentante non si appalesa infatti idonea a costituire un rapporto processuale con il preteso rappresentato (28), e dunque finché costui non decida di ratificare l'attività espletata in carenza di potere egli è considerabile solo una parte «apparente» (29). Altro caso in cui rileva la posizione del rappresentante, ai fini che qui interessano, è costituito dalla sussistenza di una contestazione concernente la regolarità del potere di rappresentanza: è così che il rappresentante assume la qualità di parte processuale, anche ai fini degli effetti degli atti compiuti, posto che alla base di tale posizione v'è una *domanda* volta all'accertamento della configurabilità di tale potere (30).

Ciò che accade nella rappresentanza non coincide esattamente — sul piano processuale — con quanto avviene nel fenomeno dell'assistenza, là dove l'assistente ancorché non sia la parte è comunque soggetto chiamato ad integrare la capacità della stessa (31). c) Nel fenomeno della sostituzione processuale sorgono dubbi sulla legittimità dell'attribuzione della qualità di parte non tanto al sostituto (che comunque *domanda* in nome proprio l'attuazione di un diritto altrui, senza rappresentare nessuno) quanto al sostituito. Ad avviso di chi scrive sino a quando costui non partecipa al processo non può qualificarsi parte, ancorché egli ovviamente risenta degli effetti sostanziali della emananda decisione. Il problema si pone, però, con riferimento alla posizione del sostituito, una volta assodato che egli assume la veste di contraddittore necessario nel giudizio promosso dal sostituto, in quanto la propria situazione giuridica soggettiva resta coinvolta dall'azione esercitata dal legittimato straordinario (32). Qui, una volta evocato in giudizio, il sostituito partecipa indubbiamente al medesimo, ma è disputato se egli sia destinatario di una «domanda» in senso tecnico e pieno (33). Si sostiene così in dottrina che il sostituito acquisti la veste di parte per il solo fatto di essere chiamato in un giudizio nel quale la «sua» domanda è assorbita da quella avanzata dal sostituto, che l'ha dunque resa viva con la propria (34).

Vicenda del tutto diversa da questa fin qui esaminata è quella rappresentata dalle fattispecie contemplate dagli artt. 108 e 111 c.p.c. (rispettivamente, del processo proseguito dal garante dopo l'estromissione del garantito e della successione a titolo particolare

nel diritto in contesa): in queste ipotesi, pacificamente, soggetto degli atti e degli effetti del procedimento è soltanto il sostituto (garante e dante causa), atteso che il sostituito (garantito e avente causa) risente solo delle conseguenze derivanti dall'accertamento contenuto nella decisione (35). Del resto, almeno nel caso dell'art. 108 c.p.c., è dubbia in dottrina la stessa riconducibilità della fattispecie al novero dell'ipotesi di sostituzione processuale (36).

d) Un'ulteriore figura dubbia, ai fini che qui rilevano, è quella del difensore che proponga istanza, ex art. 93 c.p.c., di distrazione in suo favore delle spese anticipate nel processo e dei propri onorari. Chi opina nel senso che il difensore acquista, con tale istanza, la qualità di parte, osserva che egli introduce nel processo una domanda assimilabile ad un intervento (37). Chi nega invece tale qualità sostiene che l'istanza di distrazione non provoca l'esercizio di forme dichiarative di tutela giurisdizionale (38). Crediamo, invero, che se anche la domanda del difensore si somma, per così dire, con quella del cliente, per il solo fatto che soggetto degli atti processuali, limitatamente a tale domanda, è indubbiamente il difensore, a costui non possa negarsi la veste di parte (39). Certamente singolare è dunque l'orientamento della giurisprudenza che ritiene il difensore essere parte solo nella fase di gravame avverso la decisione che abbia rigettato la domanda di distrazione (40): infatti, o il difensore è sempre estraneo al processo oppure, se gli si attribuiscono poteri e facoltà in sede di impugnazione — riconoscendosi che la sua domanda determina la richiesta di un'attuazione della legge — non si vede la ragione per la quale negargli tali prerogative in primo grado.

Secondo un certo indirizzo giurisprudenziale il difensore assumerebbe la qualità di parte quando agisce in difetto del potere di rappresentanza tecnica. Il problema è analogo — almeno sotto il profilo delle conseguenze che se ne traggono — alle situazioni dove cioè si fa questione della legittimità del potere rappresentativo (*infra, sub b*) (41). La tesi poggia sul fondamento della concreta impossibilità di riferire alla parte falsamente assistita dal difensore costituito l'attività processuale e sostanziale svolta (42). Sul presupposto che titolari del diritto al rimborso delle spese siano solo le parti (in difetto di istanza di distrazione) taluni sostengono che il difensore risponda solo dei danni cagionati al soggetto falsamente rappresentato (43) e non possa esser direttamente destinatario della condanna alle spese. Quest'ultimo orientamento, pur convincente, non riesce peraltro a spiegare il motivo per il quale sul soggetto falsamente rappresentato dovrebbero ricadere gli effetti dell'attività processuale compiuta, che egli non ha mai voluto o ratificato.

e) Si è discusso se l'interveniente adesivo dipenden-

te sia qualificabile parte del processo a tutti gli effetti, vista anche, non tanto la peculiarità della situazione giuridica soggettiva vantata, quanto la limitata legittimazione ad impugnare che comunemente gli si attribuisce (44). Certo è che tale interveniente partecipa almeno formalmente al giudizio ma ciò di cui non si può dubitare è che egli conserva il potere di domandare, allegare, eccepire. Che detto potere sia limitato — come notoriamente si sostiene — nel senso che è fatto divieto all'interveniente adesivo dipendente di porsi in posizione processuale contrastante con quella della parte principale, è elemento che non deve confondere l'interprete: l'interveniente domanda pur sempre al giudice un'attuazione della legge in nome e nel proprio favore (45), ed è quindi parte del processo.

f) Dubbi si pongono, ancora, per ciò che riguarda la posizione del terzo citato per l'esibizione ex art. 210 c.p.c. Parte della dottrina più recente sostiene che nonostante il richiamo vuoi al meccanismo della citazione e vuoi allo spontaneo intervento, il legislatore non abbia inteso attribuire al terzo qualità di parte processuale: il terzo, in sostanza, sarebbe un mero collaboratore di giustizia (46). Tale tesi è riconducibile comunque alla generale opinione secondo la quale il terzo non propone domande né ne è destinatario, cosicché non può assurgere al ruolo di parte (47). La giurisprudenza (48) e parte della dottrina (49) sostengono che quando il terzo interviene volontariamente ex art. 211, 2° co. per contestare l'esistenza delle condizioni legittimanti l'ordine di esibizione, diviene parte di un rapporto processuale inscindibile, ancorché limitatamente alle questioni concernenti l'esibizione. Se alla base di tale assunto si pone il fatto che anche in questa ipotesi è rinvenibile una domanda giudiziale — volta all'accertamento della liceità del diniego del terzo a consentire l'esibizione — l'opinione può anche esser condivisa.

(19) CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 395.

(20) LA CHINA, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1991, 351-352, ricorda a tal proposito le varie soluzioni adottate dal legislatore per tentare di tenere sotto controllo la possibile dilatazione del numero dei partecipanti al processo, al fine di meglio governarlo.

(21) Giunge a tale conclusione argomentando anche dal tenore dell'art. 72, 1° co., TOMMASEO, *op. cit.*, 5.

(22) Attività che sembrerebbe ridurre il ruolo del P.M. a mero «ausiliario di giustizia» (REDENTI, *op. cit.*, 213) e che ha indotto taluni (LIEBMAN, *Manuale*, cit., 132) a ridimensionarne la funzione. Ma, a ben guardare, tale situazione limitante la incontra anche, per certi versi, l'interveniente adesivo dipendente per il quale, invece, come si vedrà, la dottrina e la giurisprudenza non nutrono dubbi sulla sua veste di parte ad ogni effetto.

(23) Adottato il criterio formale di definizione della parte, la circostanza che l'obiettivo perseguito nel processo dal P.M. consista nell'interesse pubblico all'osservanza della legge (ex art. 73 dell'Ord. giud.), rispetto al quale non è ragionevolmente possibile soggettivizzare un titolare (MOROZZO DELLA ROCCA, «Pubblico ministero», in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano 1988, 1078).

appare irrilevante: «l'imparzialità del P.M. — al quale tanto ripugna l'appartenenza dell'interesse in lite — non gli toglie la qualità di parte, cioè di uno dei componenti il soggetto dell'azione e persino, nei congrui casi, della lite» (così CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 398; in senso analogo VIGORITI, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, RDP, 1974, 296 ss.; *contra*, decisamente, GRASSO, «Pubblico ministero», in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 3, per il quale nel caso di intervento al P.M. non compete la qualità di parte, per la sostanziale funzione «consultiva» affidata all'organo).

(24) Cfr. Cass. 23-8-1990, CS, 1991, II, 150. Critico rispetto a tale atteggiamento della giurisprudenza si mostra REDENTI, *op. cit.*, 214, secondo il quale ciò si pone in contrasto con lo spirito dell'ordinamento e probabilmente anche della Carta costituzionale. La giurisprudenza svilisce il ruolo del P.M., come parte, anche quando — come ricorda TOMMASEO, *op. cit.*, 5 — non gli attribuisce i poteri necessari per impedire l'estinzione del processo in caso di inattività delle parti o di rinuncia agli atti del giudizio.

(25) Su questi concetti, peraltro pacifici, cfr. MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., 889, ove il tema è trattato in modo sintetico e chiaro. All'Autore, del resto, va attribuito il merito di aver distinto la figura del rappresentante come colui che sta in giudizio «con l'attività», dal rappresentato, come colui che sta in giudizio «col nome» (Id., *La rappresentanza*, cit., 134 ss.).

(26) TOMMASEO, «Rappresentanza processuale (dir. proc. civ.)», in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 9; LIEBMAN, *Manuale*, cit., 82. (27) PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, 556 ss.; CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, 675 ss.; LA CHINA, *op. cit.*, 416. L'opinione è contrastata dalla giurisprudenza, per la quale ciò che rileva — segnatamente sotto il profilo della legittimazione all'impugnazione — è solo la qualifica di parte formalmente attribuita nella sentenza al rappresentato, ancorché si versi in ipotesi di falsa rappresentanza (Cass. 3-5-1969 n. 1489, FI, 1969, I, 1437, per la quale non può ritenersi estraneo al processo il soggetto falsamente rappresentato). L'orientamento giurisprudenziale, però, risente delle contraddizioni del linguaggio in argomento (con le ben note commistioni del significato sostanziale del termine parte con quello processuale), posto che muove dalla considerazione secondo la quale la sentenza è riferibile direttamente anche al rappresentato, anche se è viziato il potere rappresentativo (FABBRINI, *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Milano, 1969, 187). Il problema di cui al testo assume concreto rilievo con riguardo al mezzo a disposizione del falsamente rappresentato per sottrarsi agli effetti della sentenza che, appunto, si dispiegano anche contro di lui.

(28) MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., 913.

(29) Il soggetto che nella propria attività processuale esorbita dai limiti derivanti dal potere rappresentativo muta, per effetto di una sorta di conversione della propria posizione, da soggetto sceso in giudizio per altri in parte effettiva (ed in proprio) del processo (REDENTI, *Diritto*, cit., 180).

(30) TOMMASEO, *Parti*, cit., 4.

(31) Per PROTO PISANI, «Parte», cit., 926, nt. 51, soggetti degli atti processuali sono infatti, congiuntamente, il curatore e il minore emancipato o l'inabilitato; soggetto dell'azione, peraltro, resta comunque l'assistito, non potendosi considerare parte l'assistente (CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 595).

(32) Su tale conclusione la dottrina più moderna appare oramai concorde: cfr. FAZZALARI, «Sostituzione (dir. proc. civ.)», in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 160; PROTO PISANI, *Opposizione di terzo*, cit., 522; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 591; TOMMASEO, *L'estromissione di una parte dal giudizio*, Milano, 1975, 104 ss.; MONTESANO-ARIETA, *op. cit.*, 124. Il fatto che il sostituto agisca in nome proprio per far valere un diritto altrui non necessariamente comporta che il titolare del diritto abbia autorizzato il promuovimento del giudizio: anzi ben può accadere che la volontà del sostituto sia contraria all'esercizio

dell'azione, ed è pure per tale motivo che si impone di rispettare il contraddittorio anche nei confronti del titolare della situazione sostanziale.

(33) Cfr. sul punto GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., 69 ss. Nell'ipotesi scolastica di sostituzione processuale, quella che si riferisce all'esercizio dell'azione disciplinata dall'art. 2900 c.c., il creditore fa valere un diritto che assume essere del proprio debitore nei confronti di un terzo, chiedendo — relativamente a questo diritto — una sentenza che costituisca una situazione di vantaggio direttamente in capo al debitore stesso. Sia che si acceda alla tesi in virtù della quale l'accertamento contenuto nella decisione emananda copra anche l'area relativa al rapporto tra surrogante e surrogato (contrastata da ATTARDI, «Legittimazione ad agire», in *D.I.*, X, Torino, 1993, 530, ma suggerita da MONTESANO-ARIETA, *op. cit.*, 123), sia che si opini per un effetto cognitivo limitato, per ciò che riguarda il diritto in questione, è indubbio che la domanda proposta dal sostituto ricomprenda in sé anche la pretesa del sostituto nei riguardi del terzo (così TOMMASEO, *Parti*, cit., 4, il quale contesta a tal proposito l'utilità della nozione di «quasi parte» di chiovendiana memoria).

(34) TOMMASEO, *op. ult. loc. cit.*

(35) PROTO PISANI, «Parte», cit., 928; MONTESANO-ARIETA, *op. cit.*, 124; FAZZALARI, *op. cit.*, 162.

(36) Per riferimenti ATTARDI, *Diritto*, cit., I, 229 ss., ma part. 306-309.

(37) Così LIEBMAN, *Manuale*, cit., 122; su analoghe posizioni si trovano ANDRIOLI, *Comm.*, I, 263; MANDRIOLI, *Corso*, I, cit., 309; DE STEFANO, *La distrazione delle spese*, Milano, 1957, 46.

(38) CARNELUTTI, *Distrazione delle spese*, RDP, 1936, I, 162; GRASSO, *Della responsabilità delle parti*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, Torino, 1973, 1014 ss.; SATTA, *Comm. c.p.c.*, I, cit., 311; TOMMASEO, *Parti*, cit., 4.

(39) Del resto, ancorché tale domanda non rivesta alcuna formalità (tanto che può proporsi oralmente anche all'udienza di discussione: SATTA, *op. ult. cit.*, 312) è innegabile che i caratteri che la contraddistinguono la configurano come «vera» domanda giurisdizionale (improponibilità a giudizio concluso; spiegamento di effetti sostanziali; obbligo di pronuncia in capo al giudice; conferimento del potere di impugnazione in caso di rigetto; ecc.).

(40) Cass. 11-1-1986 n. 140, GI, 1987, I, 1, 1108, con nota critica di SPIAZZI; Cass. 17-11-1979 n. 5988, RFI, «Spese giudiziali civili», 41. Si veda anche Cass. 3-11-1992 n. 11912, RDP, 1994, I, 316, con nota di GIORGIETTI, *In tema di legittimazione ad impugnare del difensore distrattario*.

(41) Così, ad esempio, Cass. 23-2-1994 n. 1780, GC, 1994, I, 1895, con osservazioni critiche di CAPUTO, *Difensore sfornito di procura e pronuncia sulle spese*; T. Roma 24-1-1977, RDP, 1978, 565, con nota di TOMEL.

(42) DENTI, «Nullità degli atti processuali», in *NN.D.I.*, XI, Torino, 1965, 486; GUALANDI, *Difensore senza procura e condanna alle spese*, RDP, 1958, 646.

(43) PAJARDI, *Sulla condanna alle spese processuali di un soggetto che non fu parte del processo*, GI, 1973, I, 1, 1616. Opinione condivisa da CAPUTO, *op. cit.*, 1898.

(44) Per lo sviluppo di tale argomento v. COSTANTINO, «Intervento nel processo (dir. proc. civ.)», in *Enc. giur.*, XVII, 1990, 9. In giurisprudenza Cass. 18-7-1991, RGE, 1992, I, 2, 361. Su posizioni contrastanti CHIZZINI, *L'intervento adesivo*, II, Padova, 1992, 963.

(45) TOMMASEO, *Parti*, cit., 3; LIEBMAN, *Manuale*, cit., 104 ss. Dello stesso avviso è la giurisprudenza: cfr. Cass. 22-3-1967 n. 673, RI, 1968, II, 21. Sulla posizione di parte dell'interveniente adesivo dipendente v. da ultimo CHIZZINI, *op. cit.*, II, 902 ss.; Id., «Intervento in causa», in *Digesto/Civ.*, X, Torino, 1993, 145. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 103, sostiene che detto tipo di interveniente configuri un soggetto la cui posizione si colloca a metà tra parte e terzo, rinverendo l'inammissibile figura della «quasi-parte».

(46) MASSARI, «Esibizione delle prove», in *NN.D.L.*, VI, Torino, 1960, 845, parla di un terzo chiamato solo per meglio informare il giudice.

(47) LA CHINA, «Esibizione delle prove», in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 3; ID., *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Milano, 1960, 238. Contrario a tale insegnamento è SATTA, *Comm.*, cit., II, 163, per il quale se il terzo è citato diventa, per ciò solo, parte.

(48) Cass. 4-10-1977 n. 4231, *FI*, 1979, 1870, con nt. di MICELLI.

(49) ANDRIOLI, *Diritto*, cit., I, 672 ss.; LIEBMAN, *Manuale*, cit. (ma IV ediz., 1980), II, 126; TOMMASEO, *Parti*, cit., 5.

#### 4. Acquisto e perdita della qualità di parte.

Si è visto sopra (par. 2) che parte del processo diventa in primo luogo colui il quale introduce ritualmente una domanda giudiziale, determinando l'insorgenza di una procedura contenziosa: dunque, l'attore o il ricorrente. Il primo acquisterà la qualità non appena sarà perfezionata la notificazione dell'atto introduttivo, il secondo — di norma — al momento del deposito in cancelleria dell'atto stesso (50). Speculare è la posizione del convenuto o del resistente, i quali diventeranno titolari delle prerogative che competono alle parti negli stessi momenti cui ora s'è accennato, sempre se la legge non disponga il contrario (51). Qualora, però, l'atto introduttivo presentasse vizi o difetti invalidanti il corretto inizio della procedura, il chiamato in giudizio acquisterà a tutti gli effetti la qualità di parte solo in conseguenza della spontanea costituzione (52). Peraltro l'acquisto della qualità di parte, che si perfeziona come detto con la proposizione di una domanda, può verificarsi anche nell'ipotesi in cui questa venga introdotta in un processo già pendente: è il caso dell'intervento, sia esso volontario o coatto. Infatti, non può negarsi che l'interveniente volontario diventi parte allorché si costituisca in giudizio, posto che qualunque sia la sua posizione (principale, litisconsortile, adesiva) egli chiede al giudice l'attuazione della legge in suo favore (53). A difformi conclusioni non può giungersi per quanto riguarda l'intervento ad istanza di parte poiché, anche se esso diverge dalla forma ora esaminata (per il fatto di non avvenire spontaneamente), va osservato che nei confronti del terzo vengono comunque proposte domande giudiziali (54), che restano tali anche se implicite (55). Non diversamente accade nell'ipotesi regolata dall'art. 107 c.p.c., con l'avvertenza che il terzo non diventa parte solo per effetto dell'ordine impartito dal giudice (che in definitiva si appalesa un invito alle parti a chiamare il terzo) (56): l'acquisto della titolarità delle prerogative spettanti alle parti del processo si verifica al momento della chiamata in causa, perfezionata con la notificazione della citazione eseguita ad opera della parte più diligente oppure onerata (57). Il terzo chiamato, infatti, è destinatario degli effetti di una domanda — quanto meno riflessa, per così dire — ovvero è lui che propone, una volta intervenuto, do-

mande nei confronti delle parti originarie (58). Del resto a confermare tale opinione milita il generale rilievo per il quale se il terzo regolarmente citato, non si costituisce, è giustamente dichiarato contumace (59). Si è già rilevato che assume altresì la qualità di parte anche colui che succede in *universum ius* nella posizione ricoperta dal proprio dante causa (60): e ciò, nella identica posizione, ovviamente, non essendo infatti consentito al successore — ad esempio — introdurre nuove domande per il riconoscimento di diritti autonomi ed indipendenti da quello nel quale è succeduto (61). Non tutti i fenomeni di subingresso nella situazione giuridica soggettiva oggetto di lite danno necessariamente luogo, come visto, all'individuazione di «nuove» parti processuali (62): ed è per questo motivo che la vicenda regolata dall'art. 110 c.p.c. è intesa come accadimento esclusivamente processuale — successione di status di parte — distinto dai mutamenti verificatisi invece sul piano sostanziale (63). L'autonomia dei due angoli visuali del problema induce ad approvare la scelta legislativa di impedire un automatismo del subingresso delle parti all'interno del processo nel momento in cui si verifica la successione nel diritto sostanziale (64): il subentro, e dunque la genesi di una nuova parte nel giudizio, si verifica solo per effetto di iniziative previste dal codice di rito (spontanea costituzione o riassunzione), ed è per questo che giustamente si afferma che l'art. 110 deve esser letto alla luce delle disposizioni dettate in tema di interruzione (65). In sostanza, si verifica qui un'ipotesi analoga, strutturalmente, a quella poc'anzi esaminata dell'intervento *iussu iudicis*: lì l'ordine del giudice costituisce solo il presupposto per la chiamata, per mezzo della quale il terzo acquista la veste di parte; qui il venir meno della parte necessita, affinché il successore acquisti tale qualità, che il processo venga proseguito con un impulso apposito (66).

Così come è suscettibile di essere acquistata, la qualità di parte può essere poi perduta. A parte l'ovvia ipotesi dell'estinzione della stessa parte sostanziale (67), il fenomeno che qui interessa è, soprattutto, l'estromissione (68), istituto che appare speculare all'intervento, con effetti opposti. Con l'uscita di una delle parti dal processo si realizza indubbiamente un mutamento soggettivo al quale non fa seguito né una novazione delle domande né un evento estintivo della procedura (69). Condizioni per disporre l'estromissione di una parte (generalmente, il garantito) sono, pacificamente, la costituzione e l'accettazione della lite ad opera del terzo (il quale deve riconoscere la propria veste di soggetto passivo del rapporto sostanziale), l'istanza della parte che vuole essere estromessa e la non opposizione delle altre parti in causa (70). Una volta emesso il provvedimento di estromissione colui che ne ha beneficiato diventa



terzo, perdendo la qualità di parte del processo (pur rimanendo, di regola, parte in senso sostanziale): il fenomeno che si realizza nella specie è da taluno fatto rientrare nello schema della sostituzione processuale (71). Non può escludersi (anche se è abbastanza raro) che l'estromesso possa di nuovo ritornare ad esser parte: sia nel caso di un successivo intervento nello stesso giudizio (72), sia nel caso di rimessione della causa al primo giudice a seguito di erronea estromissione.

È discusso se possa ravvisarsi, nel nostro ordinamento, un fenomeno di sostituzione volontaria delle parti, altrimenti definito di disposizione convenzionale della legittimazione ad agire (73). In tal caso se la sostituzione dovesse verificarsi in corso di causa si darebbe luogo al subentro di una nuova parte (74): ma è di tutta evidenza che la parte originaria per perdere tale qualità dovrà comunque far ricorso all'istituto dell'estromissione. Ciò fa perdere notevolmente di interesse — ai fini che qui rilevano — la questione se sia legittimo un mutamento volontario delle parti nel processo (75), posto che l'evento che determina l'estinzione della qualità in discorso resta comunque l'estromissione.

(50) Sul problema della litispendenza nel rito del lavoro cfr. oggi Cass. 16-4-1992, *FI*, 1992, I, 2091 (seguita da Cass. 11-5-1992 n. 5597, *ivi*, 1992, I, 2089) che ha composto il contrasto sorto in giurisprudenza nel senso indicato nel testo. La tesi, del resto, era stata già sostenuta ampiamente in dottrina (TRISORIO LUZZI, *La pendenza dei processi da ricorso*, *DG*, 1979, 262, ss.; NICOLETTI, *Giustizia del lavoro*, Torino, 1987, 61; ACONE, *In tema di litispendenza tra processi introdotti con ricorso e di abuso della tutela urgente da parte del datore di lavoro*, *FI*, 1980, I, 2273) anche se osteggiata da una parte della stessa giurisprudenza (cfr. Cass. 22-10-1985 n. 5189, *GCM*, 1985).

(51) Nel procedimento ingiuntivo, ad esempio, il 3° co. dell'art. 643 c.p.c. dispone che è la notificazione del decreto a determinare la pendenza della lite: detta norma è interpretata nel senso che solo con la notificazione del provvedimento si producono tutti gli effetti giuridici, sostanziali ma anche processuali, che la legge ricollega all'esercizio in forma di citazione di un'azione ordinaria di condanna (GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, 101). Per taluni, quindi, l'ingiunto diventa parte solo con la notifica del decreto (CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1934, 265; D'ONOFRI, *Comm. c.p.c.*, II, Torino, 1957, 258; PROTO PISANI, «Parte», cit., 936; Cass. 28-4-1981 n. 2588, *GCM*, 1981); secondo altri, invece, il debitore va considerato parte già con la proposizione del ricorso nei suoi confronti, e quindi col deposito dello stesso in cancelleria (GARBAGNATI, *op. ult. cit.*, 101; PAJARDI, *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991, 72; in giurisprudenza, per tale opinione, Cass. 16-10-1957 n. 3882, *FI*, 1958, I, 53).

(52) O degli altri eventi ricordati da PROTO PISANI, «Parte», cit., 926, nt. 48 e, cioè, rinnovazione della notifica, notificazione degli atti di cui all'art. 292 c.p.c., ovvero dell'atto di impugnazione.

(53) LIEBMAN, *Manuale*, I, cit., 102 ss.

(54) «La chiamata del terzo può essere soltanto il modo di proposizione di una domanda nei suoi confronti» (SATTA, *Comm.*, I, cit., 397). Invero, il terzo che può essere chiamato in giudizio per comunanza di causa è lo stesso terzo che potrebbe intervenire volontariamente o in via litisconsortile (LIEBMAN, *op. cit.*, 108). Qualche dubbio si nutre solo per ciò che concerne

la posizione del terzo-interveniente adesivo dipendente: ma, attese le risultanze di quanto sostenuto nel testo *sub* § 3.e, non v'è motivo per negare a tale soggetto, una volta chiamato, la qualità di parte.

(55) TOMMASEO, *Parti*, cit., 3; CHIZZINI, *Intervento in causa*, cit., 147. Per MANDRIOLI, *Corso*, I, cit., 332, proprio come un convenuto il terzo interveniente coatto assume, per il solo fatto che è stato chiamato, la qualità di parte, ciò che è sufficiente perché la pronuncia avvenga anche nei suoi confronti (abbia o no partecipato attivamente al processo). Ad avviso di LIEBMAN, *op. cit.*, 108, «tutto quello che si può ammettere è che la chiamata implichi la proposizione di una domanda di accertamento nei confronti del terzo, la quale estenda anche a lui gli effetti della sentenza che sarà pronunciata sulla causa originaria tra le parti principali, di modo che valga anche per lui l'accertamento dei punti di fatto e di diritto che sono comuni anche al suo rapporto o che di questo costituiscono una pregiudiziale. In tal modo il terzo diventa, a questi limitati effetti, parte». Anche ATTARDI, *Diritto*, I, cit., 360, sostiene che in caso di chiamata in garanzia si versi in ipotesi di domanda di accertamento, mentre per la chiamata per comunanza di cause si verifica senz'altro un ampliamento dell'originario thema decidendum.

(56) LIEBMAN, *op. cit.*, 102; COSTANTINO, *Intervento*, cit., 7. Non così, però, per quanto riguarda il processo del lavoro: ATTARDI, *op. cit.*, 353.

(57) TOMMASEO, *op. ult. cit.*, 3.

(58) In tal senso COSTANTINO, *op. cit.*, 8, ridimensiona l'antica disputa dottrinale vertente sul fatto se la chiamata ex art. 106 c.p.c. configurasse una mera litis denunciatio o contenesse, invece, vere e proprie domande («constatata l'insindacabilità dell'ordine del giudice, la questione della individuazione degli effetti è di scarso rilievo pratico perché, nella maggior parte dei casi, o le parti propongono domande nei confronti del terzo o è questo che conclude nei confronti delle parti»). Ad ogni buon conto, atteso che il terzo potrebbe evitare di costituirsi (e quindi di domandare) si è dell'avviso che attraverso la chiamata in causa iussu iudicis si proponga una vera e propria domanda giudiziale nei confronti del terzo (così, autorevolmente, PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, I, 2, Torino, 1973, 1202; ma anche SEGNI, «Intervento in causa», in *N.D.L.*, VIII, Torino, 1962, 968; LIEBMAN, *op. cit.*, 110, i quali opinano per la qualità di parte del terzo chiamato anche se nei suoi confronti non fossero avanzate domande; *contra*, COSTA, «Intervento», in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 470, ed anche SATTA, *Comm.*, I, cit., 405, secondo il quale se il terzo, pur chiamato, non interviene, non si potrà dichiararne la contumacia. Sul problema, in giurisprudenza, Cass. 26-2-1988 n. 2063, *IPREV*, 1988, 1320; Cass. 19-5-1988 n. 3483, *AC*, 1988, 1188 con nota di SANTARSIERE). Ad avviso di MANDRIOLI, *Corso*, I, cit., 335, nt. 6, non possono sussistere dubbi sull'affermazione che il terzo chiamato assuma la qualità di parte, posto che la chiamata contiene implicitamente quanto meno una domanda di accertamento nei riguardi del terzo (e si spiega così la direttiva della giurisprudenza di dichiarare inammissibile l'intervento del tipo in esame a fini meramente istruttori: cfr. Cass. 10-2-1984 n. 1029, *AC*, 1984, 784). Per ATTARDI, *op. cit.*, 362, la chiamata iussu iudicis si risolverebbe in una denuncia di lite, ma la soluzione accolta passa attraverso la considerazione (ininfluente, ai fini che qui interessano) che la partecipazione del terzo al processo non è, in questo caso, necessaria.

(59) PROTO PISANI, *op. ult. loc. cit.*; ANDRIOLI, *Comm.*, I, cit., 304.

(60) LIEBMAN, *op. cit.*, 94.

(61) Cass. 21-2-1970 n. 418, *GI*, 1970, I, 1, 1552, con nt. di RICCI.

(62) Ivi compreso l'evento «successione universale» nel diritto quando la parte viene meno all'indomani della discussione.

(63) PICARDI, *La successione*, cit., 194. Il subingresso che si verifica al momento del venir meno di una parte non è con riferimento alla titolarità del diritto sostanziale dedotto, che appunto è oggetto ancora di lite e di contesa, bensì con riguardo

alla sola posizione processuale ricoperta dal dante causa, con le aspettative di pronuncia favorevole che essa comporta (MANDRIOLI, *Corso*, I, cit., 340). Invero si è avvertita l'esigenza di evitare confusioni tra oggetto ed effetti della norma in questione: l'oggetto dell'art. 110 è costituito dal solo «venir meno» della parte, che dunque sarebbe l'unico suo presupposto di applicazione, mentre tra gli effetti rientrerebbe senz'altro la successione universale (LUISO, *Venir meno della parte e successione nel processo*, *RDPr*, 1983, 204 ss.).

(64) Una tale soluzione avrebbe pregiudicato l'avente causa, il quale potrebbe ben essere ignaro della esistenza di una controversia pendente sulla titolarità del diritto ereditato, con impossibilità (o solo difficoltà) di approntare una idonea difesa (MANDRIOLI, *Corso*, I, cit., 342).

(65) TOMMASEO, *op. ult. cit.*, 3, il quale osserva correttamente — sulla base di quanto rilevato da ANDRIOLI (*Diritto*, cit., 373) — che fatto costitutivo della qualità di parte non è la successione mortis causa, bensì l'atto di prosecuzione.

(66) E dunque, prima di tale impulso (costituzione per la prosecuzione o notifica della citazione in riassunzione), l'avente causa non è ancora parte del processo (*contra* COSTANTINO, *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, 407, per il quale il termine parte utilizzato nell'art. 302 c.p.c. — e riferito a colui il quale si attiva per la prosecuzione — è stato adoperato in senso formale del legislatore): tanto che se il successore non si costituisce, dopo la riassunzione operata *ex adverso*, è dichiarato contumace ai sensi dell'art. 303 4° co. (MANDRIOLI, *Corso*, II, cit., 298).

(67) «Parti sono le persone realmente esistenti» (SEGNI, *Parti*, cit., 419); sul pacifico concetto v. anche LA CHINA, *Diritto*, I, cit., 357, il quale però tratta anche degli effetti della morte presunta.

(68) Sull'istituto, *ex professo*, TOMMASEO, *L'estromissione di una parte dal giudizio*, Milano, 1975. Si veda anche il precedente studio di FABBRINI, *L'estromissione di una parte dal giudizio*, in *St. G. B. Funajoli*, Milano, 1961, 429.

(69) TOMMASEO, «L'estromissione della parte dal processo», in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 1 ss.

(70) Va solo ricordato che altro presupposto per disporre l'estromissione è la presenza di un rapporto plurisoggettivo, di talché la mera declaratoria di difetto di legittimazione passiva di una parte non configura estromissione (TOMMASEO, *L'estromissione*, cit., 57; ANDRIOLI, *Comm.*, II, cit., 480).

(71) FABBRINI, *op. ult. cit.*, 432; LA CHINA, «Garanzia (Chiamata in)», in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 478; ATIARDI, *Diritto*, cit., 366; *contra* SATTA-PUNZI, *Diritto*, cit., 185.

(72) Nell'ipotesi, ovviamente, di sussistenza di specifico interesse sopravvenuto: cfr. SATTA, *Comm.*, I, cit., 408, il quale osserva sul punto che la norma del codice abrogato — la quale consentiva all'estromesso (garantito) di assistere al giudizio per la conservazione dei suoi diritti — non è stata più riprodotta nel codice del '40.

(73) Per l'affermativa, sotto il vigore del codice abrogato, ALLORIO, *Assicurazione e sostituzione processuale volontaria*, *RDCo*, 1939; più recentemente il tema è stato studiato da GARBAGNATI, *La sostituzione*, cit., 231 ss. Contrario all'ammissibilità è decisamente MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., 927.

(74) Com'è il caso della cosiddetta fiducia processuale, ossia della vicenda che, in base ad accordi negoziali stipulati con l'interessato, vede il gestore agire in nome proprio nel giudizio, presentando come proprio il diritto che fa valere, che in realtà è di altri (così MANDRIOLI, *op. ult. cit.*, 928).

(75) TOMMASEO, *Parti*, cit., 5, ed *ivi* (nt. 24) riferimenti a studi più approfonditi.

##### 5. Le parti nel processo esecutivo e nei procedimenti speciali.

È stato già osservato che il principio per cui la qualità di parte si acquista con riferimento alla proposi-

zione della domanda vale anche per quanto riguarda il processo esecutivo. Senonché, le differenze strutturali che indubbiamente si rinvencono tra processo di cognizione ed esecuzione forzata inducono sovente l'interprete a svilire la nozione di parte, siccome delineata sino ad ora, rendendo sterile il tentativo di trasferirla tout court nell'impianto del processo esecutivo. In altri termini appare arduo esimersi dal considerare inutile il concetto di parte in un procedimento in cui il soggetto che agisce è visto in prospettiva di vantaggio rispetto alla posizione di soggezione in cui versa colui che subisce invece gli effetti dell'azione (76). Pur tuttavia, una tale considerazione non deve indurre a ritenere inopportuna la distinzione che può operarsi tra parti in senso stretto (e, quindi, in senso processuale) e meri interessati all'azione esecutiva (77). La struttura del processo esecutivo, osservato anch'esso nell'ottica di un processo di parti, che serve alle parti, dove il principio del contraddittorio — lungi dall'essere soppresso — si attegga comunque in modo diverso da quello con cui si manifesta nel processo di cognizione (78), non può legittimare l'opinione secondo la quale ogni soggetto che vi partecipa acquista la veste di parte (79).

Dunque nel processo esecutivo è parte innanzitutto chi esercita in concreto l'azione proponendo la relativa «domanda». Non v'è dubbio che tale domanda non possa essere contenuta in alcuno degli atti preliminari all'esercizio dell'azione (titolo esecutivo e precetto) (80), pur non disconoscendo l'assoluta importanza che tali atti rivestono, anche al fine di eccitare il debitore a promuovere un giudizio di opposizione ed, in definitiva, a farsi attore egli stesso. La qualità di parte procedente si assume, pertanto, con la richiesta all'ufficiale giudiziario di eseguire il pignoramento, ovvero, nelle altre due forme di esecuzione, rispettivamente con l'istanza — sempre rivolta all'ufficiale — di eseguire la ricerca delle cose o di avvisare il debitore a rilasciare l'immobile, o con il deposito del ricorso ex art. 612 c.p.c. La qualità di parte debitrice (81), viceversa, si acquista in un momento successivo e cioè, rispettivamente, con l'esecuzione del pignoramento, con l'inizio delle operazioni di ricerca o con la notificazione dell'avviso di rilascio ed infine della notifica del ricorso ex art. 612 citato.

Ovviamente del processo esecutivo sono parti attive anche i creditori intervenuti tempestivi e non, siano o meno muniti di titolo (82). Per altre categorie di soggetti che possono diventare parti nel processo di esecuzione si rinvia alle voci che trattano la specifica materia (83). Dubbi peraltro si pongono con particolare riferimento a taluni soggetti: è il caso, a scopo meramente esemplificativo, del terzo chiamato a rendere la dichiarazione prevista dall'art. 547 c.p.c. Il

problema dell'esatta qualificazione della posizione assunta da costui, nell'ambito della dialettica processuale, rileva ai fini della natura e degli effetti (confessori o no) della dichiarazione stessa: è preferibile, al riguardo, l'opinione (84) — suffragata da costante insegnamento giurisprudenziale (85) — per la quale il terzo non acquista la qualità di parte con il mero espletamento dell'attività indicata dall'art. 547 c.p.c. (salva la possibilità di instaurare un giudizio a cognizione piena sull'accertamento dell'obbligo del terzo, nei casi previsti dall'art. 549 c.p.c., nella quale ipotesi quest'ultimo diventa sì parte del rapporto processuale).

Il criterio generale sin qui seguito, in forza del quale è parte processuale chi propone la domanda (nonché chi a tale domanda resiste), vale — infine — anche per quanto concerne i procedimenti speciali. In questo ambito, un dubbio di particolare rilievo si presenta in relazione al momento di assunzione della detta qualità in capo al resistente, là dove è configurabile una scissione temporale tra la presentazione della domanda e la possibilità offerta al soggetto evocato in giudizio di difendersi (procedimenti a contraddittorio posticipato). Si è osservato, al riguardo, che altro è la presentazione della domanda altro è l'instaurazione del contraddittorio: e, di conseguenza, che sia lecito distinguere tra «il momento in cui si diviene parti del procedimento da quello, talora successivo, in cui le parti sono poste tecnicamente in grado di contraddire» (86). Senonché, a fini esclusivamente processuali, ciò che importa è se il convenuto sia stato messo legittimamente in grado di aver contezza di essere il destinatario della domanda: che il giudice, infatti, possa adottare un provvedimento pure inaudita altera parte non equivale a dire che il soggetto destinatario della pronuncia sia «anche» — fin dalla proposizione della domanda — «parte» in senso processuale (87). Del resto l'esigenza di assicurare il diritto di difesa (che è concetto intimamente connesso con quello di parte del processo) si pone indubbiamente anche per l'area dei procedimenti camerale bi e plurilaterali (88): di talché sembra che non possa scindersi il problema dell'effettività del contraddittorio da quello dell'assunzione della qualità di parte. Per questi ultimi procedimenti, poi, la dottrina più recente ha avuto modo di sconfessare la fondatezza dell'opinione che escludeva che fossero processi di parti, in quanto privi del carattere della giurisdizionalità: si è invero dimostrato che — appunto — i principi fondamentali dei processi giurisdizionali espandono la loro valenza anche ai procedimenti camerale dove v'è sempre, comunque, un soggetto che chiede l'emissione di un provvedimento nei confronti di un altro soggetto. Perciò nei giudizi in cui v'è un interesse contrapposto il concetto di parte conserva il senso classico che si

suole riconoscere in connessione con la mera proposizione della domanda giudiziale, a differenza di ciò che accade nei procedimenti unilaterali dove non si hanno parti ma solo interessati (89).

(76) Su questa posizione dei soggetti dell'azione esecutiva cfr., per tutti, MAZZARELLA, «Esecuzione forzata», in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 472, ed *ivi* (part. nt. 107) la citazione di dottrina più risalente.

(77) Su questo argomento v. TOMMASEO, «Parti», cit., 6.

(78) MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955, 448 ss.; MAZZARELLA, *op. cit.*, 470; PROTO PISANI, «Parte», cit., 932; ma, più di recente ed in modo specifico, TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, RDP, 1978, 193 ss. La dottrina classica, come è noto, era dell'opinione invece che l'assenza del contraddittorio costituisce la caratteristica più saliente del processo esecutivo: cfr., per tutti, ALLORIO-COLESAZI «Esecuzione forzata», in *NN.D.I.*, VI, 1960, 734, ed *ivi* più ampie citazioni.

(79) L'affermazione trae vita dalla considerazione che il processo esecutivo sia informato al principio della collaborazione pacifica e del colloquio amichevole tra le parti (così FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, 109, sulla base dell'assenza del contraddittorio): cosicché la presenza delle parti e segnatamente la loro comparizione dinanzi al giudice viene vista come semplice fenomeno di «presentazione» (CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 586), e non anche, come sarebbe corretto, estrinsecazione dello stare in giudizio, con l'attribuzione dei collegati poteri processuali.

(80) Il titolo esecutivo individua le parti, caso mai, sotto un angolo visuale esclusivamente di diritto sostanziale. Peraltro, per la natura processuale dell'atto di precetto (che non ingloba una domanda ma che costituirebbe atto di esercizio di azione esecutiva), cfr. la ben nota (ma piuttosto isolata) dottrina del SATTA, *Comm.*, III, cit., 108 (anche in SATTA-PUNZI, *Diritto*, cit., 639): la giurisprudenza, invece, ritiene che l'atto di precetto debba essere assoggettato alla disciplina degli atti sostanziali (cfr. da ultimo, Cass. 23-11-1994 n. 9913, in *Guida al diritto*, 1995, n. 17, p. 21). Sul precetto quale atto contenente un «preavviso di domanda» v. CARNELUTTI, *Istituzioni*, III, cit., 5.

(81) Sulla genericità dell'utilizzo dei termini creditore e debitore in tutte le forme di esecuzione, ma anche sulla sua opportunità (a prescindere che si versi in ipotesi di pretesa avente ad oggetto obbligazioni o diritti reali), v. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., 399.

(82) ANDRIOLI, «Intervento dei creditori», in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 486.

(83) Per un elenco già assai ampio di tali soggetti v. comunque PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 931-932. Per alcune figure particolari cfr. TOMMASEO, *op. ult. cit.*, 6 (ed *ivi* dottrina richiamata), che analizza la posizione del terzo proprietario colpito da espropriazione, del creditore che abbia chiesto la sostituzione del proprio creditore nella distribuzione del ricavato (considerati parti), nonché dei terzi detentori di beni da pignorare (non ritenuti esser parti).

(84) TOMMASEO, *op. cit.*, 6, ad avviso del quale al terzo conviene più la qualità di collaboratore del giudice.

(85) Cass. 1-2-1988 n. 905, *GC*, 1988, I, 922, con nota di CAPPONI; Cass. 18-12-1987 n. 9407, *ivi*, I, 2053; Cass. 5-1-1981 n. 5827, *ivi*, 1982, I, 1310, con nota di FORTUNATO, *Sulla posizione processuale del debitor debitoris ed altre questioni in tema di processo espropriativo presso terzi*.

(86) TOMMASEO, *op. ult. cit.* Per argomentazioni in tal senso cfr., *infra*, nt. 51, in relazione al procedimento monitorio.

(87) Si rammenti, a tal proposito, la prospettiva di studio (nella quale si colloca PROTO PISANI, *Parte*, cit., 925 ss.) del fenomeno delle parti inteso come strumento di partecipazione dei soggetti privati al processo.

(88) PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, part. 939; cfr. anche ANDRIOLI,

*Diritto*, cit., 56 ss.; CIPRIANI, *Procedimento camerale e diritto di difesa*, RDPr, 1974, 188 ss.

(89) In tal senso TOMMASEO, *op. cit.*, 7. Va però sottolineata la tendenza di una parte della giurisprudenza a voler rimarcare a tutti i costi che la contrapposizione degli interessi ravvisabile nella giurisdizione volontaria è fenomeno diverso da quello che si riscontra nella giurisdizione contenziosa; sul presupposto che la prima è, nella sua origine, sempre giurisdizione inter volentes si sofferma da ultimo, per una fattispecie particolare, Cass. 28-4-1994 n. 4106, *GI*, 1995, I, 1, con note critiche di MURRA e POLI.

#### 6. Il difensore e la sua funzione nel processo.

Ad avviso di chi scrive lo studio della figura del difensore ha contribuito non poco al raggiungimento dell'autonomia scientifica da parte della disciplina processualciviltistica. Il difensore, infatti, diceva un grande studioso, «è una creazione tipica del processo, che ha la sua disciplina nella legge processuale, e non ha bisogno di altro per essere inteso» (90). Il fondamento di verità che è alla base di una tale affermazione lo si può agevolmente cogliere sol se si pone attenzione al fallimento che è stato riservato ai vari tentativi dogmatici di inquadrare la figura del difensore all'interno di categorie concettuali proprie del diritto sostanziale (o anche, talvolta, del diritto pubblico). In particolare tre sono state le posizioni a tal riguardo assunte, nel tempo, dalla dottrina. In primo luogo si è parlato del difensore come di un rappresentante della parte, con la precisazione però che si tratterebbe di rappresentanza «tecnica» (91) non completamente assimilabile a quella vera e propria. Poi si è fatto riferimento alla figura del nuncio (92). Più recentemente un certo successo ha ottenuto la teoria per la quale il difensore sarebbe titolare di un ufficio, prendendo le mosse dall'osservazione dell'interesse che dal soggetto investito dell'ufficio verrebbe ad essere soddisfatto (93).

Nessuna delle tre posizioni sembra abbia mai convinto: né la prima, posto che i poteri del difensore non derivano dall'investitura della parte, bensì dalla legge. Inoltre il difensore, nel momento in cui introduce e compie atti nel giudizio, esercita poteri che sono solo propri e non della parte (94), di talché non si configura nel processo lo stesso fenomeno di fungibilità tra rappresentante e rappresentato che è tipico della rappresentanza. L'inidoneità del ricorso alla figura del nuncius, poi, è di tutta evidenza: il difensore, invero, vanta un'autonomia decisionale assolutamente non rinvenibile nella figura del nuncio, che non creando alcunché si limita a trasmettere l'altrui volontà (95). Infine, l'ipotesi del difensore titolare di un ufficio — pur se ha avuto indubbiamente una discreta fortuna — non solo non arreca elementi di chiarezza nel dibattito (96), ma si pone in contrasto con il principio generale che vuole che la nozione di ufficio presupponga «uno stato di incapacità gestoria del soggetto, cui, mediante l'ufficio, il titolare di questo provveda in nome di un superiore interes-

se, e, quindi postuli l'esistenza di poteri del secondo sul primo» (97).

In definitiva la figura del difensore non è riconducibile ai vari istituti simili propri di discipline giuridiche che con lo studio del processo nulla hanno a che vedere: proprio per questo è facile concludere nel senso che «la realtà del difensore presenta poliedrici aspetti che non si lasciano racchiudere in uno schema» (98).

Ciò premesso, la funzione del difensore nel processo, con la sua opera di intermediazione tra la parte ed il giudice, si sostanzia — in poche parole — nell'esigenza di evitare qualsiasi contatto tra le parti litiganti. L'esclusione costante di ogni rapporto diretto tra i contendenti costituisce la stessa regola dell'esercizio dell'azione (99) ed è per tale ragione che si suole affermare che l'intermediazione del difensore rappresenta una condizione necessaria per l'esercizio dell'azione giurisdizionale (100). V'è da dire che, in generale, la regola che impone la presenza del difensore nel processo è di norma giustificata dalla dottrina invocando vuoi la nota animosità della parte, che le impedirebbe di difendersi con la dovuta freddezza, e vuoi con l'esasperato tecnicismo e formalismo tipici del procedimento giurisdizionale (101). Più di recente c'è la tendenza a rivalutare la funzione del difensore in una prospettiva che lo collochi come garante del rispetto delle «regole del gioco» processuale, e dunque del contraddittorio (102): torna così in auge l'antica dottrina che inquadrava la presenza del difensore tra i presupposti necessari per l'esercizio dell'azione.

(90) SATTA, «Avvocato (procuratore)», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 650.

(91) CALAMANDREI, *Istituzioni*, II, cit., 260; REDENTI, *Diritto*, I, cit., 201.

(92) Elaborazione che si deve in particolare a CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, RDPr, 1940, I, 65 ss.

(93) Teoria riconducibile segnatamente a PAVANINI, *Note sulla figura giuridica del difensore*, RTPC, 1957, 261 ss., ma ripresa con vigore da PUNZI, *Note sul ministero del difensore nel processo civile*, in *St. Segni*, IV, Milano, 1967, 146 ss., ma part. 167 ss. (94) Così MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., 945.

(95) Per una confutazione argomentata della teoria si veda PUNZI, *op. ult. cit.*, 160 ss.

(96) MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., 390.

(97) MAZZARELLA, «Avvocato e procuratore», in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 3.

(98) MAZZARELLA, *op. cit.*, 2.

(99) PUNZI, *op. cit.*, 156, ed ivi ampi ragguagli anche con riferimento a dottrina tedesca.

(100) Per CARNELUTTI, *Figura giuridica*, cit., «il difensore si interpone fra la parte e il giudice per trasformare la pretesa, che è l'elemento empirico, in domanda, e la resistenza in eccezione».

(101) Su tali ragioni si sofferma l'intera dottrina: per tutti, v. DI BLASI, «Difensore», in *NN.D.I.*, V, Torino, 1960, 606; MAZZARELLA, *op. cit.*, 3; MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., 956; PEZZANO, «Patrocinio (nozione)», in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 431.

(102) Per riferimenti v. MAZZARELLA, *op. cit.*, 5.

### 7. L'anacronistica distinzione tra avvocato e procuratore.

Non è questa la sede per trattare analiticamente i profili concernenti lo status professionale del difensore. Pur tuttavia non può non darsi conto della perdurante ed oramai obsoleta distinzione, in seno all'ordinamento italiano, tra le figure dell'avvocato e del procuratore legale. A norma dell'art. 87 c.p.c. la parte può farsi assistere da uno o più avvocati, mentre secondo il disposto dell'art. 82, ult. co., la parte sta in giudizio col ministero di un procuratore. La funzione propria dell'assistenza è tipica, quindi dell'avvocato, il quale parla a proprio nome nel processo, come mero ausilio alla parte affinché ne vengano accolte le domande o le eccezioni proposte (il difensore si colloca, così, accanto alla parte). Posto che l'avvocato non rappresenta la parte, non è necessario un apposito atto di investitura (eccezione fatta per il giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione, dove, però, l'assistenza si confonde con la rappresentanza). Diversa, concettualmente, è la funzione svolta dal procuratore, il quale rappresenta la parte compiendo o ricevendo gli atti del processo non riservati espressamente alla medesima, e «sostituendosi» ad essa (difensore *al posto* della parte) nel domandare o nel resistere (in ciò sostanziosamente, lo *ius postulandi*). Nella realtà, però, le funzioni in questione tendono a cumularsi ed a sovrapporsi (103), nel senso che il più delle volte l'avvocato è anche procuratore e, per contro, al procuratore è concesso anche assistere la parte (nell'ambito del distretto di appartenenza). A norma della legge professionale forense (r.d.l. 27-11-1933 n. 1578) gli unici elementi discriminanti le due categorie professionali sono, dunque, i seguenti: il procuratore legale esercita la propria attività solo nell'ambito del distretto di appartenenza, mentre l'avvocato non subisce limitazioni di natura territoriale quando si limita ad assistere la parte; per converso, all'avvocato è vietato rappresentare la parte, cumulando in sé anche la qualità di procuratore, nel caso di controversia pendente di fronte ad un giudice di distretto diverso da quello di appartenenza (104). Una distinzione tra qualifiche professionali forensi appare, al giorno d'oggi, ampiamente anacronistica, tenuto conto da un lato del ruolo attribuito al difensore, tout court, nel processo (che non impone una diversa preparazione tecnico-professionale per le due figure in oggetto), e dall'altro della prospettiva unitaria dalla quale è apprezzato il concetto di difesa giurisdizionale. Pur tuttavia, nonostante l'unanime opinione in dottrina sull'inutilità della discriminazione (105), le varie proposte legislative volte a riordinare la professione di avvocato, con la contestuale soppressione della figura del procuratore legale, non hanno mai condotto a felice risultato (106).

(103) MANDRIOLI, *Corso*, I, cit., 285.

(104) Sulla questione cfr. Cass. 17-7-1992 n. 8691, *GC*, 1993, I, 67, con nota di MURRA, *Difendere ma non rappresentare*, la quale conferma l'orientamento secondo il quale sul punto specifico la legge professionale forense non è stata modificata dalla l. 9-2-1982 n. 31, di attuazione della direttiva comunitaria n. 249 del 1977 sulla libera prestazione di servizi in ambito europeo.

(105) Per riferimenti v. MAZZARELLA, *op. cit.*, I; RICCIARDI, *Lineamenti dell'ordinamento professionale forense*, Milano, 1990, 266 ss.; DANOVÌ, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, Milano, 1989, 93 ss. La distinzione delle professioni di avvocato e procuratore (che la dottrina più remota considera soltanto espressione della necessità di separare le due figure, quasi fossero due diversi profili o livelli della stessa carriera: CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., n. 111), troverebbe, secondo alcuni, fondamenti puramente corporativi (per qualche spunto, sempre nell'ottica dell'anacronismo della distinzione, cfr. VACCÀ, *Avvocato e procuratore: un'artificiosa dicotomia*, *RCP*, 1986, 626, e MAZZARELLA, *op. cit.*, 7).

(106) Diversamente alla tendenza riscontrata in altri Paesi europei: cfr., per informazioni relative alla Francia, CIPRIANI, «Difensore», in *NN.D.I., App.*, II, Torino, 1981, 1084, nt. 1. Sulla legittimità costituzionale della limitazione territoriale per l'attività procuratoria cfr. C. Cost. 30-3-1977 n. 54, *FI*, 1977, I, 1062. La questione di legittimità, peraltro, è stata recentemente riproposta da P. Monza, 29-11-1994, *GI*, 1995, I, 2, 3. Per l'esame dei vari progetti legislativi, succedutisi nel tempo, tendenti ad eliminare la distinzione di cui al testo v. CASALINUOVO, «Avvocato e procuratore», in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, 4-5.

### 8. La difesa personale.

Tra la possibilità di imporre la presenza di un difensore nel processo, che rappresentasse la parte, e l'opportunità di consentire un'autodifesa indiscriminata, il legislatore non ha avuto dubbi nell'optare per la prima soluzione. Il nostro ordinamento, invero, è informato al principio della necessità del ministero del difensore, sancito in particolare dall'art. 82, ult. co, c.p.c. (107).

Detto principio, come sopra accennato, è solitamente messo in stretta correlazione con l'indubbio ed ineluttabile tecnicismo che caratterizza il processo. Peraltro l'onere del patrocinio non è mai stato inteso alla stregua di un precetto di rango costituzionale, tenuto conto che il 2° co. dell'art. 24 Cost. non sancisce l'obbligo della parte di farsi rappresentare da un procuratore. Così la Corte costituzionale ha avuto modo di affermare che è consentito al legislatore, previa valutazione della diversa struttura dei vari procedimenti, nonché di un'analisi dei diritti e degli interessi coinvolti, dettare modalità specifiche per il corretto esercizio del diritto di difesa, a condizione che venga garantito a tutti i consociati su un piano di perfetta parità (108). Con la statuizione del principio che la nomina di un difensore costituisce solo una particolare modalità del diritto di difesa, non in grado quindi di escluderne altre, la Corte delle leggi ha di fatto reso conciliabili con il precetto di cui all'art. 24, e dunque con il diritto ad agire in giudizio, le norme che impongono l'intermediazione del difensore (109).

Pur tuttavia è abbastanza evidente che i casi di difesa personale nel processo civile rappresentino vere e proprie eccezioni (110), ancorché non si riferiscono tutti a controversie di scarsissimo valore (111). Ferma restando la possibilità di autodifesa, ex art. 86 c.p.c., in favore del soggetto che abbia la qualità di procuratore legalmente esercente (112), possono annoverarsi (senza pretesa di completezza) i seguenti casi di esonero dall'obbligo del ministero del difensore: a) di fronte al giudice di pace, quando il magistrato — in considerazione della natura e della entità della causa — abbia autorizzato la parte a difendersi da sola (ex art. 82, 2° co., novellato dalla l. n. 353 del 1990) (113), e comunque (cioè in ogni caso) nelle controversie il cui valore non eccede un milione di lire; b) nelle controversie di lavoro e di assistenza e previdenza, sempre che la causa non ecceda L. 250.000 di valore (artt. 417 e 444); c) nelle cause relative a rapporti di locazione e di comodato di immobili urbani ed in quelle di affitto di azienda, nei limiti di cui al punto b (art. 8, 2° co., n. 3, richiamato dall'art. 447 bis); d) nei giudizi elettorali, in ogni stato e grado (art. 3 l. 23-12-1966 n. 1147 ed art. 19 l. 6-12-1971 n. 1034); e) nei giudizi pretorili di opposizione ad ingiunzioni di pagamento (ad es. ex art. 23 l. 24-11-1981 n. 689); f) nel procedimento in tema di violazione del diritto alla parità dei sessi (l. 9-12-1977 n. 903); g) nel procedimento in tema di accertamenti e trattamenti sanitari volontari ed obbligatori ex lege 13-5-1978 n. 180; h) nel procedimento per la determinazione del trattamento sanitario nei confronti di tossicodipendenti (art. 101 l. 22-12-1975 n. 685); i) nel procedimento di adozione, quanto meno nella fase preliminare (art. 10 l. 4-5-1983 n. 184) (114). È dubbio se sia necessaria la presenza del difensore ai fini della presentazione della domanda di ammissione al passivo fallimentare (115), così come si discute se l'autodifesa sia ammessa nei procedimenti di volontaria giurisdizione (116).

(107) Per una ricostruzione storica della disciplina positiva in ordine al problema dell'obbligatorietà del patrocinio v., per tutti, PUNZI, *Note*, cit., 150.

(108) C. Cost. 10-10-1979 n. 125, *FI*, 1979, I, 2513; C. Cost. 12-3-1975 n. 60, *ivi*, 1975, I, 787; C. Cost. 1-3-1973 n. 22, *ivi*, 1973, I, 1344. Sul principio che non sussiste l'obbligo di nominare un difensore d'ufficio in mancanza della scelta di un difensore di fiducia, in quanto il diritto inviolabile di difesa non comporta che il suo esercizio debba esser disciplinato all'identico modo in ogni tipo di procedimento ed in ogni fase processuale, v. C. Cost. 29-7-1982 n. 160, *ivi*, 1982, I, 2377.

(109) Cfr. C. Cost. 16-3-1971 n. 47, *FI*, 1971, I, 836 e *GiC*, 1971, 516, con nota adesiva di ANDRIOLI, *La professione forense vive ancora*. Positivo il commento di MANDRIOLI, *Corso*, I, cit., 285, nt. 3, secondo il quale ogni tentativo di superare l'onere del patrocinio in nome di un malinteso intento di rendere più agevole l'accesso alla giustizia è destinato a naufragare. Critico di fronte alla decisione della Corte si mostra invece CIPRIANI, *op. cit.*, 1086, ed *ivi* riferimenti *sub* nt. 22.

(110) Il cui numero cospicuo, secondo CIPRIANI, *op. cit.*, 1086, non può autorizzare affatto a parlare di una certa tendenza del legislatore ad estendere la possibilità dell'autodifesa.

(111) Per MAZZARELLA, *op. cit.*, 5, «l'idea di un rapporto tra autodifesa e natura bagatellare della causa è di per sé fuorviante in quanto sembra sottendere un disinteresse, anziché una (maggiore) cura da parte del legislatore»; di contrario avviso, sostanzialmente, CIPRIANI, *op. cit.*, 1086. Recentemente LA CHINA, *Diritto*, I, cit., 427, osserva che nelle deroghe al sistema generale del codice traspare talvolta un indirizzo di diretto sfavore verso la difesa professionale, quasi fosse solo un elemento di complicazione procedurale ed un ostacolo all'immediato facile accesso al giudice: «sì che viene invece consentita la difesa personale anche in controversie o procedure che difficilmente potranno dirsi di scarso valore».

(112) Ipotesi in cui si configura una vera e propria esenzione dall'onere del ministero e non un ministero a favore di sé stesso (MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., 957), cosicché è legittimo l'indirizzo giurisprudenziale che non ritiene necessario il rilascio di una procura (Cass. 5-6-1992 n. 6947, *GCM*, 1992). Si tenga presente che l'attività di difesa svolta da soggetto abilitato all'esercizio della professione forense dà diritto, anche se compiuta nel proprio interesse, alla liquidazione dei relativi onorari (Cass. 24-1-1994 n. 691, *GCM*, 1994).

(113) Prima della novella del '90 la norma faceva riferimento ai giudizi pretorili. La dottrina e la giurisprudenza ritenevano che l'autorizzazione potesse anche essere implicita (v. CIPRIANI, *op. cit.*, 1086, nt. 13).

(114) Cfr. C. Cost. 22-6-1989 n. 351, *FI*, 1991, I, 51.

(115) Per l'affermativa Cass. 6-3-1979 n. 1392, *GCo*, 1980, II, 32, con nt. di BONFATTI; *contra*, T. Cassino 4-3-1988, *GC*, 1989, I, 724 e, in dottrina, FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1974, 506, nonché PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 1505.

(116) Chi milita per la tesi della necessità della difesa tecnica rileva che gli artt. 82 ss. c.p.c., essendo ricompresi tra le disposizioni generali del codice di rito, debbono trovare applicazione anche per i procedimenti camerali (SATTA, *Comm.*, IV, 2, Milano, 1971, 25; JANNUZZI, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 1990, 742; *contra*, FAZZALARI, «Giurisdizione volontaria», in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 362; MONTELEONE, «Camera di consiglio», in *NN.D.L., App.*, I, Torino, 1980, 987). All'interno dell'indirizzo contrario taluni affermano che la difesa tecnica sia indispensabile solo nelle ipotesi di procedimenti camerali contenziosi, oppure là dove ci si trova in presenza di interessi contrapposti, incidenti indirettamente su diritti soggettivi (rispettivamente, MALTESE, *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico e impiego legislativo di tale modello come strumento di tutela di diritti soggettivi*, *GI*, 1974, I, 1, 135, e MANDRIOLI, *In tema di onere del patrocinio nei procedimenti camerali*, *GI*, 1988, I, 1, 980; su tale aspetto sembra peraltro esservi il conforto giurisprudenziale: Cass. 30-12-1989 n. 5831, *FI*, 1990, I, 1238; Cass. 24-6-1989 n. 3099, *ivi*, 1989, I, 2138). In giurisprudenza, in generale, si nutrono gli stessi dubbi: per la necessità del patrocinio, Cass. 2-5-1967 n. 808, *FI*, 1967, I, 908; T. Cassino 6-4-1990, *AC*, 1990, 617; *contra*, Cass. 3-7-1987 n. 5814, *GI*, 1988, I, 1, 978; A. Palermo 14-6-1977, *DFP*, 1977, 1186.

## 9. La procura.

Per procura si intende comunemente, nel diritto processuale, l'atto in virtù del quale il difensore è investito del potere di stare in giudizio per la parte. La terminologia utilizzata dal legislatore comporta però il rischio di confondere la procura alle liti con il negozio col quale — nel diritto sostanziale — un soggetto conferisce ad un altro il potere di compiere un determinato atto. Nel fenomeno processuale è di tut-

ta evidenza che (ancorché il rapporto procuratorio presenti un fondamento di tipo privatistico) i poteri attribuiti al difensore non traggono vita dalla volontà della parte, così come invece avviene nel diritto materiale, bensì derivano direttamente dalla legge (117). Trattasi, quindi, non già di un'attribuzione di poteri, ma di una semplice scelta o designazione di un procuratore tra quelli iscritti all'apposito albo (118): proprio per questo la procura alle liti non ammette limitazioni, nel senso che qualunque clausola inibente i suddetti poteri deve ritenersi come non apposta (119). Da ciò consegue che l'elemento comune tra tale procura e quella di diritto privato sembra essere soltanto la prerogativa di riferire direttamente alla parte gli atti compiuti dal difensore, nonché (ovviamente) gli effetti da questi spiegati. Che la procura sia un atto avente effetti processuali e disciplinato da norme di natura processuale è circostanza che non può essere messa in discussione, a nulla rilevando che il suo rilascio avvenga, di regola, prima dell'inizio della vicenda processuale, nonché al di fuori di essa. Tradizionale distinzione è quella tra procura generale (ad lites) e procura speciale (ad litem): con la prima la parte conferisce al difensore la rappresentanza tecnica per tutti i processi che la vedono coinvolta, con la seconda, invece, la rappresentanza è attribuita solo per una determinata controversia (oppure per una singola fase processuale). A volte è la legge stessa che impone il rilascio di una procura speciale (come per il caso del giudizio di cassazione o per l'instaurazione del procedimento di revocazione). Le forme di conferimento della procura sono, ex art. 83, 2° co., due: con atto pubblico o con scrittura privata autenticata. Il 3° co. della disposizione ora citata, là dove è disciplinato il caso del rilascio della procura speciale in calce od a margine di alcuni atti del processo, ha dato luogo a dispute definite, a torto od a ragione, «modeste e cavillose» (120). In primo luogo si è discusso se l'elencazione degli atti contenuta nella norma fosse o meno tassativa; la soluzione più liberale è ormai prevalsa (121). È poi sorta questione sulla legittimità del rilascio su foglio aggiunto, o più o meno separato od allungato, rispetto all'atto processuale cui la procura si riferisce, tenuto conto della locuzione «in calce» espressamente contenuta nell'art. 83 (122). Da ultimo, componendo un annoso contrasto, la Corte di Cassazione — muovendo dall'esame dei poteri del difensore di autenticare la sottoscrizione della parte quando la procura speciale è apposta in calce od a margine dell'atto — ha stabilito che non realizza lo scopo voluto dall'art. 83 una procura ad litem rilasciata su un foglio staccato dall'atto processuale cui accede e legato allo stesso da una spilletta metallica; con la conseguenza che — anche in difetto di un'espressa sanzione di nullità — l'atto così for-

mato è inidoneo a raggiungere lo scopo voluto dalla norma, con impossibilità assoluta di sanatoria (123). L'ultima parte del 3° co. della norma in discorso, infatti, attribuisce al difensore il potere di certificare l'autografia della firma per la procura quando la stessa è rilasciata con le modalità ora viste. Sempre di recente la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di confermare che tale potere certificatorio non può assimilarsi a quello del quale è dotato il pubblico ufficiale ex art. 2703 c.c. (124).

Quanto al tempo del rilascio della procura va sottolineato che, ai sensi dell'art. 125 c.p.c. (siccome novellato dalla l. 14-7-1950 n. 581), questo può avvenire anche successivamente alla notificazione dell'atto introduttivo, purché anteriormente alla costituzione della parte rappresentata: ciò confermerebbe il carattere prevalentemente documentativo della procura (125). In relazione al luogo del rilascio, invece, l'unico problema che si è posto è quello della legittimità di una procura conferita dall'estero ed autenticata dal difensore: in virtù del principio che l'autentica della sottoscrizione da parte del difensore non costituisce operazione di tipo notarile, la dottrina in genere ritiene che la certificazione possa avvenire anche all'estero, tenuto comunque conto che il difensore può certificare una sottoscrizione anche non avvenuta in sua presenza (126).

L'ult. co. dell'art. 83 disciplina l'efficacia della procura con riferimento ai gradi del processo, stabilendo che in assenza di contraria volontà il mandato si presume conferito solo per un determinato grado. La giurisprudenza più recente afferma che quando la parte utilizza — nel conferire la procura — formule quali «il presente giudizio», o sinonimi, la presunzione cui fa cenno la norma sia vinta, nel senso che il mandato spiega effetti anche per il secondo grado, ove dal contesto dell'atto non risulti l'esistenza di ulteriori elementi limitativi (127). La questione rileva anche là dove si tratti di stabilire se la procura rilasciata, con espressioni generiche, per un giudizio cautelare, possa essere poi utilizzata anche per la successiva fase a cognizione piena (128).

Naturalmente la procura alle liti può esser revocata. A tal proposito va osservato che il diritto di revoca del mandato, attribuito alla parte dall'art. 85 c.p.c., è stato utilizzato dalla Corte costituzionale proprio come argomento dal quale trarre il convincimento che l'obbligo della difesa tecnica non si pone in contrasto con l'art. 24 Cost. (129). Come il cliente può revocare la procura già conferita al proprio difensore, quest'ultimo ha il potere di rinunciare all'incarico già assunto. Peculiarità degli istituti della revoca e della rinuncia è che essi non spiegano effetti nei confronti della controparte fino a quando non sia avvenuta la nomina di un nuovo procuratore: la norma, commentata con favore dalla dottrina (130), è ani-

mata dall'esigenza di impedire un arresto del processo ovvero una vacatio di ius postulandi per effetto della volontà di una delle parti, che sarebbe pregiudizievole non solo per questa ma anche per l'avversario (il quale ha necessità di fidarsi di una sicura legittimazione recettiva) (131). Ed è per questo che l'art. 301, 3° co., c.p.c. sancisce la regola che non danno luogo ad interruzione né la rinuncia né la revoca della procura.

Complessa è la questione relativa alle conseguenze del difetto di ius postulandi connesso a vizi inficianti la procura. Il primo quesito è rappresentato dalle sorti cui è destinato un atto introduttivo di un processo privo della sottoscrizione del procuratore. La giurisprudenza ritiene che in tal caso si versi in una situazione di assoluta inesistenza dell'atto processuale, come tale non suscettibile di alcuna forma di sanatoria (132), mentre in dottrina si rinvencono soluzioni meno radicali (133). C'è poi il difetto di procura, che si manifesta in una gamma di fattispecie vasta e frastagliata: si va dall'assenza stessa della procura, alla presenza di vizi più o meno rilevanti ai fini dell'invalidità dell'atto, al possibile superamento di limiti imposti dal mandato. L'orientamento giurisprudenziale, in generale, è nel senso che, posto che gli atti compiuti col ministero del difensore vengono ad essere atti della parte — la cui legittimazione processuale deve trovare, per il valido esercizio dell'attività svolta, necessaria integrazione nello ius postulandi del difensore — allorché difetti la procura gli atti compiuti vanno riferiti direttamente in capo al difensore, essendo l'atto di conferimento della cosiddetta rappresentanza tecnica elemento indispensabile affinché l'esercizio dello ius postulandi del procuratore diventi attività della parte (134).

Residua poi il caso dell'esercizio dell'attività procuratoria al di fuori del distretto di appartenenza. Nonostante che la dottrina si sforzi di sottolineare che la violazione del principio della territorialità della competenza procuratoria rilevi solo ed esclusivamente sotto un profilo disciplinare (135), la giurisprudenza per un lungo lasso di tempo ha perseverato nel sanzionare con la nullità l'atto compiuto dal procuratore extra districtum (136): soluzioni più liberali si vanno delineando di recente, specie con riferimento all'ipotesi di conferimento congiunto di una procura a due difensori, uno soltanto (quello costituitosi poi in giudizio) legalmente esercente nel distretto (137). Su tutto l'arco dei problemi afferenti il difetto dello ius postulandi la dottrina più moderna suggerisce di assumere una posizione che sia in linea con i principi generali del processo, e che dunque lo strumento sanzionatorio sia la nullità sanabile con effetto ex nunc per iniziativa della parte (138),

anche se sollecitata dal giudice ex art. 182 (norma spesso trascurata nella prassi).

(117) Per tutti PAVANINI, *Note*, cit., 136 ss., e PUNZI, *Note*, cit., 174.

(118) MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., 934; di atto di incarico preferiscono parlare PAVANINI, *op. loc. cit.*, e PUNZI, *op. loc. cit.*

(119) SATTA, *Avvocato*, cit., 651; concetto ribadito da MANDRIOLI, *op. ult. cit.*, 935, il quale ricorda che la parte non può vincolare in alcun modo il difensore rispetto al «come» questi debba compiere gli atti del processo, salva solo la facoltà di revocare l'incarico. Anche per questo motivo la giurisprudenza suole ritenere che per il rilascio della procura non occorre l'uso di formule sacramentali: cfr. Cass. 3-9-1990 n. 9108, *GCM*, 1990.

(120) SATTA, *Comm.*, I, cit., 282.

(121) Favorevoli all'indirizzo restrittivo si sono mostrate, nel tempo, Cass. 14-7-1976 n. 2722, *GCM*, 1976; Cass. 18-10-1972 n. 3120, *ivi*, 1972; Cass. 20-7-1971 n. 2346, *ivi*, 1971; Cass. 6-3-1969 n. 740, *ivi*, 1969. In dottrina, nello stesso senso, DI BLASI, «Mandato ad litem e mandato ad lites», in *NN.D.I.*, X, Torino, 1964, 147. Per la soluzione oggi prevalente, invece, cfr. (a partire dalla pronuncia delle S.U. 6-10-1977 n. 3571, *FI*, 1977, I, 2139) Cass. 28-10-1993 n. 9148, *Gius.*, 1994, V, 61; Cass. 23-1-1992 n. 747, *GCM*, 1992; Cass. 23-6-1988 n. 4279, *FI*, 1989, I, 804; Cass. 17-11-1982 n. 6156, *GI*, 1983, I, 1, 1319, con nt. di BOLLINO. In dottrina, favorevoli all'orientamento più liberale, ANDRIOLI, *Comm.*, I, cit., 238; MANDRIOLI, *Sulla procura al difensore in giudizio d'appello stesa sulla copia della sentenza impugnata*, *GI*, 1964, I, 2, 489 ss. La giurisprudenza era già da tempo consolidata nel ritenere non tassativi gli atti di cui all'art. 83 quando si tratti di conferire il mandato ad un procuratore in sostituzione di un precedente difensore durante il medesimo grado di giudizio: cfr. Cass. 11-2-1976 n. 448, *GMC*, 1976.

(122) In favore della validità della procura anche se rilasciata su foglio separato ma poi annesso all'atto del processo cfr. Cass. 5-10-1992 n. 10877, *GCM*, 1992; Cass. 23-1-1992 n. 747, *FI*, 1992, I, 1411 e *Corr. giur.*, 1992, 645 con nota di GATTI, *Sulla procura non conforme alle previsioni dell'art. 83, terzo comma, Cod. proc. civ.* In senso contrario, v. Cass. 28-10-1994, n. 8902, *Guida al diritto*, 1994, 8, 18; Cass. 9-4-1993 n. 4297, *GCM*, 1993; Cass. 22-2-1993 n. 2168, *ivi*. In dottrina, per l'analisi del panorama dottrinario sull'argomento, v. MURRA, *Requisiti della procura alle liti tra colombi ed angeli neri*, *GC*, 1995, I, 381.

(123) Cass. 22-11-1994 n. 9869, *GC*, 1995, I, 377.

(124) Cass. 5-2-1994 n. 1167, *GC*, 1994, I, 1511, con nota di MURRA, *Note minime sull'efficacia del potere del difensore di certificazione della firma apposta sulla procura ad litem* (l'importante decisione è pubblicata anche in *Corr. giur.*, 1994, 311, con nota di CARBONE, *Procura alle liti: firma illeggibile senza altre indicazioni sul conferente*, ed in *GI*, 1994, I, 1, 1280, con nota di CHIARLONI, *Sulla procura alle liti da ente collettivo firmata illeggibilmente dall'asserito rappresentante organico non altrimenti indicato per nome*.

(125) MAZZARELLA, *op. cit.*, 6. Il principio, ovviamente, non trova applicazioni in quelle ipotesi in cui — come per il ricorso per cassazione — la procura debba esser rilasciata prima della notificazione dell'atto, per essere necessario un mandato ad hoc.

(126) Così MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., 939; LA CHINA, *Diritto*, I, cit., 442; SATTA-PUNZI, *Diritto*, cit., 125. Di avviso contrario è tuttora la giurisprudenza, la quale però adotta l'*escamotage* di ritenere che, in assenza di prova contraria, si presume che il difensore abbia certificato la firma nel territorio nazionale alla presenza della parte (sull'orientamento generale v. Cass. 28-4-1993 n. 4992, *GC*, 1993, I, 2671; per la necessità della contestazione da parte dell'avversario v. Cass. 17-9-1991 n. 9662, *GCM*, 1991). Diversa però è l'ipotesi nella quale la procura sia rilasciata all'estero ma su atto separato: su tale argomento cfr. LA CHINA, *op. cit.*, 441 ss.

(127) Cass. 17-5-1991 n. 5528, *GC*, 1991, I, 1420, con nota di



MURRA (ivi, 1991, I, 1995), *Estensione temporale della procura ad litem: l'ultimo grido della Cassazione* (con informazioni sullo stato della dottrina e della giurisprudenza pregresse). L'orientamento è ribadito da Cass. 17-5-1991 n. 5529, *RDPr*, 1992, 919, con nota di DANOVÌ, *La procura alle liti ed il rapporto tra parte e difensore* (nonché in *Corr. giur.*, 1991, 991, con nota critica di GUARNIERI, *Le Sezioni Unite sanciscono l'applicazione estensiva dell'ultimo comma dell'art. 83 c.p.c.*).

(128) La giurisprudenza di legittimità esclude, ad esempio, che la procura conferita al difensore per promuovere un giudizio ex art. 700 c.p.c. possa consentire poi la valida instaurazione del distinto ed autonomo procedimento di cognizione (Cass. 4-3-1993 n. 2642, *GC*, 1993, I, 1825, con nota di MURRA, *Cavilli e procure*).

(129) C. Cost. 16-3-1971 n. 47, cit.

(130) SATTÀ, *Avvocato*, cit., 651; MANDRIOLI, *op. ult. cit.*, 954; DI BLASI, *Difensore*, cit., 609.

(131) La questione di legittimità costituzionale dell'art. 85, nella parte in cui dispone appunto che la revoca della procura e la rinuncia non hanno effetto nei confronti dell'altra parte finché non sia avvenuta la sostituzione del difensore, è stata dichiarata infondata da C. Cost. 12-3-1975 n. 57, *FI*, 1975, I, 788, posto che la parte ha l'onere di immediata sostituzione del difensore stesso e ciò anche nell'interesse dell'avversario di avere un contraddittore ritualmente costituito.

(132) Cass. 16-3-1981 n. 1472, *GCM*, 1981; Cass. 7-11-1978 n. 5077, *ivi*, 1978. L'indirizzo si presenta meno rigoroso quando si ammette la sanatoria in presenza della sottoscrizione dell'originale dell'atto ancorché nella copia notificata la firma sia stata omessa (Cass. 7-11-1991 n. 11883, *GCM*, 1991).

(133) MANDRIOLI, *op. cit.*, 949; CHIARLONI, *Contrasto tra diritto alla difesa e obbligo della difesa: un paradosso del formalismo concettuale*, *RDPr*, 1982, 641; LA CHINA, *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del c.p.c.*, Milano, 1970, 483. *Contra*, per l'inesistenza, ZANZUCCHI-VOCINO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1964, 15.

(134) Così, da ultimo, Cass. 23-2-1994 n. 1780, *GC*, 1994, I, 1895.

(135) ANDRIOLI, *Comm.*, I, cit., 237; SATTÀ, *Forma e sostanza del ministero del procuratore*, *GC*, 1960, I, 522; SCHWARZEMBERG, *Sulla pretesa incompetenza del procuratore al di fuori del proprio distretto*, *GI*, 1962, I, 1, 1017; LIEBMAN, *Manuale*, I, cit., 90, nt. 9. Del resto la giurisprudenza penale prevalente propende per la tesi di cui al testo, sostenendo che il principio di localizzazione attiene all'organizzazione dell'avvocatura, essendo stato sancito per tutelare non già gli interessi delle parti bensì quelli dei procuratori legali, i quali subirebbero un pregiudizio — in termini di concorrenza professionale — dall'esercizio dell'attività da parte di colleghi iscritti in altri distretti (Cass. pen. 20-6-1984, *RP*, 1985, 318; Cass. pen. 10-1-1978, *GP*, 1978, III, 360).

(136) Il punto sullo stato della giurisprudenza in materia è recentemente ben delineato da ORIANI, *Il procuratore esercente extra districtum: gli atti compiuti non sono nulli*, *FI*, 1992, V, 196 ss. (si veda peraltro lo studio di MANERA, *Brevi spunti sulla validità o invalidità dell'atto introduttivo del giudizio sottoscritto da procuratore extra districtum e non da procuratore domiciliario legalmente esercente*, *GI*, 1987, IV, 513).

(137) Cfr. Cass. 17-7-1992 n. 8691, *GC*, 1993, I, 62, nonché Cass. 25-9-1990 n. 9720, *GI*, 1991, I, 1, 940, con nota di MURRA, *Svolgimento extra districtum di attività procuratorie (e divagazioni sulla sottoscrizione degli atti processuali di parte)*, che parlano di nullità sanabile ovvero di mera irregolarità. In precedenza, in una fattispecie identica, Cass. 22-4-1981 n. 2384, *GI*, 1981, I, 851 ha escluso la rilevanza della presenza di un procuratore territorialmente competente.

(138) Per tale ordine di idee, LA CHINA, *Diritto*, I, cit., 462.

poteri derivano direttamente dalla legge. La rappresentanza affidata al procuratore non è di volontà, ma di azione: egli, cioè, svolge l'azione della parte, postulando, nell'interesse di costei, il giudizio (139).

L'ambito dei poteri attribuiti al procuratore legittimamente designato è ritagliato, in negativo, dall'art. 84 c.p.c.: egli può compiere e ricevere tutti gli atti del processo che non sono espressamente riservati alla parte, non potendo poi adottare atti che comportano disposizione del diritto in contesa senza specifico mandato. Il procuratore è dunque libero, nei limiti stabiliti dalla norma citata, di scegliere liberamente la strategia processuale, la linea difensiva, ritenuta più idonea per tutelare gli interessi della parte rappresentata (140): con la precisazione, ovvia ma importante, che quest'ultima sarà vincolata dall'attività posta in essere dal procuratore medesimo (141). In primo luogo occorre distinguere, quanto ai limiti previsti allo svolgimento dell'attività del procuratore, gli atti che dalla legge sono espressamente riservati alla parte da quelli che invece importano disposizione del diritto in contesa. I primi debbono necessariamente esser compiuti dalla parte, ancorché spesso non determinino disposizione del diritto (si pensi alla comparizione personale ex art. 183 c.p.c., ovvero alla presenza dinanzi al Presidente del Tribunale nei giudizi di separazione o di divorzio, od anche alla risposta all'interrogatorio formale, ecc.); i secondi — pur incidendo sulla situazione giuridica controversa — possono anche essere compiuti dal procuratore sol che questi ne riceva apposita autorizzazione dalla parte (cfr. art. 306, 2° co. c.p.c.). Tra questi ultimi vanno annoverati — secondo il testuale riferimento normativo — anche gli atti che solo in potenza o indirettamente possono risultare dispositivi del diritto (è il caso, ad esempio, del deferimento del giuramento decisorio: se la controparte accetta la sfida e giura, il mero deferimento ha infatti importato la disposizione del diritto in contesa). Il limite in questione è teso ovviamente a garantire la parte dal pericolo che l'adozione di atti volti od idonei a disporre del proprio diritto passi attraverso una sua manifestazione di volontà: cosicché esulano da tale ambito sia gli atti di «apparente» disposizione (come la rinuncia ad un mezzo di prova, ad un'eccezione, ecc.), sia gli atti con i quali si corre soltanto il rischio di disarmare la difesa (la richiesta di escludere un teste contrario; il deposito di un documento pregiudizievole, ecc.). In sostanza il diritto in contesa rappresenta il bene della vita che attraverso il giudizio si tende a conseguire: «di questo interesse non si può disporre né direttamente (rinunce, transazioni, riconoscimenti), né indirettamente, cioè determinando situazioni incompatibili con lo svolgimento dell'azione, sia in quanto operino sulla prova, escludendone la formazione nel processo (confessio-

#### 10. Poteri del difensore.

Si è visto che il difensore mutua il suo «ufficio» da un atto di volontà della parte, ma al contempo i suoi

ne e giuramento), sia in quanto operino sul giudizio, come il compromesso e l'autorizzazione al giudice di decidere secondo equità» (142). Pur essendo di maggior interesse il novero degli atti che il procuratore può o meno compiere nell'interesse della parte, non va dimenticato il ruolo (certamente passivo ma non per questo secondario) che costui riveste nell'essere destinatario — per conto della parte rappresentata — di una serie di attività compiute dalla controparte. Sotto tale profilo, giustamente, è stato detto che tale passività fa del difensore un punto di riferimento formale necessario delle iniziative processuali dell'avversario, con un accentramento in lui di talune attività importantissime (notificazioni, comunicazioni, scambio di atti, ecc.) che lo rendono al servizio del principio del contraddittorio (143).

(139) SATTÀ, *Avvocato*, cit., 652.

(140) Sull'autonomia della quale gode il difensore-procuratore nell'esercizio dell'azione voluta dalla parte si sofferma, tra gli altri, PUNZI, *Note*, cit., 179.

(141) Un vecchio adagio, a proposito dell'attività del procuratore, diceva che procurator omittendo nocet, committendo non nocet, col che, in sostanza, si soleva rappresentare che se il difensore omette di compiere, con la dovuta diligenza, atti rilevanti per la posizione processuale della parte, arreca un pregiudizio; se invece il suo raggio di azione esorbita dai limiti stabiliti dalla legge, attesa l'inidoneità degli stessi ad incidere sulla sfera giuridica della parte, il suo comportamento non potrà nuocere. (142) SATTÀ, *op. ult. loc. cit.* Per una vasta casistica degli atti che rientrano o meno nella sfera dei poteri attribuibili al difensore v. PICARDI, *Codice di procedura civile*, Milano, 1994, 377.

(143) LA CHINA, *Diritto*, I, cit., 454: allo scopo si rammenti l'ultrattività dei suddetti poteri «passivi» del difensore rinunciatorio o revocato, ex art. 85 c.p.c.

### 11. Doveri delle parti e dei difensori.

Il codice di rito dedica due norme (gli artt. 88 e 89) alla disciplina dei doveri delle parti e dei difensori nel processo. Per quanto riguarda la prima disposizione, che reca un criterio vagamente moraleggiante (144), va subito avvertito che questa non impone alle parti il dovere di dire la verità (145). Norma definita altamente enigmatica (146), l'art. 88 si limita a genericamente pretendere che la parte ed il difensore assumano un contegno improntato a lealtà ed a probità, semplicemente rispettoso delle regole del gioco processuale (147). Se la violazione del dovere di lealtà importa contemporaneamente la trasgressione di una norma squisitamente processuale è certamente applicabile la specifica sanzione comminata da quest'ultima (148). Pertanto la disposizione in esame si mostra dettata per reprimere comportamenti processuali meramente sleali, che non configurano violazioni di precetti autonomamente contemplati. Secondo la dottrina più seguita comportamento sleale (da non confondere col contegno in mala fede) è tutto ciò che turba la piena e regolare applicazione del principio del contraddittorio (149).

L'art. 88, secondo alcuni, si dirigerebbe più ai difensori che alle parti (150), tenuto conto che queste hanno ben poche possibilità di assumere un contegno apprezzabile all'interno del processo. Ed ai difensori è dedicato comunque il 2° co. della disposizione, il quale impone al giudice l'obbligo di notificare il Consiglio dell'ordine di appartenenza del professionista sulla trasgressione al precetto di cui in parola. Proprio per questo specifico dovere, che incombe sul giudice, non sembra corretta, né giuridicamente né moralmente, la tendenza in virtù della quale si suole denunciare la slealtà processuale del difensore con ammonimenti o rimproveri, più o meno solenni, contenuti nelle sentenze (151).

La sanzione primaria che la disposizione irroga è quella della comunicazione all'autorità che esercita il potere disciplinare; di qui il suo carattere strumentale, che si esaurisce con l'avvio di un iter che non necessariamente si concluderà con l'applicazione di una sanzione di natura disciplinare (152), ben potendo il comportamento definito sleale non determinare automatica violazione di doveri deontologici (153). Conseguenze anche patrimoniali può produrre invece la trasgressione del dovere di non usare espressioni sconvenienti od offensive negli scritti difensivi, prescritto dall'art. 89 (154). Va precisato, però, che la condanna al risarcimento del danno, anche non patrimoniale, cagionato per effetto dell'uso di tali frasi, presuppone che le espressioni medesime non abbiano riguardato l'oggetto della causa; in caso contrario, di attinenza cioè delle frasi con il thema disputandum, l'unica sanzione comminabile è quella, più naturale, della cancellazione delle stesse (155).

RODOLFO MURRA

(144) Così REDENTI, *Diritto*, I, cit., 205 (espressione ripresa da MANDRIOLI, *Delle parti*, cit., 959).

(145) Dottrina e giurisprudenza concordi (MAZZARELLA, *op. cit.*, 4; MANDRIOLI, *op. ult. loc. cit.*; Cass. 21-6-1971 n. 1931, *GCM*, 1971). Né la fondatezza di tale affermazione può essere messa in discussione dal tenore del nuovo art. 167, 1° co., che impone al convenuto di «prender posizione» sui fatti affermati dall'attore, atteso che ciò non equivale a configurare l'obbligo di ammettere circostanze sfavorevoli alla propria posizione.

(146) MAZZARELLA, *op. loc. cit.*

(147) Sull'argomento si veda il celebre saggio di CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, *RDPr*, 1950, 23 ss. In generale, GIOVANNUCCI-ORLANDI, *Sul dovere di lealtà e probità dei difensori nel processo civile e nella legge professionale forense*, *RTPC*, 1974, 257 ss.

(148) V. SATTÀ, *Comm.*, I, cit., 259, che richiama a tal proposito alcune concrete fattispecie verificatesi nella prassi.

(149) LIEBMAN, *Manuale*, I, cit., 115. Si pensi all'esempio recato da SATTÀ-PUNZI, *Diritto*, cit., 127, della comunicazione di una comparsa volontariamente diversa da quella inserita nel fascicolo d'ufficio: tale comportamento costituisce indubbiamente un inganno che attenta al diritto di difesa della controparte.

(150) MAZZARELLA, *op. cit.*, 4. Simili argomentazioni in LA CHINA, *op. cit.*, 457.

(151) Favorevole, invece, a tale prassi, si mostra apertamente

MANDRIOLI, *op. cit.*, 965, il quale però riconosce che tali manifestazioni appaiono platoniche (anche se in definitiva non inutili). L'atto conclusivo del processo non costituisce la sede naturale per esternare considerazioni che, invece, debbono formare oggetto di apposita segnalazione all'Autorità che esercita il potere disciplinare sui professionisti forensi.

(152) MANDRIOLI, *op. cit.*, 964.

(153) L'affermazione peraltro meriterebbe un più profondo esame (non consentito in questa sede) tenuto conto che «il dovere di lealtà e di probità è dovere professionale per eccellenza» (così MAZZARELLA, *op. cit.*, 5).

(154) Sulla materia, in generale, BERRI, «Espressioni sconvenienti ed offensive», in *NN.D.I.*, VI, Torino, 1964, 879.

(155) Per cosa si intenda, ai fini di cui al testo, per «oggetto

della causa», v. MANDRIOLI, *op. cit.*, 966, al cui commento si rinvia per l'approfondimento delle modalità applicative dell'art. 89. Per la giurisprudenza è sufficiente, ai fini dell'esclusione della relativa responsabilità, un qualsiasi collegamento con la materia del contendere (Cass. 21-3-1977 n. 1099, *FI*, 1977, I, 1434): il principio però non trova applicazione se l'espressione offensiva è suggerita solo da inutile e gratuita passionalità (Cass. 28-5-1983 n. 806, *GCM*, 1983). Va ricordato che la giurisprudenza ritiene che il provvedimento di cancellazione (nonché quello di condanna al risarcimento) rientri nel potere discrezionale del giudice, che può esercitarlo anche d'ufficio (Cass. 16-2-1983 n. 1172, *GCM*, 1983).