



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidata: Anna Pinamonti

LA CAPACITÀ NEL PROCESSO. PROFILI STATICI E DINAMICI

Relatore Prof. Marino Marinelli

Anno Accademico 2011-2012

Indirizzo specialistico in Diritto sostanziale e processuale del lavoro

XXIV ciclo

Esame finale: Aprile 2013

Commissione esaminatrice:

**Prof. Augusto Chizzini, Università di Cattolica del Sacro Cuore di
Milano**

Prof. Massimo Montanari, Università di Parma

Prof. Alberto Romano, Università di Parma

INDICE

	Pag.
Abstract	VII

CAPITOLO PRIMO

I PROFILI DI INTERESSE DELLA CAPACITÀ PROCESSUALE. ASPETTI SVILUPPATI E ASPETTI TRASCURATI DALLA DOTTRINA ITALIANA

1. I molteplici profili d'interesse del tema capacità.....	1
2. Profilo definitorio. Il rilievo della capacità come attitudine soggettiva dal duplice volto (sostanziale e processuale).....	2
3. Profilo soggettivo. Il confine fra capacità e incapacità tratteggiato dal legislatore quale linea d'arresto delle indagini della dottrina.....	7
4. Profilo statico. L'attenzione rivolta alla capacità come condizione di decidibilità della causa nel merito.....	12
5. Profilo dinamico, ovvero come la capacità (l'incapacità) condiziona la vita del processo. Sintesi di un dibattito "rarefatto"	15
6. Profilo istruttorio. La capacità come <i>thema probandum</i> e come oggetto di decisione in mancanza di prove: panoramica di un terreno inesplorato.....	26
7. Conclusioni. Necessità di volgere lo sguardo oltre confine. La <i>Prozessfähigkeit</i> dell'ordinamento processuale tedesco quale naturale approdo dell'indagine sul tema della capacità.....	33

CAPITOLO SECONDO

LA CAPACITÀ PROCESSUALE NELL'ORDINAMENTO TEDESCO: CONTORNI, FUNZIONI, RUOLO NEL PROCESSO

SEZIONE A) - LA PROZESSFÄHIGKEIT E I SOGGETTI CHE NE SONO PRIVI (PROFILI DEFINITORIO E SOGGETTIVO)

1. La <i>Prozessfähigkeit</i> . Ricostruzione della nozione nel diritto positivo, attraverso il rimando (generico) al diritto sostanziale e il rinvio (specifico) alla “capacità di obbligarsi per mezzo di contratti”.....	39
2. L'identità dei soggetti incapaci (<i>prozessunfähig</i>). I minori e i destinatari di misure di protezione: consonanze (e qualche differenza) con gli incapaci di stare in giudizio ai sensi dell'art. 75 c.p.c.....	44
3. (<i>segue</i>) Gli infermi di mente ai sensi del § 104 n. 2 BGB: una categoria sconosciuta al nostro ordinamento processuale.....	50
4. Il rilievo processuale dell'incapacità “di fatto”. Confronto fra due diversi modelli normativi e le loro “coperture” costituzionali: l'art. 103 GG e l'art. 24 Cost.....	52

SEZIONE B) - INQUADRAMENTO DELLA PROZESSFÄHIGKEIT IN BASE ALLE SUE FUNZIONI (PROFILO STATICO)

1. Funzione generica: la capacità come presupposto processuale (<i>Prozessvoraussetzung</i>), <i>rectius</i> come presupposto per la trattazione e decisione del merito (<i>Sachurteil-, Sachverhandlungsvoraussetzung</i>).....	66
2. Funzione specifica: la capacità come presupposto di efficacia degli atti processuali (<i>Prozesshandlungsvoraussetzung</i>). Sintesi di una ricostruzione che ha ottenuto un largo consenso (e qualche critica).....	69
3. Considerazioni sull'utilità della nozione di <i>Prozesshandlungsvoraussetzung</i> . Cenno ai tentativi di inquadrare la capacità processuale di cui all'art. 75 c.p.c. come presupposto di validità degli atti processuali.....	76

4. Conseguenze dell'inquadramento della <i>Prozessfähigkeit</i> come presupposto degli atti processuali: gli effetti processuali e sostanziali della domanda (in particolare, gli effetti sul termine di prescrizione in corso).....	83
5. Ancora sugli effetti della domanda proposta da o contro un incapace rispetto al decorso della prescrizione. Fotografia comparativa delle soluzioni adottate nei due ordinamenti.....	89

SEZIONE C) - DALLA FASE INTRODUTTIVA FINO AL PASSAGGIO IN GIUDICATO, COME LA PROZESSFÄHIGKEIT (E IL SUO DIFETTO) INFLUISCE NELLO SVOLGIMENTO DEL PROCESSO (PROFILO DINAMICO)

1. Premessa.....	96
2. Rilievo dell'incapacità al momento del deposito dell'atto introduttivo e sue conseguenze: la scelta fra il rifiuto della notifica e l'instaurazione del contraddittorio.....	97
3. Interrogativi sulla capacità di una parte dopo l'instaurazione del contraddittorio. L'alternativa fra la "lite sulla capacità" (<i>Zulassungsstreit</i>) e la sanatoria tramite l'intervento del rappresentante legale (<i>Genehmigung</i>).....	106
4. La sanatoria del difetto di capacità. Gli strumenti attraverso i quali il giudice collabora con la parte interessata alla sanatoria, attuando la c.d. <i>materielle Prozessleitung</i>	110
4.1. Il rinvio della trattazione orale.....	113
4.2. La sospensione del processo per pregiudizialità. Il <i>Betreungsverfahren</i> come "procedimento pregiudicante".....	115
4.3. L'ammissione provvisoria dell'incapace alla trattazione.....	117
4.4. La nomina di un curatore speciale all'incapace convenuto.....	119
4.5. La nomina di un <i>Betreuer</i> provvisorio da parte del <i>Betreuungsgericht</i>	121
5. La "lite sulla capacità", le ragioni della sua autonomia concettuale nell'ordinamento tedesco e le possibili conclusioni.....	122

6. Il giudicato materiale delle pronunce sulla capacità processuale. Idoneità alla <i>materielle Rechtskraft</i> della pronuncia di rigetto in rito che accerta l'insussistenza del presupposto e (secondo parte della dottrina) dell'affermazione implicita della sua sussistenza contenuta nella sentenza di merito	129
---	-----

CAPITOLO TERZO

L'ONERE DELLA PROVA DELLA PROZESSFÄHIGKEIT (PROFILO ISTRUTTORIO)

SEZIONE A) - CAPACITÀ E ONERE DELLA PROVA SOGGETTIVO

1. Il rilievo d'ufficio del difetto della capacità processuale e le questioni che esso pone. Posizioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza sull'onere di allegazione dei fatti, sulle regole applicabili al procedimento probatorio e sull'onere di iniziativa probatoria (<i>Beweisführungslast</i>).....	140
---	-----

SEZIONE B) - CAPACITÀ E ONERE DELLA PROVA OGGETTIVO

1. Premessa.....	153
2. La regola di giudizio applicabile ai presupposti processuali in generale. L'onere generale in capo all'attore quale punto di convergenza di differenti percorsi argomentativi.....	156
3. L'onere della prova della capacità negoziale. Chi contesta la capacità è chiamato a dimostrarne il difetto: genesi ed evoluzione di una regola risalente.....	163
4. Sull'onere della prova della capacità processuale.....	169
5. (<i>segue</i>) L'onere in capo all'attore. Argomenti formali e argomenti "di principio" a sostegno della tesi dominante.....	171
6. (<i>segue</i>) L'onere in capo al convenuto. Le ragioni dell'orientamento minoritario.....	178
7. (<i>segue</i>) La regola che equipara il dubbio sulla capacità al suo difetto: riflessioni sulle possibili ragioni del suo accoglimento da parte degli interpreti.....	186
8. (<i>segue</i>) Coordinamento funzionale fra la regola di giudizio applicabile alla <i>Prozessfähigkeit</i> e l'istituto della <i>Betreuung</i>	193

CONSIDERAZIONI DI SINTESI SULL'INDAGINE CONDOTTA.....	201
BIBLIOGRAFIA.....	217

ABSTRACT

Il presente studio è un'indagine "a tutto tondo" sul tema della capacità processuale, che tocca tutti i suoi principali profili d'interesse: la sua definizione e il suo legame con la capacità di diritto sostanziale; la distinzione che essa opera fra soggetti "capaci" e soggetti "incapaci"; le funzioni che essa svolge all'interno del processo e il modo in cui la sua assenza o il suo difetto ne condizionano lo svolgimento; le peculiarità che presenta come *thema probandum* e come oggetto di decisione in mancanza di prove.

L'attenzione che questi molteplici aspetti hanno ricevuto nel nostro ordinamento (sia da parte del legislatore, sia da parte degli interpreti) è piuttosto scarsa: a parte un certo interesse rivolto alla capacità come *species* del *genus* "presupposti processuali", nonché come termine di paragone della capacità di agire di diritto sostanziale all'interno del processo, gli altri profili di rilievo appaiono, tutt'oggi, terreni inesplorati.

Nell'ordinamento processuale tedesco, invece, la capacità processuale (*Prozessfähigkeit*) non solo è stata disciplinata in maniera più complessa e completa nel diritto positivo, ma soprattutto è stata oggetto di un ampio e approfondito dibattito dottrinale – dibattito che ha riguardato tutti i profili d'interesse del tema in questione e che, valicate le disposizioni e le ripartizioni stabilite dal diritto positivo, ha coinvolto i principi fondamentali cui l'argomento si ricollega e gli interessi che esso sottende.

Il *modus procedendi* della presente indagine consiste nel sottoporre a un confronto i due differenti approcci (quello italiano e quello tedesco) all'istituto in esame, ripercorrendo uno dopo l'altro i diversi profili di rilievo menzionati; l'obiettivo è quello di osservare come sono risolti, in Germania, i problemi e gli interrogativi sulla capacità processuale che nel nostro ordinamento non trovano una risposta adeguata; il fine ultimo è quello di ricavarne spunti e direttive di riflessione utili all'interprete italiano, per tentare di colmare le lacune che, nel nostro sistema processuale, il tema della capacità presenta.

CAPITOLO PRIMO
I PROFILI DI INTERESSE DELLA CAPACITÀ PROCESSUALE.
ASPETTI SVILUPPATI E ASPETTI TRASCURATI DALLA
DOTTRINA ITALIANA

1. I molteplici profili d'interesse del tema capacità

L'interprete che si accinge ad effettuare un studio sulla capacità processuale, soprattutto in chiave di confronto comparatistico, può rimanere sorpreso nel constatare la molteplicità delle questioni che l'istituto solleva, dei temi che ad esso si ricollegano, delle possibili direttrici di ricerca che da esso si dipartono. La capacità processuale si mostra essere una figura poliedrica e sfaccettata, che si presta ad essere osservata da diverse angolature e punti di vista.

I macro-profili verso cui l'indagine si può rivolgere sono almeno cinque.

Anzitutto, il tema può essere affrontato sotto un profilo "definitorio", indagando sulla nozione di capacità processuale e sui termini in cui essa può essere definita e delineata, cercando di rispondere alla domanda "che cos'è la capacità processuale, a che cosa corrisponde".

Il secondo profilo verso cui si può rivolgere l'attenzione dell'interprete è quello "soggettivo", che riguarda la distinzione persone capaci-persone incapaci, le ripartizioni interne che caratterizzano questi due insiemi contrapposti, le sfumature e le difficoltà di inquadramento che si pongono rispetto ad alcuni soggetti. A tale profilo si riannodano anche gli interrogativi sullo scopo della (in)capacità, sulle esigenze e le istanze a cui essa risponde.

In terzo luogo, ci si può accostare al tema con un intento "classificatorio", chiedendosi come si inquadra la capacità, a che *genus* appartiene e – come conseguenza dell'inquadramento effettuato - che posto occupa e che funzione riveste all'interno del processo.

Quest'ultimo aspetto costituisce, per così dire, il profilo statico e astratto della capacità, il suo modo di essere come entità isolata; ma essa può essere osservata anche in un'ottica "dinamica" e concreta, volta a far luce sulle ragioni e sulle

modalità in cui essa viene in rilievo all'interno del processo; un'indagine in questo senso può essere sintetizzata nei quesiti “quali sono le conseguenze della presenza e (soprattutto) del difetto della capacità”, “come condiziona lo svolgimento del processo”.

Infine, la capacità può essere considerata come materia di trattazione e decisione essa stessa, come “oggetto” di istruttoria e su cui l'attività giurisdizionale può essere chiamata a pronunciarsi: gli interrogativi che ci si può porre in tale ottica riguardano allora il modo in cui il giudice è chiamato a decidere sulla capacità, le regole e i criteri che devono essere seguiti per giungere a tale decisione.

L'attenzione che la dottrina italiana ha dedicato ai cinque aspetti elencati – che naturalmente non esauriscono la gamma dei possibili profili di rilevanza dell'argomento, ma che a me sembrano quelli maggiormente significativi – non è stato uniforme; alcune questioni sono state oggetto di un'analisi approfondita, altre sono state appena sfiorate dal dibattito, altre ancora sono state del tutto trascurate. In generale, tuttavia – e qui si anticipa una conclusione cui si perverrà nelle pagine successive –, l'interesse della dottrina verso i temi correlati all'istituto della capacità processuale appare piuttosto scarso.

Ma occorre procedere con ordine; mantenendo, per comodità nella trattazione, la ripartizione in cinque punti che si è pocanzi tracciata, si procederà ad una piana ricognizione dello stato dell'arte attorno al tema della capacità processuale, per fotografare e registrare che cosa è stato detto, che cosa ha suscitato dibattito, che cosa invece è stato trascurato o ignorato da parte della scienza giuridica; sulla base dei “dati” così raccolti, si cercherà di fare un bilancio critico della situazione e si tracceranno le direttive di ricerca dell'indagine che si vuole intraprendere.

2. Profilo definitorio. Il rilievo della capacità come attitudine soggettiva dal duplice volto (sostanziale e processuale)

Partiamo dal profilo c.d. definitorio. Alla domanda “che cos'è e a che cosa corrisponde la capacità processuale”, la dottrina compatta, sia quella contemporanea sia gli autori classici, a partire dall'inizio del secolo scorso, risponde che essa

consiste nella capacità di agire civilistica riferita al processo¹. La capacità processuale nel sistema del processo civile è concepita come lo specchio della capacità di agire nell'ambito dei negozi giuridici; l'una sta al diritto sostanziale come l'altra sta al diritto processuale.

Questa sorta di proporzione matematica su cui la dottrina processualistica si è trovata concorde², si inserisce, peraltro, nel quadro di un parallelismo più ampio, e di un legame più esteso fra diritto materiale e diritto del processo nell'ambito delle situazioni soggettive. L'affermazione di Chiovenda, secondo cui “*come si può essere soggetti di diritti e non avere l'esercizio dei diritti o averlo limitato, così si può avere la capacità d'esser parte in giudizio e non avere l'esercizio dei diritti processuali*”³, dà conto in maniera limpida di un parallelismo duplice e tutt'oggi molto in uso: quello fra capacità giuridica e capacità di essere parte nel processo⁴, da una parte, come attitudini soggettive “passive”, riferite alla sfera dell'*esse*, e quello fra capacità di agire di diritto materiale e capacità processuale, dall'altro, come attitudini soggettive “attive”, riferite alla sfera del *facere*.

Mentre, tuttavia, la capacità di esser parte è una nozione di origine esclusivamente dottrinale, e perciò anche la simmetria con la capacità giuridica si

¹ Cfr. ad es. E. ALLORIO, *Processo e apparenza giuridica*, in *RDPr*, 1940, 68 ss., il quale, nel vigore del codice di procedura del 1865, sosteneva che l'art. 36 comma 2° (di contenuto sostanzialmente identico a quello dell'attuale art. 75 c.p.c. comma 2°) fosse una norma processuale in bianco perché semplicemente rinviava alla legge sostanziale. V. poi E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973, 71, secondo cui alla capacità di agire “corrisponde la capacità processuale, ossia la capacità di stare in giudizio da sé e di compiere validamente gli atti processuali”. Anche secondo S. SATTA, *Capacità processuale, a) Diritto processuale civile* in *Enc. Dir*, IV, Milano, 1960, 131, la capacità processuale “non è altro che la capacità di agire riferita al compimento degli atti del processo”; nello stesso senso anche C. MANDRIOLI, *sub art. 75 c.p.c.* in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del cod. di proc. civ.*, Torino, 1973, I, 888, e F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1989, 1.

² V. tuttavia, F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, 362, che invita a non confondere la capacità di contrattare e capacità di agire in giudizio: esse non sono affatto la stessa cosa; semplicemente, “l'una e l'altra sono normalmente regolate alla medesima stregua”. Nelle sue *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1926, l'Autore si esprime in senso ancora più critico rispetto alla tendenza della dottrina a mettere sullo stesso piano capacità contrattuale e capacità processuale, tendenza che non dà il dovuto rilievo alla “diversità della loro essenza” e che perciò rappresenta, secondo l'Autore, “uno dei più tenaci residui di quella confusione tra diritto e subiettivo materiale e diritto subiettivo processuale [...] contro cui non si reagisce tuttora con la dovuta energia”.

³ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 (4° Ed.), 588-589.

⁴ V. F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 1, che a proposito della capacità di esser parte afferma che essa, concettualmente, si risolve “senza residui nella capacità giuridica”; in generale l'Autore sostiene “l'assoluta equiparazione fra diritto sostanziale e diritto processuale in materia di capacità”.

fonda soltanto su un'elaborazione concettuale della scienza giuridica⁵, il legame fra le capacità "attive", sostanziale e processuale, trova un riferimento nel diritto positivo: l'art. 75 c.p.c. stabilisce (e lo stesso prevedeva l'art. 36 del Codice di rito del 1865) che ha la capacità processuale chi ha il libero esercizio dei diritti, rinviando alle leggi che regolano la capacità delle persone. La legge, invero, non dice esplicitamente quale sia l'oggetto del rinvio – qual è la capacità che costituisce il punto di riferimento per la capacità processuale – ma nessuno ha mai dubitato che si tratti della capacità di agire di cui all'art. 2 c.c. (e che si trattasse, nel vigore del codice civile del 1865, della "capacità di contrattare" di cui all'art. 1106⁶). In forza anche di questo addentellato di diritto positivo, l'insegnamento della dottrina classica, che si riferiva alla capacità in questione come alla "*capacità di compiere gli atti processuali in nome proprio*"⁷ e che la fondava sulle medesime "*qualità che sono richieste dalla legge per contrattare*"⁸ è giunto pressoché immutato ed incontrastato fino ai giorni nostri.

La stessa dottrina classica ha però evidenziato fin da subito che la simmetria fra sostanza e processo, per quanto riguarda la capacità, non è valida in maniera assoluta, e che, nonostante la correttezza, in linea generale, della proporzione "capacità di agire : negozio giuridico = capacità processuale : processo", esistono alcune aree di non sovrapposizione fra la prima e la seconda. Si è rilevato che questa non-coincidenza può essere per eccesso, quando alla mancanza di capacità sul piano sostanziale corrisponde un'eccezionale capacità nel processo⁹, oppure per difetto,

⁵ Peraltro criticata e rifiutata da autorevole dottrina: v. C. MANDRIOLI, *op. cit.*, 889, in senso critico sulla nozione "capacità di essere parte" e sul parallelismo con la capacità giuridica.

⁶ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1938, I, 361-362, il quale precisa tuttavia che il riferimento alla capacità di concludere contratti è frutto di una operazione interpretativa, perché è vero che la legge rinvia alla "capacità in genere", ma "la verità è che norme, le quali regolino la capacità in genere non esistono".

⁷ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 588-589.

⁸ F. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, 362, che riassume in questi termini il principio desumibile dall'art. 36 del c.p.c. del 1865.

⁹ G. CHIOVENDA *Principii*, cit., 592; F. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, 362, che parla di ipotesi "in cui chi sia incapace a esercitare il diritto abbia tuttavia il potere di farlo valere in giudizio, perché appunto questo potere è cosa ben diversa da quel diritto". Un esempio era costituito dalla norma contenuta nell'art. 112 del codice civile del 1865, ai sensi del quale l'interdetto, pur non potendo contrarre matrimonio, poteva agire in giudizio per chiedere di accertarne la nullità. V. anche F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 3, che però intende la capacità processuale "speciale" come la "eccezionale capacità a compiere singoli atti del processo" (un esempio è quello della parte incapace chiamata a rispondere all'interrogatorio libero).

quando alla generale capacità di agire del soggetto non corrisponde la capacità di agire in giudizio per far valere una determinata situazione giuridica.

E proprio con riferimento a quest'ultimo ordine di ipotesi – nelle quali un soggetto di per sé capace nella sfera negoziale, si vede privato del potere di azione – si è venuta a tratteggiare la distinzione fra capacità processuale e legittimazione processuale (*legitimatō ad processum*); la capacità come attitudine giuridica “generale”, riferita alle caratteristiche “*intrinseche e astratte della persona*”¹⁰, e la legittimazione come titolarità di un potere concreto, cioè del potere “*di proporre la domanda e, in genere, di compiere atti processuali*”¹¹; la capacità, come *qualità* della persona, in se stessa considerata, e la legittimazione come *posizione giuridica*, che si fonda su una relazione “*rispetto all'oggetto o rispetto all'altro soggetto*”¹².

Se in principio i due concetti venivano sovrapposti¹³, la tendenza predominante è stata quella di tenerli distinti e di evidenziarne, soprattutto, la diversa estensione soggettiva: la legittimazione (*ad processum*) presuppone la capacità, ma chi è genericamente “capace” di compiere atti di diritto sostanziale o processuale può non avere quel potere concreto rispetto al diritto da far valere che gli consente di azionarlo in giudizio¹⁴. Alla luce di questa ripartizione, nessuno ha più dubitato che l'art. 75 c.p.c., rubricato *capacità processuale*, in realtà, attraverso la formula del “libero esercizio di diritti fatti valere” si riferisca non ad un'attitudine astratta o ad una utilità personale, ma a quel un potere concreto che si è chiamato legittimazione; che, dunque, l'*incapacità di stare in giudizio* di cui parlano i commi 2° e 3° sia in realtà un concetto più ampio della sola incapacità di agire riferita al processo, perché

¹⁰ A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.* VI, Milano, 1960, 44, che traccia la distinzione fra capacità e legittimazione in termini amplissimi, che superano la dimensione del processo e del diritto negoziale, come distinzione di teoria generale del diritto.

¹¹ F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 2

¹² Sempre A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, cit., 1960, 44. Già F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., II, 135 ss. e 142-143 delinea la distinzione fra capacità (rispetto al compimento degli atti processuali) e legittimazione: la prima come *qualità* del soggetto e la seconda come *posizione* dello stesso rispetto ad altri soggetti. Occorre però dar conto del fatto che l'Autore accoglie una concezione molto ampia della nozione di legittimazione, per lo più rifiutata dalla dottrina successiva: egli sostiene “la unitarietà fondamentale della nozione di legittimazione”, e cioè la totale sovrapposizione fra *legitimatō ad processum* e *legitimatō ad causam*.

¹³ Non opera alcuna distinzione fra i due concetti, anzi li utilizza come sinonimi, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 588; allo stesso modo S. SATTA, *op. cit.*, 131; E. REDENTI, *Atti processuali civili*, in *Enc. Dir.* IV, Milano 1959, 110 ss.; S. COSTA, *Legittimazione processuale*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino 1963, 732.

¹⁴ V. A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, cit., 44-45, il quale, tuttavia, giustamente nega che fra la capacità e la legittimazione vi sia un rapporto *genus-species*, e afferma che semplicemente le due nozioni operano su piani diversi.

comprensivo non solo di tutti i casi di incapacità di agire, ma anche di “*ipotesi in cui la limitazione dell’esercizio dei diritti è dovuta a cause diverse*”¹⁵ (e cioè alla mancanza del potere di disposizione sul diritto controverso). Si è venuta così scandendo la distinzione fra persone che “non possono” stare in giudizio in quanto incapaci, e persone prive di tale potere perché, in concreto, non hanno la libera disponibilità dei diritti che intendono far valere¹⁶. L’acquisita autonomia del concetto di legittimazione rispetto a quello di capacità ha inoltre permesso di dare una veste formale allo stare in giudizio delle persone giuridiche: mentre la capacità, che si fonda su qualità personali e su una “*attitudine psico-fisica*” si presta ad essere riferita soltanto alle persone fisiche¹⁷, è la legittimazione, come potere concreto, la “*dimensione naturale*” entro cui collocare il modo in cui gli enti stanno in giudizio¹⁸.

In sintesi, operando distinzioni e confronti, servendosi del legame con la capacità di agire ma sganciandosi da uno stretto parallelismo con le strutture del diritto materiale, la dottrina italiana ha fornito dei contorni abbastanza definiti alla nozione di capacità processuale.

¹⁵ F. TOMMASEO, voce *Rappresentanza processuale, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma 1990, 2.

¹⁶ Casi tipici sono quelli del fallito, che difetta della legittimazione processuale rispetto ai rapporti patrimoniali ricompresi nel fallimento (si parla perciò di legittimazione “relativa” o “parziale”: v. F. CARNELUTTI, *Sistema*, I, 364, che menziona il caso del fallito come un’ipotesi che fuoriesce dalla “*enumerazione dell’art. 1106*”, in cui “l’impedimento [ad agire in giudizio, ndr.] si verifica rispetto a determinati interessi anziché rispetto alla totalità degli interessi di una persona”), dell’inabilitato e del minore emancipato per le azioni derivanti da atti di ordinaria amministrazione (pur essendo capace di agire rispetto a tali atti, egli deve stare in giudizio sempre assistito dal curatore: v. per tutti F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 2). Sul difetto di legittimazione processuale dell’inabilitato v. anche le interessanti Cass, 25 febbraio 2009, n. 4580 (“l’art. 394 c.p.c., comma 2, richiamato dall’art. 424 c.c., stabilisce che l’inabilitato può stare in giudizio con l’assistenza del curatore, senza distinguere a seconda della natura dell’attività che egli intenda svolgere”) e, da ultimo, Cass. S.U. 19.4.2010 n.9217 (“è ormai sostanzialmente indiscusso che, con specifico riferimento alla posizione processuale dell’inabilitato, non siano riproponibili le distinzioni che sul piano del diritto sostanziale opera l’art. 427 c.c., tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione”).

¹⁷ Cfr., sul problema generale della riferibilità della capacità (di agire) alle persone giuridiche, A. FALZEA, voce *Capacità*, cit., 31 ss.. S. SATTA, *Capacità processuale*, cit., 132, secondo cui “l’idea della capacità o incapacità [processuale, ndr.] riferita alla persona giuridica è addirittura priva di senso” (e v. nello stesso senso anche S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1981, 124), mentre per F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 2, “la nozione di capacità processuale riferita alle persone giuridiche e agli enti è priva di autonomia scientifica e di reale rilevanza pratica”.

¹⁸ Cfr. F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 2, e S. SATTA, *Capacità processuale*, cit., 132, entrambi critici rispetto al fatto che nella medesima disposizione, rubricata capacità processuale, il legislatore ha fatto riferimento a istituti del tutto eterogenei: la rappresentanza legale e l’assistenza delle persone fisiche incapaci e la rappresentanza organica degli enti.

3. *Profilo soggettivo. Il confine fra capacità e incapacità tratteggiato dal legislatore quale linea d'arresto delle indagini della dottrina*

Se ci si sposta sul versante “soggettivo”, relativo all’interrogativo “chi sono i soggetti capaci e incapaci” e ai problemi che una certa dimensione soggettiva della capacità (e dell’incapacità) può porre, il terreno si presenta assai meno arato; il tema non sembra aver suscitato l’interesse della dottrina processualcivile.

L’affermazione va chiarita e motivata. Invero, tutti gli autori che si sono occupati in maniera più o meno approfondita della capacità processuale, hanno “preso in mano” – con cenni o con analisi di dettaglio – anche l’aspetto soggettivo, individuando e classificando le persone capaci e soprattutto – vista la rilevanza “in negativo” della capacità, che viene in gioco solo quando manca – quelle incapaci¹⁹. Così si è sempre parlato di un’incapacità assoluta, che riguarda il minore e l’interdetto, e di un’incapacità relativa, che è quella dell’inabilitato e dell’emancipato; si è parlato altresì delle zone di non sovrapposizione fra la capacità di agire e capacità processuale, che riguardano diverse delle categorie menzionate e che mostrano come il ritagliarsi di quest’ultima attorno ai contorni della prima non sia altro che una tendenza generale che conosce diverse eccezioni²⁰; sono stati descritti, inoltre, quei casi di “incapacità di stare in giudizio” che non derivano da un difetto di capacità nel senso suo proprio, ma dal difetto della sopra menzionata

¹⁹ Ed invero, tutti gli autori che fanno cenno alla capacità processuale accennano al profilo del “chi sono i soggetti incapaci”, talvolta anche soltanto elencandoli. Solo a titolo esemplificativo si veda G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 592 ss.; F. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, 362 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 31 ss.; E. T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., 31-32; S. SATTI, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., 122 ss.; F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit.; S. COSTA, *Legittimazione processuale*, cit., 732 ss.

²⁰ Si tratta, anzitutto, delle ipotesi in cui a una limitata capacità sul piano sostanziale non corrisponde la capacità processuale: è il caso già menzionato del minore emancipato e dell’inabilitato, i quali, ai sensi dell’art. 394 comma 2 c.c., stanno sempre in giudizio con l’assistenza del curatore, a prescindere dalla distinzione fra atti/azioni di ordinaria o straordinaria amministrazione. Ma l’ordinamento conosce o ha conosciuto anche casi opposti, di una speciale capacità processuale a fronte dell’incapacità sul piano sostanziale: il codice del 1865 prevedeva la possibilità per l’interdetto di agire in giudizio per chiedere l’accertamento della nullità del matrimonio (mentre oggi l’art. 119 c.c. prevede una legittimazione esclusiva del tutore, e l’interdetto è legittimato soltanto dopo la revoca dell’interdizione); si pensi all’interdetto, sempre capace di stare in giudizio nel procedimento di interdizione, anche laddove gli sia stato nominato un rappresentante provvisorio; per le altre ipotesi, previste dal Codice del 1865 e poi abrogate, cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema*, I, cit., 362.

legittimazione *ad processum*²¹; si è trattato ampiamente il tema degli strumenti che consentono di far fronte alle singole situazioni di incapacità, vale a dire la rappresentanza e l'assistenza processuale degli incapaci²². Sotto questi aspetti, insomma, gli interpreti hanno effettuato una puntuale ricognizione del diritto positivo.

Si fatica però a rinvenire riflessioni che vadano oltre la spiegazione e l'inquadramento del dato legislativo. L'impressione è che, per la dottrina processualistica, il profilo soggettivo della capacità processuale non sia interessante; che non sollevi questioni degne di approfondimento teorico o di riflessione, e che dunque sia sufficiente limitarsi a fotografare le ripartizioni e le suddivisioni effettuate dal legislatore.

Ora, può darsi che il profilo accennato non investa questioni fondanti di teoria generale del processo, ed è perciò comprensibile che le attenzioni degli studiosi si rivolgano verso altri lati del poligono-capacità; può darsi anche che altre branche del diritto (il diritto civile, o – per le ragioni che si vedranno – il diritto costituzionale) siano più direttamente toccate dai problemi che tale profilo pone che non il diritto processuale. Ma solo osservando il tema più da vicino si può notare come esso apra questioni di notevole rilievo anche per il processo, e spunti di riflessione per chi lo studia.

A me sembra che i problemi che l'aspetto soggettivo della capacità processuale solleva e le riflessioni che su di essi si possono fare siano di due ordini: da un lato, problemi “di nicchia”, cioè molto minuti e di dettaglio, che tuttavia appaiono rilevanti sia da un punto di vista pratico, sia sul piano teorico, perché toccano temi processuali importanti; dall'altro lato, una riflessione più generale, che riguarda il significato dell'intera categoria “incapaci processuali” e le sue ripartizioni interne, e che esula dalla stretta interpretazione del diritto positivo.

I problemi “di nicchia” che a me sembrano, oggi, più attuali, riguardano in particolare una delle sotto-categorie di incapaci processuali, la più “nuova”: quella

²¹ Si fa solitamente riferimento al caso del fallito, dello scomparso, ma anche degli stessi inabilitato e minore emancipato per quanto riguarda gli atti di ordinaria amministrazione e i giudizi ad essi relativi: cfr. F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 2 ss.

²² Per una sintesi e per riferimenti bibliografici v. F. TOMMASEO, voce *Rappresentanza processuale*, cit., 2 ss. (a proposito della rappresentanza processuale degli incapaci, dell'assistenza e dell'autorizzazione).

dei beneficiari di amministrazione di sostegno. Come noto, la “morfologia” che la capacità di agire di tali soggetti assume è estremamente variabile: essi – di principio e in linea generale – sono soggetti capaci di agire, ma la loro capacità può subire delle restrizioni nel momento in cui il decreto del giudice tutelare stabilisca che, per determinati atti, essi devono essere sostituiti dall’amministratore, in veste di rappresentante, ovvero “affiancati” dallo stesso, in veste di assistente. Dal punto di vista della capacità processuale, le considerazioni che si possono fare sono almeno due:

a) in linea generale, la capacità processuale del beneficiario di amministrazione di sostegno pare essere “normalmente” collegata alla (e dipendente dalla) sua capacità negoziale²³; non sembra escluso, tuttavia, che piano sostanziale e piano processuale non combacino affatto: si afferma, infatti, che, fra le attività che l’amministratore può esser chiamato a compiere in sostituzione del beneficiario o in veste di suo assistente, vi può essere anche “l’agire in giudizio”²⁴. In quest’ultimo caso, la capacità di concludere determinati negozi giuridici e la capacità di agire o essere convenuti nei giudizi relativi a tali negozi possono non coincidere, e il legame fra diritto processuale e diritto sostanziale in punto di capacità – finora non privo di eccezioni, ma quanto meno tendenziale – appare definitivamente spezzato. Ciò pone l’interprete di fronte a una situazione nuova e peculiare, che necessita di essere approfondita sia per le implicazioni di carattere teorico sia per le difficoltà pratiche che può porre.

b) un’altra considerazione riguarda i casi di c.d. rappresentanza “aggiuntiva” o “non sostitutiva”, cioè i casi in cui, in base alle previsioni del decreto del giudice tutelare, il beneficiario conserva la propria capacità (di agire e processuale) ma al contempo l’amministratore detiene una sorta di “legittimazione concorrente” – che

²³ Cfr. ad es. G. BONILINI, *Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell’amministrazione di sostegno*, (in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da D. Busnelli), Milano, 2008: “Si osserva, infine, quanto alle limitazioni della capacità processuale, previste dall’art. 75 cod. proc. civ., che opereranno soltanto in ordine agli atti riguardo ai quali sia stabilita, dal giudice tutelare, la necessità di rappresentanza, o di assistenza, da parte dell’amministratore di sostegno”. Nello stesso senso G. CAMPESE, *L’istituzione dell’amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. dir.*, 2004, 129 nt. 16.

²⁴ Così P. CENDON, R. ROSSI, *I compiti dell’amministratore di sostegno*, 2 novembre 2008, g. 6, in *www.personaedanno.it*, ove si legge che anche semplicemente i “poteri di rappresentanza per il compimento di atti inerenti i giudizi civili o penali di cui il beneficiario sia parte” rientrano tra quelli affidabili all’amministratore di sostegno. Cfr., in tal senso, anche G. t. Modena, decr. 4 ottobre 2007.

non esclude appunto quella del beneficiario – ad agire (compiendo atti sostanziali, oppure in giudizio) in nome di questi²⁵. Questo modello rappresentativo “aggiuntivo”, tipico della rappresentanza volontaria, prima dell’ingresso dell’amministrazione di sostegno fra le misure di protezione dei soggetti deboli era sconosciuto al nostro ordinamento nei casi di rappresentanza *ex lege*. Come esso possa operare e quali problemi possa sollevare nell’ambito del processo – dove due soggetti, entrambi capaci, possono autonomamente agire in giudizio per far valere un medesimo diritto (uno in nome proprio, l’altro in nome altrui) – sono interrogativi tuttora aperti.

Il problema di carattere più generale collegato al profilo soggettivo, cui in precedenza si è fatto riferimento, riguarda invece la forma e l’estensione che assume la categoria “incapacità processuale” e, di riflesso, il suo significato e il suo scopo. Se si analizzano le tipologie di incapaci nel nostro ordinamento, si giunge alla conclusione che l’incapacità ha soltanto due fonti: o deriva direttamente dalla legge –

²⁵ L’ipotesi non è, in realtà, espressamente prevista dall’art. 405 comma 5 n. 4) c.c., che parla genericamente di rappresentanza, senza specificare se si tratti di rappresentanza “pura e semplice” oppure sostitutiva-esclusiva (e in verità, ad una veloce lettura l’interprete è senza dubbio portato a pensare alla seconda ipotesi, se non altro perché nel nr. 3 si parla di assistenza e dunque per l’assonanza con l’assistenza dell’inabilitato e la rappresentanza sostitutiva dell’interdetto). La possibilità di una rappresentanza non esclusiva, che lascia integra la capacità del beneficiario, emerge però implicitamente dall’art. 409 comma 1 c.c., (“Il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l’assistenza necessaria dell’amministratore di sostegno”): il riferimento ad una rappresentanza *esclusiva* porta infatti a ritenere che sia ammessa una rappresentanza non esclusiva ma “aggiuntiva”, che lascia intatta la parallela capacità del rappresentato di compiere i medesimi atti. Caldeggiano il modello dell’amministrazione non-incapacitante, con l’amministratore nel ruolo di rappresentante aggiuntivo e non sostitutivo: P. CENDON, R. ROSSI, *Diritti poteri e doveri del beneficiario di A.d.S.*, 12 novembre 2008, h.1-h.2, in www.personaedanno.it; P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli: l’amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in G. FERRANDO (a cura di), *L’amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, 64; R. MASONI, *sub Art. 405*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano 2009, 624; M. BIANCA, *L’autonomia privata: strumenti di esplicazione e limiti*, in S. PATTI (a cura di), *Quaderni Famiglia*, Milano, I, 2002, 117-124 (spec. 120); più cauto G. BONILINI, *Capacità del beneficiario e compiti dell’amministratore di sostegno*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L’amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, 226, che ritiene il modello ammissibile nel caso in cui il beneficiario abbia “mere difficoltà di tipo fisico” che non incidono sulla capacità intellettuale e volitiva. Voci autorevoli della dottrina si sono invece levate contro l’ammissibilità di questo modello: così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, il quale sospetta addirittura di incostituzionalità l’art. 404 per violazione degli artt. 2 e 3 Cost., perché “il soggetto può infatti ricorrere alla rappresentanza volontaria”; su un altro piano si muovono le critiche di F. TOMMASEO, *Introduzione al capo I, Titolo XII, Libro I del Codice Civile*, in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al Codice Civile*, Padova 2007, 479, il quale ritiene che il fondamento normativo su cui il modello della rappresentanza aggiuntiva si basa (l’uso dell’aggettivo “esclusiva” nell’art. 409 comma 1°) “si rivela un appiglio troppo debole per desumerne il riconoscimento normativo di una figura [...] caratterizzata in modo profondamente diverso da quella – l’amministrazione che comporta una parziale privazione o limitazione della capacità – a cui la disciplina legale va senza dubbio direttamente riferita”.

ed è il caso dei minori –, oppure consegue ad un provvedimento di un apposito giudice (cui è sempre la legge a conferire il potere di intervenire sulla capacità), che costituisce l'esito di un procedimento a ciò preordinato – è il caso degli interdetti, degli inabilitati e dei beneficiari di amministrazione di sostegno. Non sembra invece esservi spazio per situazioni di incapacità processuale “di fatto”, intesa come incapacità da stabilirsi caso per caso da parte del giudice del processo in corso²⁶. Questo dato può apparire scontato e naturale, ma in realtà non lo è per nulla, perché un semplice confronto con quanto succede in altri ordinamenti mostra come, alla sua base, non vi sia alcuna motivazione “ontologica”, ma soltanto una scelta del legislatore: in Germania, infatti, altre scelte hanno portato a rendere l'incapacità “di fatto”, da accertare caso per caso, assolutamente rilevante per il processo (anche su questo punto si tornerà più nello specifico in seguito). Tali considerazioni costituiscono, a mio avviso, un'importante occasione per riflettere sulla stessa categoria “incapacità processuale” e sui valori e gli interessi che essa mira a tutelare; occasione che tuttavia non sembra esser stata colta dalla dottrina, la quale – se non in rarissimi casi²⁷ – ha ignorato il tema.

Si può facilmente obiettare che la morfologia della capacità processuale è strettamente legata, anzi condizionata, dai contorni che assume la capacità di agire, sul piano sostanziale, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 75 c.p.c., e che dunque il tema dei confini soggettivi della capacità e dell'incapacità interessa più i civilisti che non chi studia il processo. A ben vedere, però, invocare il legame di specularità del diritto processuale rispetto al diritto sostanziale, riguardo al profilo soggettivo della capacità, non appiana i problemi ma all'opposto solleva ulteriori quesiti: l'incapacità “di fatto”, da accertarsi caso per caso da parte del giudice, è una categoria conosciuta al diritto civile, dove è chiamata incapacità naturale o incapacità di intendere o di volere, ha una disciplina di diritto positivo e conseguenze notevoli nella sfera

²⁶ Sul punto si tornerà nel cap. II sez. A) par. 4.

²⁷ Gli autori che hanno preso coscienza del problema e vi hanno dedicato qualche pagina sono G. COSTANTINO, *Il giubileo del medico dei pazzi: l'incapace naturale nel processo civile*, in *Foro it.*, 1993, I, 1044 ss.; E. VULLO, *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giur. it.* 1998, III, p. 1846; E. DALMOTTO, nota a Corte cost., sent. 2 novembre 1992, n. 468, in *Giur. it.*, 1994, I, 20 ss. Qualche cenno al problema è fatto anche da V. MAURINI, *L'incapacità naturale*, Padova, 2002, 189. F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 3, si limita a constatare che la capacità processuale si riferisce, “nel disegno legislativo, a una situazione giuridica e non a una condizione psicofisica. Ne deriva che l'incapacità naturale d'intendere o di volere è, secondo un orientamento del tutto pacifico, senza influenza sulla capacità di stare in giudizio”.

negoziale; se dunque si invoca il plasmarsi della categoria “capacità nel processo” sulla categoria “capacità nel diritto sostanziale”, allora è legittimo chiedersi perché qui e non lì l’incapacità di fatto sia irrilevante e perché non esista un omologo dell’art. 428 c.c. nell’ordinamento processuale.

Si potrebbe anche obiettare che tutto ciò rientra nella discrezionalità del legislatore, che si tratta di scelte compiute nell’ambito di tale discrezionalità, e che non spetta alla scienza giuridica sindacarle. Ma ciò non esime l’interprete dall’interrogarsi anche su queste scelte e sui valori che le hanno ispirate, dal chiedersi se il legislatore sia del tutto libero di determinare chi è capace e chi non lo è, dall’interrogarsi, in definitiva, sullo scopo della capacità e dell’incapacità processuale da un punto di vista degli interessi e dei principi fondamentali che vengono in gioco. Invece, a parte qualche sporadica presa di posizione della giurisprudenza²⁸ – anche costituzionale²⁹ – sul punto, e qualche cenno della dottrina³⁰, il tema aperto da tali quesiti (e tutti quelli ad esso connessi) appare un terreno vergine.

Avrebbe in parte ragione chi replicasse che si tratta di profili che sconfinano nel diritto costituzionale, e che quindi – ancora una volta – non spetta al processualista occuparsene in prima battuta; eppure stupisce che su questi temi, che in Germania hanno suscitato l’interesse specialmente di autorevoli studiosi del diritto processuale, da noi il dibattito sia pressoché assente.

4. *Profilo statico. L’attenzione rivolta alla capacità come condizione di decidibilità della causa nel merito*

Oggetto di una certa attenzione da parte degli interpreti è stato il terzo profilo menzionato, vale a dire quello “statico-classificatorio”, volto ad individuare il ruolo che la capacità svolge all’interno del processo. Tale attenzione, tuttavia, non è stata

²⁸ V. Cass., sent. 4 giugno 1975, n. 2227, in *Foro it.*, 1976, I, 98 ss. Interessanti anche alcune pronunce dei giudici di merito sul punto: v. Trib. Torino, 22 ottobre 1997 (decr.), e Trib. Cuneo, 28 novembre 1997 (decr.), entrambe in *Giur. it.*, 1998, III, 1846 ss.

²⁹ Corte cost., ord. 19 gennaio 1988 n. 41, in *Giur. Cost.*, 1988, 109 ss.; Corte cost., sent. 2 novembre 1992, n. 468, in *Foro it.*, 1993, I, 1043 ss.

³⁰ V. di nuovo E. DALMOTTO, nella nota a Corte cost., sent. 2 novembre 1992, cit., 20 ss., e G. COSTANTINO, *Il giubileo del medico dei pazzi: l’incapace naturale nel processo civile*, cit., 1044 ss.

rivolta verso la capacità processuale in sé considerata, per il suo *proprium* di capacità di agire riferita al processo, bensì come *species* di un *genus*: quello delle condizioni di decidibilità nel merito o presupposti processuali.

Secondo il pensiero assolutamente dominante, infatti, la capacità costituisce un presupposto processuale, e come tale essa viene in gioco nel processo.

Questa collocazione, che oggi può apparire indubbia e scontata, e non sembra sollevare particolari problemi, si fonda in realtà su una teorizzazione ben precisa, che, formulata dalla dottrina tedesca più di un secolo fa³¹, ha avuto grandissima fortuna e consensi, anche nel nostro paese, ma che – accanto alle adesioni – ha ricevuto anche critiche, suscitando dibattiti e contrasti: la dottrina del rapporto giuridico processuale, di cui la nozione di “presupposti processuali” costituisce un corollario (e infatti la locuzione non è altro che una formula ellittica che sta per “presupposti del rapporto giuridico processuale”).

Occorre dunque tener presente che sia la collocazione della capacità fra i presupposti, oggi apparentemente ovvia e naturale, sia il contorno via via assunto dalla categoria dei presupposti processuali, sono strettamente dipendenti da uno dei concetti in assoluto più dibattuti della teoria generale del processo; e di tale dipendenza essi hanno sempre risentito. Così come un importante condizionamento essi hanno subito, oltre che dalla teorica del rapporto processuale, e dal successivo dibattito sull’oggetto del giudizio³², anche dall’accezione in cui il diritto d’azione è stato inteso.

Così l’orientamento facente capo a Chiovenda collocava la capacità processuale fra i presupposti processuali, intesi come condizioni in difetto delle quali “*non nasce l’obbligo del giudice di provvedere nel merito*”. Questa classificazione si fondava su una certa teorica del rapporto processuale, che veniva sì definito

³¹ Dottrina che, notoriamente, ha preso le mosse dalle riflessioni di O. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868, e successivamente di J. KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888. Bülow suddivideva l’intero meccanismo processuale in due fasi: il *Vorverfahren*, procedimento preliminare volto ad accertare l’ammissibilità della domanda, e nel quale la sussistenza dei presupposti processuali costituiva l’oggetto della cognizione, e il *Hauptverfahren*, cioè il processo *tout court*, in cui veniva in essere il rapporto processuale e in cui il giudice era chiamato a decidere sulla domanda.

³² Per una ricostruzione completa, analitica e approfondita del dibattito sull’oggetto del giudizio negli ordinamenti italiano e tedesco, a partire dall’elaborazione della teorica del rapporto giuridico processuale, fino alle originali concezioni di Rimmelpacher, v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985, I, 104 ss.

unitario³³, ma al quale, di fatto, era assegnata una struttura bipartita³⁴: da una parte, un “rapporto processuale più ristretto” che “non richiede come presupposto che l’esistenza di un organo giurisdizionale” e di una domanda, e dall’altra un rapporto più esteso, che potremmo chiamare “di merito”³⁵, che determina “l’obbligo del giudice di provvedere sulle domande” e che richiede la presenza di alcune condizioni – appunto i presupposti processuali³⁶. Ma tale collocazione è anche frutto di una precisa posizione di tale dottrina rispetto al concetto di azione: l’azione come diritto dell’attore che ha ragione e la contrapposizione fra presupposti processuali e condizioni dell’azione, i primi regolati dalle norme processuali e condizioni per l’esame nel merito (fra cui è fatta rientrare, appunto, anche la capacità), i secondi regolati dalle norme sostanziali e condizioni per l’accoglimento della domanda³⁷.

Altra parte della letteratura processualcivile, invece, che sostanzialmente rifiutava la nozione di rapporto giuridico processuale³⁸ e intendeva l’azione come “diritto soggettivo pubblico” spettante a “qualsiasi cittadino” che semplicemente “assume di essere parte”³⁹, respingeva anche la concezione tradizionale dei presupposti processuali come contrapposti alle condizioni dell’azione⁴⁰, e inquadrava la capacità processuale nella categoria dei “requisiti soggettivi della azione”⁴¹.

Altri inquadramenti della capacità si sono poi affacciati nel panorama dottrinale: si è parlato ad esempio della capacità processuale come di una condizione di procedibilità della domanda, la cui assenza determina nullità del giudizio⁴², o

³³ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., I, 53, dove si parla di un “principio di unità del rapporto processuale”.

³⁴ L’affermata unitarietà del rapporto, da una parte, e il riferimento ad un rapporto più ristretto in contrapposizione ad uno “più esteso” (di merito), dall’altra, mostrano come la posizione di Chiovenda nel dibattito sul rapporto processuale e sull’oggetto del giudizio non sia in realtà limpida: v. in questo senso C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale delle domande*, cit., 169 nt. 101, che ricostruisce analiticamente e dettagliatamente il pensiero di Chiovenda in proposito.

³⁵ L’Autore non parla espressamente di rapporto *di merito*, ma evidentemente è questo il senso attribuito al rapporto che egli contrappone a quello definito “più ristretto”: v., sul punto, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 179, nt. 101 (spec. p. 180).

³⁶ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, I, 50-51.

³⁷ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit. 56-59. Un’efficace sintesi del pensiero di Chiovenda sul punto è quella di C. MANDRIOLI, voce *Presupposti processuali*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 788.

³⁸ Per una sintetica ricostruzione del pensiero di Carnelutti sulla teoria del rapporto processuale e dei suoi presupposti, v. C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., 789.

³⁹ F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1951, 206-207.

⁴⁰ F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926, II, 390-391.

⁴¹ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., I, 361.

⁴² S. SATTA, *Capacità processuale (Diritto processuale civile)*, cit., 133.

come di un requisito per la valida instaurazione del processo⁴³. Anche queste nozioni fanno capo ad una precisa posizione nell'ambito della teoria del rapporto processuale, fondata sulla distinzione fra presupposti “*minimi*”⁴⁴ che condizionano l'esistenza del rapporto, e, presupposti “di grado più avanzato” – dei quali anche la capacità fa parte – che condizionano la sua validità e la prosecuzione del processo (perciò si parla di procedibilità) fino alla decisione nel merito⁴⁵.

Le divergenze di impostazione e le eventuali differenze terminologiche non impediscono però di individuare nel panorama dottrinale attuale un minimo comune denominatore circa il ruolo e la funzione che è chiamata a svolgere la capacità nel processo: vi è un sostanziale accordo sul fatto che essa è un requisito che deve sussistere prima della proposizione della domanda⁴⁶, che condiziona il sorgere del dovere (e della possibilità) per il giudice di esaminare e decidere sulle domande azionate, e il cui difetto impone, in assenza di sanatoria, la chiusura in rito del processo⁴⁷.

5. *Profilo dinamico, ovvero come la capacità (l'incapacità) condiziona la vita del processo. Sintesi di un dibattito “rarefatto”*

Con la locuzione “profilo dinamico” si è voluto ricomprendere tutto quell'insieme di questioni e di interrogativi che mettono in relazione la capacità processuale con il concreto svolgersi del processo, atto dopo atto.

Si è visto, infatti, che la capacità è generalmente classificata fra i presupposti processuali; ma questo inquadramento non esaurisce la gamma delle possibili funzioni che la capacità svolge, soprattutto se si guarda al processo come al concatenarsi di singoli atti: così la capacità non condiziona soltanto la possibilità per il giudice di esaminare il merito della domanda, ma influenza in prima battuta la domanda stessa e l'atto introduttivo in cui essa è contenuta; essa influisce poi sulla

⁴³ F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 3-4.

⁴⁴ MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., 787.

⁴⁵ V. ad es. E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1953, n. 90, 326, che separava i presupposti del rapporto processuale “generico” e i presupposti del rapporto “di merito”.

⁴⁶ Il “fattore tempo” (cioè il momento in cui i presupposti devono sussistere) è ben evidenziato da C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., 787.

⁴⁷ Per una efficace sintesi ricostruttiva v. sempre C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., 785 ss.

costituzione in giudizio della parte e su tutti gli atti che si susseguono nel processo. Per la precisione, non è tanto la capacità, in positivo, a venire in gioco in quest'ambito, quanto piuttosto il suo difetto (il difetto di capacità o di legittimazione processuale): è infatti solo nel momento in cui manca, o nel momento in cui si dubita della sua possibile mancanza, che la capacità processuale fa “parlare di sé” e produce effetti di rilievo, che meritano attenzione e sollecitano il dibattito.

A questo profilo – che è certamente il più vasto fra quelli menzionati finora, perché riguarda tutti gli effetti dell’(in)capacità nel corso del procedimento – la dottrina italiana si è rivolta esaminando il frangente iniziale dell'*iter* processuale: il momento di proposizione della domanda.

In linea generale, la dottrina classica era solita distinguere due cause di nullità del rapporto processuale: la nullità della domanda, da una parte, e il “*difetto di un presupposto*”, dall'altra⁴⁸. Se nel caso del difetto di un presupposto il giudice “*in base a una domanda valida, [...] ha almeno l'obbligo di dichiararsi incompetente o incompetente ecc.*” nel caso di nullità della domanda “*non può nemmeno esaminare se esistano i presupposti processuali, ma dovrà solo dichiarare la nullità*”. È stato così stabilito un rapporto di priorità logica fra l'una e l'altra: l'accertamento della nullità della domanda impone di pronunciare sulla stessa e impedisce di procedere oltre a verificare (la presenza dei presupposti e dunque) la sua ammissibilità⁴⁹.

È evidente, tuttavia, che il difetto della capacità processuale rappresenta un caso assai peculiare di “difetto di presupposti”: diversamente da altri presupposti processuali (si pensi alla litispendenza, alla giurisdizione, alla presenza di un precedente giudicato) che condizionano soltanto la possibilità per il giudice di decidere il merito della controversia, e dunque vengono in rilievo soltanto nel determinare con quale tipo di pronuncia il processo debba chiudersi (se di rito o di merito), la capacità – investendo direttamente l'elemento soggettivo della domanda, cioè le parti – diviene rilevante anche per la stessa domanda giudiziale e per la validità dell'atto introduttivo che la contiene.

Lo stesso Chiovenda non dubitava del fatto che la citazione proposta da o contro l'incapace fosse invalida: andando oltre la stretta esegesi del diritto positivo –

⁴⁸ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, 288-289.

⁴⁹ G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., II, 288-289 che afferma: “[...] perciò la questione sulla nullità della domanda è prioritaria a ogni altra”.

che richiedeva l'indicazione, in atto di citazione, delle persone che debbono stare in giudizio per l'incapace convenuto, ma nulla prescriveva per il caso dell'incapace attore⁵⁰ – affermava che sia la citazione effettuata dall'incapace-attore, anziché dal suo rappresentante, sia la citazione proposta nei confronti dell'incapace, anziché nei confronti del rappresentante, “*porterebbe in sé l'affermazione della propria nullità*”⁵¹.

Dunque, il difetto del presupposto capacità processuale non determina solo ciò che Chiovenda chiamava “nullità del rapporto” (e che in pratica, significava l'impossibilità di esaminare il merito della causa, la necessaria chiusura in rito del processo) ma, laddove “si riversi” nell'atto di citazione, fa sì che anche questo sia nullo. Il “difetto di un presupposto” e la nullità della domanda sono due corollari di un medesimo vizio: il vizio che riguarda la capacità di una delle parti.

Il fatto che la citazione proposta da o contro un incapace sia nulla non è mai stato messo in dubbio. Si sono formati, tuttavia, due ordini di pensiero circa il tipo di nullità di cui essa sarebbe affetta.

L'orientamento prevalente, sulla base della considerazione che nella citazione proposta da o contro l'incapace, senza l'indicazione del rappresentante legale, risulterebbe mancante uno degli elementi richiesti dal modello normativo (l'indicazione del rappresentante legale), ha sostenuto e sostiene che si tratti di una nullità formale, dovuta ad un difetto di forma dell'atto introduttivo; ad essa si applicherebbe, pertanto, la disciplina sulle nullità per inosservanza di forme ai sensi dell'art. 156 c.p.c.; in base al principio di estensione delle nullità, sancito dall'art. 159 c.p.c., essa si propagherebbe a tutti gli atti successivi del procedimento, provocando la nullità dell'intero processo⁵².

⁵⁰ Cfr. artt. 136, 137 e 138 del c.p.c. del 1865.

⁵¹ G. CHIOVENDA *Principii*, cit., 635.

⁵² F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 4; nello stesso senso A. CERINO CANOVA, *sub* art. 163 (*Dell'introduzione della causa*), in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del cod. di proc. civ.*, II, Torino, 1980, 254 nt. 82; A. CERINO CANOVA, G. BALENA, voce *Citazione*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 3; dello stesso avviso anche C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. “non formali” degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320 ss., spec. 332, ove afferma che pure un vizio in origine “non formale” (fra cui anche, nello specifico, il vizio di “capacità delle parti”), “si traduce, nel momento in cui si inserisce nella serie degli atti del processo, nella disformità ad un determinato parametro formale”. L'orientamento in parola sembra rifarsi all'insegnamento di G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 635 (“una citazione che si affermasse richiesta a es. da un interdetto, e non dal rappresentante, porterebbe *in sé* [corsivo mio, ndr.] l'affermazione della propria nullità”).

Un secondo orientamento ha invece ritenuto che l'atto introduttivo proposto da o contro un incapace, senza l'indicazione della persona che lo rappresenta o lo assiste, sia bensì affetto da nullità, ma da una nullità diversa da quelle ricomprese nel capo III, titolo VI, libro I del codice di rito: essa apparterebbe alla categoria delle nullità c.d. extraformali, per le quali l'invalidità dell'atto processuale non è la conseguenza dell'inosservanza di precise forme previste dalla legge, ma discende dal difetto di presupposti. In particolare, il difetto della capacità o della legittimazione rientrerebbe fra i vizi extraformali della citazione “*che incidono sulla regolarità dello “stare in giudizio”*”⁵³ e ad esso conseguirebbe semplicemente l'inammissibilità della domanda (*id est*, l'esclusione della possibilità per il giudice di conoscere “*di ulteriori questioni processuali o di merito*”)⁵⁴.

Ebbene, a prescindere dal dibattito sulla validità della nozione di nullità extraformale⁵⁵, a me pare che rifarsi al dato normativo possa essere utile per orientarsi in questo complesso tema.

Per il chiaro dettato dell'art. 163 comma 3° n. 2) c.p.c., fra gli elementi che l'atto di citazione “*deve contenere*” sono elencate le informazioni relative all'attore e al convenuto e quelle relative alle “*persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono*”; l'art. 164 comma 1° c.p.c., poi, espressamente sanziona l'omissione di uno di tali requisiti (e dunque anche l'indicazione del rappresentante o dell'assistente della parte incapace) con la nullità della citazione. Il nostro codice di rito è dunque

⁵³L'espressione fra virgolette è di V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1968, 471; nello stesso senso E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, II, 314 ss. (spec. 321, con particolare riguardo alla nullità per difetto di rappresentanza legale) Fra i sostenitori dell'autonomia concettuale delle nullità c.d. extra formali, v. anche F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., n. 361, 337, (che tuttavia finisce per omologare la disciplina delle nullità extraformali a quella delle nullità extraformali, dal momento che alle seconde si applicherebbe in via analogica la disciplina dettata per le prime). Fortemente critico sulla distinzione fra nullità formali ed extraformali, e sulla utilità di quest'ultima categoria, è invece C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. “non formali” degli atti processuali*, cit., 320 ss.

⁵⁴ Il pensiero riportato è essenzialmente quello di V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, cit., 471. Altri sostenitori della contrapposizione nullità formali-nullità extraformali hanno sostenuto invece che anche alle nullità extraformali debbano applicarsi analogicamente le norme e i principi contenuto nel codice di rito e validi per la nullità formale: così, come già accennato, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., n. 361, 337, e in termini anche E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1952, I, 238.

⁵⁵ Su cui v. ampiamente C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. “non formali degli atti processuali”*, cit., 320 ss.

esplicito – più di quanto non lo fosse il codice del 1865⁵⁶ - nell'affermare che l'indicazione del rappresentante o dell'assistente della parte incapace, sia dal lato dell'attore sia da quello del convenuto, è un elemento previsto dal modello normativo a pena di nullità, e che dunque è la fisionomia stessa dell'atto a risultare viziata nel momento in cui essi difettano. Pertanto, l'inquadramento della nullità della citazione per incapacità di una parte (*rectius*, per omessa indicazione del rappresentante o assistente della parte incapace) fra le nullità formali sembra in linea con le indicazioni che emergono dal dato normativo.

Ma se questo è vero in generale, non si può fare a meno di osservare che la disciplina specifica della nullità della citazione, contenuta nell'art. 164 c.p.c., pone di fronte a un problema: l'inquadramento dell'omessa indicazione del rappresentante legale dell'incapace come vizio della *vocatio in jus*, che ai sensi del comma 3° viene sanato dalla costituzione del convenuto, mentre si attaglia perfettamente al caso in cui l'incapace sia lo stesso convenuto, non sembra potersi riferire anche al caso in cui l'incapace sia l'attore. E infatti, se gli elementi della citazione che compongono la c.d. *vocatio in jus* (fra cui rientra anche l'indicazione del rappresentante della parte incapace) costituiscono requisiti formali il cui scopo è garantire il contraddittorio fra le parti e, in particolare, rendere possibile al convenuto la costituzione tempestiva e la proposizione di tutte le proprie difese in giudizio⁵⁷, coerente con tale funzione è che la citazione sia sanata dalla costituzione (rituale) del convenuto incapace invalidamente citato⁵⁸; è evidente invece che la costituzione del convenuto non può avere alcun efficacia sanante rispetto a una citazione invalida per incapacità dell'attore. In questo caso, escluso l'inquadramento del vizio come vizio della *vocatio in jus*, e scartata anche l'idea di ricondurlo tra i vizi dell'*editio actionis* – fra i quali si è solito collocare soltanto le omissioni relative alle “parti” in senso sostanziale – forse proprio la categoria delle nullità extraformali può venire in gioco,

⁵⁶ L'art. 138 prevedeva che “chi non ha l'amministrazione dei suoi beni è citato nella persona del suo rappresentante”, mentre l'art. 145 comminava la nullità alla violazione delle “norme stabilite dagli art. 135, 136, 137, 138, 139 e 140 riguardo alla persona che deve essere citata”: l'attenzione era rivolta dunque soltanto al caso dell'incapace convenuto.

⁵⁷ *Ex multis* v. A. CERINO CANOVA, G. BALENA, voce *Citazione*, cit., 2; A. PROTO PISANI, *Nullità dell'atto di citazione*, in Riv. dir. civ. 1988, I, 655 ss., spec. 656-657.

⁵⁸ E infatti, la semplice costituzione del convenuto è, in questi casi, dimostrazione del fatto che la *vocatio in jus*, benché viziata, ha comunque garantito il contraddittorio ed ha quindi raggiunto il suo scopo. Sull'evidente legame fra art. 156 (principio del raggiungimento dello scopo) c.p.c. e comma 3° dell'art. 164 c.p.c., v. ad es. A. PROTO PISANI, *Nullità dell'atto di citazione*, cit., 668-669, e A. CERINO CANOVA, G. BALENA, voce *Citazione*, cit., 2.

per poter dare una idonea collocazione ad una nullità per “difetto di presupposti” che fatica a trovare una sistemazione nella disciplina dettata dal legislatore.

Oltre al difetto della capacità come vizio della citazione e alle problematiche ad esso connesse⁵⁹, l’attenzione degli interpreti nell’ambito del profilo “dinamico” si è rivolta anche alle ipotesi in cui l’incapacità si sostanzia in un vizio della costituzione in giudizio della parte. Aspetto, questo, che – come giustamente hanno evidenziato le Sezioni Unite della suprema Corte in una recente pronuncia – va tenuto distinto dalle ipotesi di nullità della citazione cui si è appena accennato⁶⁰. Il difetto di capacità processuale di una parte, infatti, può incidere sia sull’atto introduttivo sia sulla costituzione in giudizio, ma può anche avvenire che soltanto quest’ultima sia viziata: è ciò che accade nel caso in cui la parte incapace, correttamente indicata o citata nell’atto introduttivo nella persona del proprio rappresentante legale, si costituisca poi personalmente in giudizio, come un soggetto capace. Il vizio di costituzione in giudizio della parte incapace rende la costituzione nulla anch’essa; ma, come in genere per le nullità processuali, si tratta di una nullità cui è possibile porre rimedio: l’effetto sanante è prodotto dalla costituzione, spontanea o “provocata dal giudice”⁶¹ - della persona cui spetta la rappresentanza o l’assistenza o della stesa parte incapace divenuta capace⁶².

Soprattutto alla sanatoria provocata dal giudice e all’interpretazione della norma che la disciplina si sono rivolte le attenzioni degli interpreti. È in particolare l’art. 182 comma 2° c.p.c. – che attribuisce al giudice il potere di assegnare un termine per la costituzione in giudizio del soggetto cui spetta la rappresentanza o assistenza della parte incapace – ad aver sollevato innumerevoli quesiti e dubbi interpretativi. Gli interrogativi hanno riguardato l’ambito soggettivo di applicazione

⁵⁹ Un altro *topos* del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che tocca il difetto di capacità come vizio dell’atto introduttivo è quello relativo al rilievo della nullità della citazione in grado di appello e alle sue possibili conseguenze: per un efficace sunto delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali v. A. CERINO CANOVA, G. BALENA, *Citazione*, cit., 10-12; P. NAPPI, *sub art. 75*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2010, 862. Cfr. anche, in giurisprudenza, Cass. S. U. 19 aprile 2010 n. 9217, che ricostruisce sinteticamente le varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali. Si è ritenuto opportuno non fare riferimento a tale tema nel testo perché esso non riguarda direttamente la capacità (*rectius*, la nullità della citazione per difetto della capacità), ma attiene più in generale a tutte le ipotesi di nullità della citazione per vizi della *vocatio in jus*.

⁶⁰ Si fa riferimento a Cass. S.U. 19 aprile 2010 n. 9217.

⁶¹ L’espressione è utilizzata da F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, 4

⁶² V. su questi profili generali P. NAPPI, *sub art. 75*, cit., 864 e F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, 4

della norma, l'obbligatorietà o la semplice facoltatività della concessione del termine da parte del giudice, l'esistenza o meno di un limite cronologico a tale concessione, l'efficacia della sanatoria rispetto agli atti compiuti.

Anzitutto, a fronte di una formulazione che lascia pensare ad un'applicazione generalizzata, la dottrina sembra orientata ad affermare che la norma trovi impiego soltanto nel caso in cui l'incapacità riguardi l'attore. Nel caso di difetto di rappresentanza o assistenza del convenuto – si è detto – se il difetto dipende dalla nullità della citazione, trova applicazione la disciplina dettata per la nullità dell'atto introduttivo dall'art. 164 c.p.c.; se invece la citazione è valida, perché correttamente effettuata in persona del rappresentante del convenuto incapace, poi costituitosi in giudizio autonomamente, “*la concessione di un termine sarebbe inutile, non avendo [il convenuto, ndr.] alcun interesse a che il processo non si chiuda con una decisione di rito*”⁶³ : il vizio è destinato a incidere soltanto sulla sua costituzione, non compromette dunque la validità del processo e – anche se non sanato – non è di ostacolo affinché la causa sia decisa nel merito⁶⁴.

A lungo si è discusso, poi, sulla natura – discrezionale od obbligatoria – del potere affidato al giudice di sollecitare e promuovere la sanatoria assegnando un termine per provvedervi: mentre un orientamento minoritario in dottrina⁶⁵, seguito però dalla costante giurisprudenza di legittimità⁶⁶ e costituzionale⁶⁷, sosteneva si trattasse di una mera facoltà del giudice di assegnare alle parti il termine per la sanatoria, un numero via via sempre più nutrito di autori ha ritenuto che il giudice abbia un vero e proprio dovere di provvedere in tal senso⁶⁸. Quest'ultimo orientamento ha poi finito per prevalere: avallato dal legislatore della novella del 2009 (L. 18 giugno 2009 n. 69), che ha sostituito l'espressione “può assegnare” della

⁶³ G. FABBRINI, *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 721 ss., spec. 725.

⁶⁴ Sempre G. FABBRINI, *loc. cit.*; P. GRIPPO, *Riflessioni sull'art. 182, secondo comma, c.p.c.*, in *www.judicium.it*, 2007,16.

⁶⁵ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2007, II, 78.

⁶⁶ Per una completa rassegna della giurisprudenza cfr. A. PARISI, *sub art. 182*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, cit., 2155.

⁶⁷ Si fa riferimento a Corte cost. 19 giugno 1974, n. 179, in *Foro It.*, 1974, I, 2222 ss.

⁶⁸ v. P. PAJARDI, *sub art. 182 (Della trattazione della causa)*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del cod. di proc. civ.*, II, Torino, 1980, 553; E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, 45; G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1978, 162 ss. Cfr. anche le osservazioni generali di E. ALLORIO, *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 369, sul modo in cui vanno interpretate le norme che consentono al giudice di assumere una certa iniziativa.

versione originaria con la più perentoria “assegna”, è stato poi accolto anche dalla Sezioni Unite della Suprema Corte, secondo cui la soluzione normativa, espressione di un orientamento dottrinale già affermatosi, “*non può non valere anche come criterio interpretativo del testo precedente*”⁶⁹.

Oltre alla natura del potere del giudice, anche gli eventuali limiti temporali del suo esercizio hanno formato oggetto di dibattito e provocato oscillazioni giurisprudenziali: e normalmente, le stesse corti che sostenevano la natura facoltativa del potere, ritenevano anche che esso potesse esercitarsi soltanto nella fase istruttoria del primo grado di giudizio, mentre i giudici che valutavano l’assegnazione del termine come doverosa, affermavano che essa dovesse effettuarsi in ogni stato e grado del processo. Benché la novella del 2009 non abbia espressamente preso posizione sul punto, quest’ultima idea sembra aver oggi prevalso, avallata anch’essa dalla recente pronuncia delle Sezioni Unite sul punto⁷⁰.

Il legislatore della riforma del 2009 è intervenuto invece su un altro annoso problema sollevato dagli interpreti: quello dell’efficacia della sanatoria rispetto alle “decadenze” già avveratesi, che la versione originaria dell’art. 182 c.p.c. faceva “salve”. Il dibattito riguardava, in particolare, sia il limite al potere del giudice – era controverso se il verificarsi di una decadenza fosse in se stesso una condizione impeditiva alla concessione del termine da parte del giudice (e influisse dunque sull’*an* di tale concessione)⁷¹, o se semplicemente restringesse l’ambito di operatività della sanatoria (influenando, per così dire, sul *quantum* sanabile)⁷² – sia la natura delle decadenze che venivano fatte salve – secondo un orientamento, soltanto quelle sostanziali⁷³, secondo altro ordine di pensiero, anche le preclusioni processuali⁷⁴. La novella del 2009, stabilendo che “l’osservanza del termine sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima

⁶⁹ Così Cass. S. U. 19 aprile 2010 n. 9217.

⁷⁰ Si fa riferimento sempre a Cass. S. U. 19 aprile 2010 n. 9217.

⁷¹ Ciò con la conseguenza che il giudice, non potendo concedere il termine per la sanatoria in presenza di una decadenza già avverata, non aveva altra scelta che emettere una pronuncia di rigetto in rito per difetto di un presupposto processuale: così V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, 564.

⁷² Il giudice allora poteva concedere il termine per la sanatoria, e – se essa avveniva – poteva procedere ad esaminare il merito della domanda; il convenuto poteva tuttavia far valere la decadenza avveratasi. Così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, Milano, 1959, 81; recentemente P. GRIPPO, *Riflessioni sull’art. 182, secondo comma, c.p.c.*, cit., 18.

⁷³ Così ad es. E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., II, 45.

⁷⁴ Così C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, 298.

notificazione” ed eliminando il riferimento alle decadenze avveratesi, ha posto fine a ogni disputa, attribuendo alla sanatoria l’efficacia retroattiva riguardante sia la sfera sostanziale che quella processuale.

Si può dire, insomma, che anche i problemi riguardanti il vizio della costituzione in giudizio della parte incapace e la sua sanatoria, così come quelli riguardanti la nullità dell’atto introduttivo – sono stati sufficientemente sviscerati dal dibattito dottrinale.

Se ci si sposta però oltre la fase iniziale del processo di cognizione, e ci si interroga sugli effetti della capacità (*rectius*, sulle ripercussioni dell’incapacità) rispetto agli atti successivi, se ci si chiede come procede un processo in cui è parte un incapace, ci si accorge ancora una volta che si sta calpestando un sentiero poco battuto, sulla cui scia si possono intravedere interessanti percorsi di riflessione, che in pochi (e il più delle volte, soltanto tangenzialmente) hanno finora calpestato.

L’incapacità di una parte e il prodursi degli effetti sostanziali della domanda; la sentenza che dichiara la capacità o l’incapacità, le sue impugnazioni e il suo passaggio in giudicato; e ancora, l’incapacità e l’operare del meccanismo notificatorio; il ruolo della capacità processuale nel processo di esecuzione: ecco alcuni dei temi che rientrano nel profilo “dinamico” della capacità processuale, alcuni degli interrogativi che questo istituto – osservato in parallelo con le varie fasi e i vari atti del processo – solleva, e che il dibattito dottrinale ha sostanzialmente trascurato.

Neppure lo snodo cruciale del passaggio in giudicato della sentenza resa nei confronti di un soggetto incapace, e così della sanatoria “indiretta” del difetto della capacità processuale, sembra aver avuto un’adeguata trattazione da parte degli interpreti. In linea assolutamente generale, gli operatori sembrano orientati a ritenere che il (solo) limite per la rilevabilità officiosa del vizio dato dal difetto di capacità sia rappresentato dal passaggio in giudicato della sentenza⁷⁵, e che, dunque, anche per tale vizio operi il principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di

⁷⁵ Così esplicitamente F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano 2009, 193; P. NAPPI, *sub* art. 75, cit., 861. Va detto tuttavia che anche i molteplici autori che non prendono posizione sul punto sembrano rifarsi a questa idea: è ragionevole credere, infatti, che se essi fossero stati di contrario avviso (e avessero ritenuto, cioè, che il vizio dato dal difetto di capacità di una parte costituisca uno dei rari vizi che “sopravvivono” al passaggio in giudicato), avrebbero sentito il bisogno di esplicitare il loro pensiero.

impugnazione di cui all'art. 161 c.p.c.: la sentenza viziata perché resa nei confronti di un incapace sarebbe dunque idonea a passare in giudicato. A ben vedere, tuttavia, con specifico riguardo al modo in cui tale giudicato “prende forma”, qualche voce in dottrina ha sostenuto che “*se l'incapace è rimasto soccombente, il suo difetto di legittimazione processuale, col conseguente difetto del potere di proporre impugnazione, impedisce l'instaurazione del giudicato*”, e ciò sia nel caso di avvenuta notificazione della sentenza all'incapace, sia nel caso di omessa notificazione della stessa: il giudicato formale potrebbe aversi “*solo con la notificazione della sentenza al soggetto legittimato processualmente*”⁷⁶. L'indirizzo in parola – l'accoglimento del quale determina effetti tutt'altro che di poco conto⁷⁷ – appare, invero, piuttosto isolato, e anche i suoi sostenitori non si sono premurati di trarne tutte le necessarie conseguenze⁷⁸; esso ha però il pregio di cercare di stimolare le riflessioni degli interpreti su un tema – quello del rapporto fra incapacità di una parte e passaggio in giudicato della sentenza – dove la ricostruzione teorica è tangibilmente carente, e questa carenza appare quanto mai grave in un ordinamento

⁷⁶ Il testo riportato fra le virgolette è di C. MANDRIOLI, *Delle parti*, sub art. 75, cit., 897-898 (v. anche ID., *La rappresentanza nel processo civile*, cit., 333); dello stesso avviso parrebbe anche S. SATTA, voce *Capacità processuale civile*, cit., 133.

⁷⁷ Esso ha, chiaramente, conseguenze di notevole portata: accogliendo questa tesi, il termine di impugnazione della sentenza sfavorevole alla parte incapace non decorrerebbe – e dunque il giudicato non potrebbe formarsi – se non con la notifica al rappresentante legale dell'incapace, e cioè al soggetto dotato della legittimazione ad impugnare; il passaggio in giudicato formale della sentenza dipenderebbe dal c.d. *eventum litis* e, nel caso di soccombenza della parte incapace, sarebbe del tutto eventuale. In difetto di notificazione al rappresentante legale, quest'ultimo sarebbe in ogni tempo ammesso a impugnare (in via ordinaria) la sentenza, senza dover dimostrare alcunchè (e in particolare senza dover passare per le strette maglie dell'art. 153 c.p.c. e della “causa non imputabile” ivi prevista).

⁷⁸ Non è chiaro, per esempio, se nell'idea di Mandrioli (*op. ult. cit., loc. cit.*) il ragionamento sia applicabile anche nel caso di caso incapacità “sopravvenuta” (non “originaria”), e in particolare anche al caso in cui la parte soccombente sia divenuta incapace nella fase successiva alla chiusura della discussione. L'ipotesi non è affatto irrealistica: si pensi, in particolare, al fallito che viene dichiarato tale nel momento in cui il processo di cui è parte è già in fase decisione, oppure nel momento in cui la sentenza che lo vede soccombente è stata già pronunciata (ma non ancora notificata). Come noto, la giurisprudenza di legittimità è da qualche anno orientata ad affermare che, nel “passaggio” del processo da un grado a quello successivo, anche la legittimazione delle parti a effettuare e ricevere gli atti deve adattarsi alle modifiche soggettive sopravvenute nelle fasi pregresse, così che la notifica della sentenza, ai fini del decorso del termine per impugnare, va effettuata al rappresentante legale della parte divenuta incapace (e dunque al curatore fallimentare: V. ad es. Cass. 22 maggio 2007, n. 11848, con nota di M. MONTANARI, *La sopravvenienza del fallimento in corso di causa tra riforma e evoluzioni giurisprudenziali*, in *Fallimento*, 2008, 3, 306 ss.); a ciò consegue la “nullità della notifica eseguita nei confronti del fallito personalmente” e la “tempestività dell'appello proposto dalla curatela nell'anno dal deposito della decisione impugnata”.

come il nostro, in cui il difetto di capacità non rientra fra i motivi che legittimano l'impugnazione straordinaria della sentenza⁷⁹.

Questa mancanza di attenzione per aspetti di rilevanza tanto pratica quanto teorica sorprende, in questo caso, forse di più di quanto non lo facesse l'assenza di interesse per il profilo "soggettivo" della capacità processuale: mentre lì, si è visto, altre branche del diritto possono esser toccate più da vicino dalle questioni menzionate, qui si tratta di tematiche processuali "a tutto tondo", che ricadono in pieno in ciò che chiamiamo diritto processuale civile, e che talvolta anzi investono i suoi snodi cruciali.

Certo, l'attenzione degli interpreti dipende anche dalla conformazione che un istituto assume nel diritto positivo, dai tratti che il legislatore gli ha impresso; se, ad esempio, sulla fase deputata alla verifica della capacità di una parte e sul tema della capacità come oggetto di accertamento pressoché nulla è stato detto dalla dottrina italiana, mentre i processualisti tedeschi hanno dedicato pagine su pagine all'argomento, ciò è dovuto certamente, quanto meno in parte, al fatto che l'art. 75 c.p.c. attribuisce una certa conformazione all'istituto, differente da quella che i §§ 51 ss. ZPO danno alla *Prozessfähigkeit*.

In ogni caso, al di là delle possibili ragioni cui questo scarso interesse sia dovuto, rimane però il fatto che temi processualmente importanti cui la capacità processuale, nell'ottica dinamica anzidetta, si ricollega, sono rimasti fino ad oggi poco esplorati.

⁷⁹ Diversamente, nell'ordinamento tedesco la *Prozessunfähigkeit* di una parte determina la l'esperibilità dell'azione di nullità (*Nichtigkeitsklage*, particolare caso di revocazione, *Wiederaufnahme*) avverso la sentenza viziata, dopo il decorso dei termini per le impugnazioni ordinarie, e quindi dopo il passaggio in giudicato: cfr. nt. 98 cap. III.

6. *Profilo istruttorio. La capacità come oggetto di allegazione, di rilievo e di prova: panoramica di un terreno inesplorato*

Il sostanziale disinteresse della dottrina processualistica italiana per temi di rilievo che si ricollegano alla figura della capacità processuale tocca probabilmente il suo apice nell'ultimo profilo cui si è accennato in apertura, vale a dire il profilo "istruttorio", che guarda alla capacità (e all'incapacità) come oggetto di allegazione, di rilievo e di prova.

Le macro-questioni che il profilo ricomprende sono essenzialmente due: la prima riguarda, per così dire, il modo in cui la questione "difetto di capacità" fa ingresso nel processo: come avviene il rilievo di tale difetto, da quali regole è disciplinato, quali sono i poteri del giudice e quali quelli delle parti in punto di allegazione e di prova; la seconda riguarda l'onere della prova della capacità: come il giudice deve decidere in mancanza di prova positiva della stessa e in mancanza di prova negativa del suo difetto⁸⁰.

Sul primo punto, l'unica risposta che il diritto positivo fornisce all'interprete si ricava dal più volte menzionato art. 182 c.p.c.: "il giudice verifica d'ufficio la regolare costituzione delle parti" (comma 1°) e "quando rileva un difetto di rappresentanza assistenza o autorizzazione [...] assegna alle parti un termine perentorio" per effettuare la sanatoria.

Il dato più evidente che da questi due periodi emerge è che il difetto di capacità, che il legislatore descrive come difetto di rappresentanza, assistenza o autorizzazione della parte incapace, è rilevabile dal giudice d'ufficio. Per la verità, la legge non riconosce espressamente questa rilevabilità officiosa: ma nel momento in cui attribuisce al giudice il potere/dovere di indicare alle parti il vizio e di sollecitarle a porvi rimedio, presuppone, per implicito, che il giudice abbia il potere di rilevarlo autonomamente⁸¹.

⁸⁰ Nel Cap. III si farà riferimento a questi due aspetti attraverso la contrapposizione fra onere della prova soggettivo e onere della prova oggettivo, molto utilizzata dalla dottrina tedesca: cfr. cap. III nt. 2.

⁸¹ Così E. GRASSO, *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extra petizione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1965, 418 nt. 66, secondo il quale "quanto alla mancanza di *legitimatio ad processum*, la rilevabilità d'ufficio di questa nullità, universalmente riconosciuta [...], potrebbe ritenersi espressa dall'art. 182, 2° comma cod. proc. civ., sia pure con formula non sacramentale"; F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 4.

La rilevabilità officiosa della capacità/incapacità delle parti non è peraltro una novità del codice del 1942⁸², né una peculiarità della capacità rispetto agli altri presupposti, ma sembra essere il corollario di un principio unanimemente e costantemente riconosciuto in dottrina, secondo il quale “*il giudice non può [...] entrare in un rapporto a cui mancano le condizioni di validità*” e pertanto “*deve rilevare d’ufficio la mancanza dei presupposti processuali*”; nello specifico, dunque, il giudice “*rileva d’ufficio l’incapacità delle parti*”⁸³.

Il rilievo d’ufficio del difetto di capacità processuale è però soltanto una formula, che non fornisce all’interprete risposte precise sui concreti poteri del giudice rispetto a ciò che deve essere rilevato e su come tali poteri si combinino e si intersechino con quelli delle parti. Se il giudice possa intervenire nella sfera dell’allegazione, introducendo nel processo fatti non allegati dalle parti; se viga il principio di disponibilità delle prove; se il giudice possa o debba disporre prove d’ufficio e se, in caso di risposta affermativa, si apra un’istruttoria libera e deformalizzata oppure retta dalle disposizioni ordinarie del codice di rito: queste alcune delle questioni che la locuzione “rilievo d’ufficio”, anziché definire, lascia aperte.

Come si è anticipato, su tutti questi punti è stato detto poco. Si è affermato che i poteri del giudice sono limitati a ciò che emerge dalle “risultanze processuali”⁸⁴, o che l’accertamento va compiuto allo “stato degli atti”⁸⁵;

⁸² Il Codice del 1865 non conteneva, invero, una previsione analoga a quella dell’attuale art. 182 (rilievo del vizio di costituzione delle parti e concessione di un termine per la sanatoria), ma la rilevabilità officiosa del difetto di capacità processuale era considerata pacifica: cfr. ad es. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 737.

⁸³ Così G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 737. Occorre precisare che l’Autore traccia la distinzione fra presupposti processuali, da una parte, ed eccezioni processuali, dall’altra (queste ultime non sono altro che presupposti – l’esistenza di un compromesso, la litispendenza, ecc. – il cui difetto è rilevabile solo su eccezione di parte: v. ID., *Principii*, cit., 98, 277, 615 e ID., *Istituzioni*, I, cit., 57). In questo senso si spiega l’affermazione completa (riportata nel testo solo parzialmente), secondo cui “il giudice deve rilevare d’ufficio la mancanza dei presupposti processuali, tranne quando il convenuto ha una eccezione processuale”. Sempre nel senso della rilevabilità officiosa dei presupposti processuali come parte dell’*officium judicis*, cfr. V. DENTI, voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1968, 471.

⁸⁴ G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 738; così anche G. A. MICHELI, *L’onere della prova*, Padova, 1942, 400, secondo cui il giudice deve “limitarsi alle risultanze, che discendono dagli atti di causa, al più ha il potere di suscitare l’iniziativa delle parti a completare od a mettere in regola gli atti o i documenti riconosciuti difettosi”.

⁸⁵ Così C. MANDRIOLI, *sub art. 75 (Delle parti)*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario*, cit., 895; F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 4.

espressioni, queste, che però peccano anch'esse di scarsa chiarezza sulla estensione e sui limiti concreti dell'attività del giudice.

In generale, quel poco che è stato detto sembra riflettere posizioni poco nitide: vi è stato chi ha affermato che il giudice non può disporre prove per accertare l'esistenza di uno dei presupposti⁸⁶, ma non è mancato chi ha riconosciuto al giudice il potere e addirittura *“il dovere, se ha un ragionevole dubbio, di disporre qualsiasi strumento probatorio che la legge non gli impedisca di assumere di ufficio”*⁸⁷; e lo stesso Chiovenda, se da una parte sosteneva che il giudice non potesse disporre *“speciali indagini per accertare, ad esempio, se l'attore è maggiorenne e simili”*, al contempo però gli conferiva una non meglio definita *“maggior libertà in questo campo di rilevare i fatti risultanti dagli atti”*⁸⁸.

La giurisprudenza e la dottrina più recenti sembrano orientate, invero, ad escludere che il giudice sia tenuto ad assumere iniziative probatorie officiose atte a supplire a quelle delle parti⁸⁹; questo sembra essere oggi uno dei pochi punti saldi cui la scienza giuridica e la prassi si aggrappano. A parte questa tendenza, però, si fatica a rinvenire risposte più precise o riflessioni più approfondite attorno agli interrogativi sopra posti.

Se ci si sposta, poi, sulla seconda questione menzionata – che attiene alla ripartizione dell'onere della prova della capacità processuale – il dibattito si fa, se possibile, ancora più scarno: l'interprete che sia interessato a capire come deve decidere il giudice nel caso in cui né la capacità né il suo difetto risultino provati all'esito dell'istruttoria, e interpelli i formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinale per trovare delle risposte, è costretto a fare i conti con un silenzio pressoché totale.

Occorre allargare lo spettro dell'indagine alla categoria dei presupposti processuali in generale, per trovare qualche riflessione sul rapporto fra regola di

⁸⁶ Così espressamente G. A. MICHELI, *loc. ult. cit.*;

⁸⁷ M. CAPPELLETTI, *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1961, 266 ss., spec. 272.

⁸⁸ G. CHIOVENDA, *Principii*, cit. 738.

⁸⁹ Cfr. per es. Cass. 30 gennaio 1989 n. 554 e Cass. 30 gennaio 1992, n. 964, secondo cui *“il giudice, pur dovendo rilevare d'ufficio il difetto di capacità processuale delle parti, non è tenuto a svolgere di sua iniziativa alcun accertamento sulla effettiva esistenza della loro legittimazione al processo, quando dagli atti ritualmente prodotti o anche dalle specifiche deduzioni delle parti non emerga alcun elemento che valga ad escludere tale legittimazione”*. Nello stesso senso P. NAPPI, *sub art. 75*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice*, cit., 864 e DE LUCA, *Sulla prova dei presupposti processuali (a proposito della legittimazione ad processum)*, in *Giur. It.*, 1996, 11 ss., spec. nt. 21.

giudizio e decisione sull'ammissibilità della domanda. Si tratta, tuttavia, di considerazioni sparse, spesso soltanto abbozzate e poco nitide, ben lungi dal configurare un approccio sistematico alla questione⁹⁰.

Nel vigore del vecchio codice di rito, le classificazioni dei presupposti processuali elaborate dalla *Rechtslehre* tedesca dell'inizio del secolo scorso – la distinzione, cioè, fra *Prozessvoraussetzungen* e *Prozesshindernisse* in base alla rilevabilità d'ufficio o solo su eccezione di parte, e fra *positive* e *negative Prozessvoraussetzungen*⁹¹, a seconda della loro previsione da parte di norme costitutive o impeditive – sono state recepite dai maggiori autori italiani: vi è stato, così, chi ha distinto fra presupposti processuali, da un lato, ed eccezioni processuali⁹², dall'altro, in base alla loro rilevabilità, e chi ha parlato delle condizioni di decidibilità nel merito come di “fatti processuali” costitutivi oppure impeditivi, a seconda della loro efficacia rispetto ad una “situazione processuale”⁹³. Mentre, tuttavia, nel contesto tedesco ci si è serviti di tali categorie anche al fine di stabilire la ripartizione del carico probatorio⁹⁴, la nostra dottrina classica non ha effettuato alcun collegamento esplicito fra le categorie così elaborate e il tema dell'onere della prova: non sembra perciò che da queste ripartizioni si possano ricavare delle precise indicazioni per determinare la regola di giudizio applicabile in caso di incertezza sulla sussistenza di un presupposto⁹⁵.

È solo nel periodo a cavallo fra vecchio e nuovo codice, e poi nel vigore quest'ultimo, che si rinvergono – soprattutto negli scritti di coloro che al tema generale dell'onere della prova hanno dedicato maggiore attenzione – delle considerazioni aventi ad oggetto proprio il problema della ripartizione dell'onere

⁹⁰ Va evidenziato che persino chi ha dedicato al tema dell'onere della prova una trattazione monografica, non ha speso più di poche frasi sul tema dell'onere riferito alla prova dei presupposti processuali: v. in particolare la classica monografia di G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., che dedica alla prova dei presupposti qualche breve cenno alle pp. 399 ss., e a quella di G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, che accenna al tema alle pp. 395 ss (effettuando più che altro una rassegna giurisprudenziale).

⁹¹ L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, 5. Aufl., München, 1965, 391.

⁹² G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., 57, che annovera fra le eccezioni processuali quella con cui si rileva l'esistenza di un compromesso, quella di litispendenza, e quella con cui si fa valere l'onere, in capo all'attore, di eseguire una precedente sentenza prima di agire in giudizio (art. 445 c.p.c. 1865).

⁹³ F. CARNELUTTI, *Sistema*, II, cit., 61 ss. (ma v. anche pp. 42, 43).

⁹⁴ Il tema sarà oggetto di indagine nel cap. III sez. B) par. 2.

⁹⁵ Anche i rimandi fatti da G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 401 a Chiovenda (v. ad es. nt. 1), sembrano fondarsi più che altro su una libera interpretazione dei passi citati – passi in cui Chiovenda traccia la distinzione fra presupposti processuali ed eccezioni processuali, ma non fa alcuno specifico riferimento al tema dell'onere della prova sul fatto incerto.

probatorio in caso di incertezza sulla sussistenza dei presupposti. Considerazioni, queste, che sembrano ruotare intorno ad un quesito comune: l'applicabilità o meno dell'art. 1312 del vecchio codice civile⁹⁶, e dell'art. 2697 c.c. del nuovo codice, dettati per la prova del merito, anche alla prova degli elementi che condizionano l'ammissibilità della domanda.

All'interrogativo sono state date risposte differenti: parte della dottrina si è espressa in senso affermativo, in ragione del fatto che *“la regola della ripartizione dell'onere della prova ha un'applicazione generale nel processo civile”*⁹⁷; altra parte, invece, messo in rilievo il concetto di “diritto” cui fa riferimento l'art. 2697 c.c., e ritenuto che nell'accertamento dei presupposti processuali non ne viene in gioco alcuno (se al concetto di diritto si vuole conservare *“un minimo rigore tecnico”*), ha concluso per la non applicabilità della norma in questione⁹⁸ o, al limite, per una *“prudente analogia”* con essa⁹⁹.

Questi differenti modi di intendere l'ambito applicativo dell'art. 1312 prima, e dell'art. art. 2697 poi, hanno portato a differenti riflessioni circa la concreta ripartizione dell'onere probatorio.

Chi si è espresso in favore dell'applicazione della norma ai presupposti processuali, ha sostenuto che, per quel che riguarda i presupposti rilevabili d'ufficio, sussista un onere generale e “primario” gravante sull'attore, in quanto parte chiamata a *“dimostrare la legalità della via perseguita”*; soltanto nel caso dei presupposti rilevabili unicamente su istanza di parte, costituenti “impedimenti” alla trattazione nel merito, l'onere si invertirebbe e ricadrebbe sul convenuto¹⁰⁰.

⁹⁶ È interessante ricordare che l'art. 1312 del codice civile del 1865, “antenato” dell'attuale art. 2697 c.c., non conteneva una disciplina di carattere generale sull'onere della prova: esso stabiliva che “chi domanda l'esecuzione di un'obbligazione deve provarla, e chi pretende di esserne stato liberato deve dal suo canto provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione”. Tuttavia, sebbene un'interpretazione letterale portasse a restringere l'ambito applicativo della norma alla sola prova delle obbligazioni, gli interpreti hanno sempre riconosciuto a tale regola una portata generale: v. G. A. MICHELI, *op. cit.*, 37 ss. e 266.

⁹⁷ G. A. MICHELI, *op. cit.*, 399; ancora più esplicitamente a p. 402 (“[...] a mio avviso la regola di giudizio può trovare applicazione anche nei confronti della prova dei presupposti processuali”).

⁹⁸ G. VERDE, *op. cit.*, 395.

⁹⁹ E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, cit., 428 (naturalmente l'Autore si riferisce non all'art. 2697 dell'attuale codice civile ma all'art. 1312 del codice del 1865).

¹⁰⁰ G. A. MICHELI, *op. cit.*, 401. Va notato che secondo l'Autore, l'esigenza equitativa di attenuare il (maggiore) carico probatorio gravante sull'attore potrebbe essere soddisfatta non nella fase di applicazione della regola di giudizio sul fatto incerto, bensì nella precedente fase di valutazione delle prove, “conservando pertanto alla regola di giudizio (dell'onere della prova) il suo genuino significato”.

La dottrina tendenzialmente contraria all'applicazione della regola di giudizio dettata dal legislatore in caso di mancata prova delle condizioni di decidibilità nel merito, ha invece ritenuto che gli unici criteri utili per ripartire il carico probatorio in questi casi siano il “*dato metagiuridico dell'interesse*” oppure dei non meglio precisati “*criteri generali che fornisce l'ordinamento*” o ancora “*la logica e l'esperienza del giudice*”. Affermazioni, queste, che non hanno però portato a conclusioni uniformi: mentre qualcuno ha interamente affidato al giudice il potere di stabilire caso per caso la ripartizione del carico probatorio, individuando di volta in volta la parte interessata alla prova¹⁰¹, altri hanno ritenuto invece che sia generalmente l'attore il soggetto interessato a dimostrare di aver “validamente costituito” il processo “*in modo che possa condurre al risultato di merito a cui tende*”¹⁰².

In questo quadro così frammentario, individuare una linea argomentativa dominante, e persino parlare di orientamenti dottrinali o di un vero e proprio dibattito non sembra possibile. Vista la diversità e la scarsità delle argomentazioni offerte, l'unica osservazione di sintesi che si può concepire è sul piano delle conclusioni pratiche cui i diversi autori sono pervenuti: si può semplicemente constatare che, secondo il pensiero dei più, e in linea assolutamente generale, è l'attore la parte onerata della prova delle condizioni di decidibilità nel merito rilevabili d'ufficio¹⁰³. Conclusione, questa, che qualche autore ha di recente precisato in questi termini: l'attore non sarebbe tenuto a offrire la prova dei presupposti “in via preventiva”, ma solo in seguito alla contestazione effettuata dal convenuto¹⁰⁴.

¹⁰¹ G. VERDE, *op. cit.*, 395 ss.

¹⁰² E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, cit., 427, secondo il quale, tuttavia, per agevolare l'attore in tale compito, “possono soccorrere in questo frangente [...] delle illazioni, che il giudice può e deve trarre dallo stesso comportamento processuale delle altre parti”.

¹⁰³ Così G. A. MICHELI, *op. cit.*, 399 ss. e E. REDENTI, *Profili pratici*, cit., 427.

¹⁰⁴ V. F. P. LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 144; A. PROTO PISANI, voce *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Digesto Civ.*, X, Torino, 1993, 364, nt. 322. Esclude categoricamente che l'ordinamento imponga la prova preventiva della condizioni di decidibilità nel merito anche G. DE LUCA, *op. cit.*, *loc. cit.* (il quale tuttavia poi conclude nel senso che è il convenuto la parte cui spetta provare l'insussistenza di tali condizioni): “a prescindere dalla pur significativa circostanza che nessuna norma di legge fa carico all'attore di dimostrare l'esistenza dei presupposti processuali e dall'altrettanto significativa circostanza che nella realtà applicativa nessun attore si preoccupa di provarne l'esistenza, senza che ciò determini conseguenze negative, sussiste una serie di considerazioni che induce ad escludere che l'attore abbia l'onere di dare la prova in via preventiva dell'esistenza dei presupposti processuali”. Tali considerazioni sarebbero tre: 1) la non applicabilità dell'art. 2697 c.c., e dunque l'impossibilità di qualificare i presupposti processuali come “fatti costitutivi del diritto fatto valere”; 2) il fatto che l'art. 163 c.c. grava l'attore dell'onere di allegare

Se questo vale per i presupposti processuali in generale, va osservato invece che le rare, isolate e sporadiche considerazioni espresse dalla dottrina sullo specifico tema dell'onere della prova della capacità processuale o, per essere più precisi, della legittimazione *ad processum* del soggetto che sta in giudizio in veste di rappresentante, sembrano essere di segno contrario. A partire dalla collocazione della capacità fra i fatti processuali impeditivi del diritto di azione¹⁰⁵, fino a qualche esplicita presa di posizione della dottrina più recente¹⁰⁶, gli interpreti sembrano orientati a sostenere che non sia la sussistenza della legittimazione a dover essere provata da parte del rappresentante, bensì il suo difetto dalla parte che ne contesta la sussistenza. Ancora più deciso in tal senso appare l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che in numerose pronunce – soprattutto relative all'onere della prova della *legitimatio ad processum* del rappresentante organico – ha sostenuto come l'eventuale insussistenza della legittimazione processuale del rappresentante debba essere provata dalla parte che la eccepisce¹⁰⁷.

Questa rapida scorsa delle opinioni espresse sul tema dell'onere della prova dei presupposti processuali e della capacità nello specifico mostra un quadro frammentario, scarno, e in parte contraddittorio. In questo contesto, effettuare una ricostruzione organica e coerente delle argomentazioni che hanno portato gli

provare i fatti posti a fondamento della domanda, mentre l'accertamento dei presupposti processuali non costituisce *oggetto* di domanda; 3) la constatazione che i presupposti processuali sono elementi normalmente presenti che assumono rilievo solo in caso di difetto.

¹⁰⁵ F. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., II, 66, che fa riferimento al difetto della capacità processuale di una parte (“la minore età del litigante o la sua interdizione”) come ad un fatto processuale impeditivo del suo diritto di azione.

¹⁰⁶ Cfr. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 397; G. DE LUCA, *Sulla prova dei presupposti processuali (a proposito della legittimazione ad processum)*, cit., 11 ss.

¹⁰⁷ Nel senso che l'inesistenza della legittimazione processuale deve essere provata da chi la contesta e che si presume fino a prova contraria, v. *ex multis*: Cass. civ. Sez. Unite, 1 febbraio 2010, n. 2224; Cass. 27 ottobre 2003, n. 16103; Cass. 9 giugno 1999 n. 5699; 6 novembre 1998 n. 11221; Cass. 15 gennaio 1996 n. 279; Cass. 9 dicembre 1992, n. 13014; Cass. 17 gennaio 1989, n. 198; Cass. 27 febbraio 1984 n. 1405; Cass. 8 agosto 1986 n. 4973; Cass. 17 gennaio 1989 n. 198.

Vanno tuttavia segnalate tre isolate pronunce della Cassazione che si sono espresse in termini opposti, e cioè nel senso che il potere rappresentativo si presumerebbe non fino a prova contraria, bensì fino a che la legittimazione non fosse contestata; avvenuta la contestazione, spetterebbe all'attore l'onere di provare la sussistenza della legittimazione (Cass. 29 maggio 1993 n. 6029, Cass. 6 gennaio 1981, n. 52 e Cass. 25 gennaio 1975, n. 296). G. DE LUCA, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*, osserva però correttamente come le prime due sentenze non siano facilmente interpretabili, in quanto di esse è nota solo la massima, e dunque non è dato capire “se esse si siano discostate con cognizione di causa o no dall'orientamento prevalente della Cassazione”; la terza invece “sta chiaramente a dimostrare che in quel caso la Suprema Corte non intese [...] schierarsi contro la giurisprudenza prevalente, ma incorse in un'errata interpretazione della giurisprudenza ad essa precedente”.

interpreti a esprimersi in un senso o in un altro, sembra un'impresa davvero ardua e forse irrealizzabile. Così, alle domande se esista una regola di giudizio applicabile ai presupposti processuali, e quale sia questa regola, l'interprete è costretto a rispondere da sé, tentando di intravedere nelle poche e poco limpide parole spese dalla dottrina un disegno ricostruttivo più ampio, oppure rifacendosi ai percorsi – talvolta privi di adeguate giustificazioni teoriche – della giurisprudenza.

7. Conclusioni. Necessità di volgere lo sguardo oltre confine. La Prozessfähigkeit dell'ordinamento processuale tedesco quale naturale approdo dell'indagine sul tema della capacità

Un quadro di sintesi è, a questo punto, facilmente tracciabile.

Nel nostro ordinamento, l'istituto della capacità processuale è stato oggetto di analisi e di studio solo limitatamente ad alcuni suoi aspetti e rispetto a questioni isolate. Numerosi profili – proprio quelli maggiormente cruciali sia da un punto di vista sia teorico sia per la rilevanza pratica – sono rimasti invece poco arati o quasi inesplorati, ed è mancato un interesse globale alla capacità come elemento condizionante l'intero svolgersi del processo.

In generale, se la capacità ha in qualche modo attratto l'attenzione della scienza giuridica nell'arco di oltre un secolo, lo ha fatto per la sua definizione e i suoi legami con la capacità di agire sostanziale, per il suo appartenere al *genus* dei presupposti processuali, per il fatto di influire sulla validità della citazione introduttiva e della costituzione in giudizio, per il profili pratici legati alla sua sanatoria. Il legame fra la capacità (l'incapacità soprattutto) e tutti gli atti processuali successivi alla costituzione in giudizio; lo scopo della capacità e dell'incapacità e i contorni assunti dalla categoria "incapaci processuali"; la capacità come oggetto di allegazione, di prova, di accertamento; la decisione sulla capacità in difetto di prove: questi gli aspetti più rilevanti su cui quasi nulla è stato detto, oppure quel poco che è stato detto – quanto a grado di profondità e completezza di analisi – appare del tutto insoddisfacente.

Ne emerge una sostanziale povertà del dibattito dottrinale sui grandi temi collegati alla capacità processuale. L'interprete che intende approfondire i profili suddetti, o che soltanto vuole trovare delle risposte a domande concrete, direttive precise e chiare su cui muoversi, deve rivolgersi necessariamente al di fuori dei confini del nostro ordinamento.

Di fronte a questa considerazione è naturale chiedersi perché si sia scelto, nell'ambito di quest'indagine, di guardare proprio all'ordinamento tedesco e alla figura omologa della nostra capacità processuale che esso conosce, e dunque perché la *Prozessfähigkeit* sia interessante per l'interprete italiano.

La risposta è piuttosto semplice e, se il quesito si ponesse al termine di questa indagine, certamente emergerebbe da sé, senza bisogno di esplicitarla.

Queste ragioni sono essenzialmente due.

La prima è da individuare nella somiglianza che intercorre fra i tratti fondamentali della capacità processuale che noi conosciamo e “lo scheletro” della *Prozessfähigkeit* tedesca. La capacità di cui all'art. 75 c.p.c. e la figura disciplinata dai §§ 51 ss. ZPO hanno, in primo luogo, un impianto normativo simile: entrambe rivelano un'identità costruita *per relationem* attraverso la tecnica del rinvio al diritto civile, e dunque in entrambe si riconosce un robusto legame con la capacità di diritto sostanziale. Le ricostruzioni del significato assunto dalla capacità processuale in Italia e in Germania procedono, per così dire, di pari passo, e ciò fa sì che, sotto il profilo definitorio, i due istituti siano analoghi. Analoga è, inoltre, anche una delle funzioni che gli interpreti concordemente assegnano all'una e all'altra figura: la funzione di elemento condizionante la possibilità, per il giudice, di esaminare e decidere il merito della controversia. Questo connotato comune implica, poi, che entrambi gli istituti assumono rilievo all'interno del processo soltanto nel momento in cui mancano oppure (e forse ancor più) quando la loro presenza è dubbia; e proprio da questo difetto o da questo dubbio sorgono le questioni più importanti e di maggior rilievo pratico che gli interpreti sono chiamati a risolvere.

Questa struttura di base, questa impalcatura essenziale che accomuna la *Prozessfähigkeit* e la capacità di cui all'art 75 c.p.c., rende, a mio avviso, le due figura “altamente compatibili” e idonee ad essere giustapposte e confrontate. È questa elevata compatibilità, questa affinità dei tratti fondamentali, a far sì che

l'interprete italiano possa affacciarsi alla *Prozessfähigkeit* e agli studi su di essa condotti non solo allo scopo di fotografare analogie e differenze, ma anche con l'intento di osservare come gli interpreti tedeschi hanno sviluppato e risolto questioni da noi trascurate e (magari) con l'obiettivo di comprendere se le soluzioni offerte oltre confine siano utili a ricostruire i profili più carenti della nostra capacità processuale.

La seconda ragione che ha portato a rivolgersi all'ordinamento tedesco sta invece nell'ampiezza e nella profondità delle riflessioni e degli studi che hanno interessato la *Prozessfähigkeit* nell'arco dell'ultimo secolo da parte della scienza giuridica tedesca. A differenza della capacità di cui all'art. 75 c.p.c., la *Prozessfähigkeit* è stata oggetto di un'indagine a trecentosessanta gradi, che ha riguardato uniformemente tutti i profili d'interesse menzionati ed esaminati in questo capitolo, anche (e forse soprattutto) quelli che da noi appaiono maggiormente lasciati in ombra.

Con riguardo all'aspetto soggettivo, ad esempio, la dottrina tedesca non si è accontentata di effettuare una ricognizione del diritto positivo ma si è spinta ad indagare sulle ragioni profonde che stanno alla base della distinzione soggetti capaci-soggetti incapaci e che contribuiscono a dare a tali categorie determinati contorni. Tali riflessioni sono giunte a toccare i principi fondamentali riconosciuti dal *Grundgesetz* e ad ancorare saldamente ad essi l'estensione che la *Prozessfähigkeit* assume nel diritto positivo¹⁰⁸.

Per quanto riguarda il profilo statico, l'attenzione degli interpreti è andata oltre l'inquadramento della capacità come presupposto per la decisione nel merito ed è approdata ad un'approfondita e diffusa riflessione (peraltro non priva di contrasti e critiche) sulla funzione della capacità rispetto ai singoli atti del processo¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Ci si riferisce, ad esempio, alle acute riflessioni di M. REINICKE, *Der Zugang des Minderjährigen zum Zivilprozess*, Berlin, 1989, di T. RAMM, *Die Gesetzliche Vertretung durch die Eltern: überholt und verfassungswidrig*, in NJW, 1989, 1708 ss., e di K. SCHMIDT *Die Gesetzliche Vertretung durch die Eltern: notwendig und verfassungsmässig*, in NJW, 1989, 1712 ss. Il tema sarà oggetto di trattazione nel cap. II sez. A) par. 4.

¹⁰⁹ V. gli autori tedeschi citati nel cap. II sez. B) (e in part. T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, Köln, Berlin, Bonn, München 1997; M. GRUNDMANN, *Der Minderjährige im Zivilprozess*, Bochum, 1980; G. BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, 2. Unveränderte Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1972; T. GROGER, *Prozesshandlungsvoraussetzungen im streitigen zivilprozessualen Verfahren*, Göttingen, 1964; H. ABEND, *Prozesse nicht Parteifähiger und nicht existenter Parteien*, Erlangen, 1953).

La capacità è stata poi oggetto di dettagliate indagini volte a far luce su “che cosa concretamente accade” quando un incapace è parte di un processo, a quali conclusioni esso va incontro, quali sono le alternative che si prospettano – a partire dalla fase introduttiva (c.d. *Klageerhebung*), passando per la fase della “lite sulla capacità” (*Zulassungsstreit*), fino al passaggio in giudicato della sentenza¹¹⁰. Si è così analizzato il modo in cui il difetto della *Prozessfähigkeit* interagisce con aspetti e problematiche centrali del processo civile, fra cui, ad esempio, le attribuzioni e i poteri del giudice prima dell’instaurazione del contraddittorio, il dovere del giudice di collaborare con le parti per far sì che il processo approdi alla trattazione e decisione nel merito, l’estensione oggettiva del giudicato.

All’ultimo profilo menzionato, che guarda alla capacità come oggetto di allegazione, di prova e di decisione in mancanza di prove, perlopiù “scansato” dalle grandi rotte percorse dalla dottrina italiana, la scienza giuridica tedesca ha riservato un’attenzione tutta particolare e lo ha reso oggetto di un dibattito scientifico di altissimo livello; dibattito, va notato, che se da un lato si è inserito in quello più ampio relativo all’onere della prova soggettivo¹¹¹ e oggettivo delle *Prozessvoraussetzungen* in generale¹¹², dall’altro lo ha superato quanto a intuizioni, profondità delle riflessioni, ricchezza dei contenuti. La *Prozessfähigkeit* è stata, per meglio dire, quello dei presupposti processuali che più ha svolto il ruolo di “pioniere” nella disputa sul significato di *Prüfung von Amts wegen* (rilievo d’ufficio) e sulla ripartizione del carico probatorio. Il dibattito sulla regola di giudizio applicabile in caso di incertezza sulla sussistenza della capacità, in particolare, ha visto per molto tempo contrapposti due orientamenti, a entrambi i quali va riconosciuto il merito non solo di aver cercato una risposta precisa a un problema concreto, ma anche quello di aver scandagliato e “messo a setaccio” questioni di fondamentale importanza teorica legate al tema della capacità (quali l’intensità del

¹¹⁰ V. cap. II sez. C) e la dottrina ivi citata. L’autore che più diffusamente si è occupato del profilo dinamico della capacità processuale è forse T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., che nella sua monografia analizza fase per fase, dall’introduzione della causa, fino alle impugnazioni, al passaggio in giudicato della sentenza, all’esecuzione forzata della stessa, come il difetto della capacità processuale (o il dubbio sulla sua sussistenza) influisce sul corso del processo.

¹¹¹ V. cap. III sez. A), par. 1. e la dottrina e la giurisprudenza ivi citate.

¹¹² Su cui v. cap. III sez. B), par. 1. e 2.

legame fra capacità negoziale e capacità processuale, e gli interessi che quest'ultima sottende e mira a tutelare)¹¹³.

Per i motivi ora descritti, appare quasi inevitabile che un'indagine sulla capacità processuale a tutto tondo, nelle sue varie componenti e nei suoi differenti profili, fuoriesca dai confini nazionali e approdi alla capacità processuale nell'ordinamento tedesco e agli studi che la scienza giuridica tedesca su di essa ha compiuto. Ciò nella convinzione che – in virtù della “alta compatibilità” fra i due istituti di cui si è parlato – il corposo bagaglio di conoscenze e riflessioni maturate nell'esperienza tedesca costituisca “materiale prezioso” anche per l'interprete italiano, intenzionato a far luce sulle molteplici questioni che nel nostro ordinamento non trovano risposte soddisfacenti.

Questo sguardo “oltre confine” significa, necessariamente, anche confrontarsi con un istituto che il diritto positivo ha forgiato in un determinato modo e che presenta – oltre a dei tratti fondamentali comuni, cui si è fatto cenno – peculiarità sue proprie e strutture diverse da quelle a noi note; significa, dunque, anzitutto osservare e comprendere queste forme e queste strutture, per poi addentrarsi nel dibattito dottrinale che attorno ad esse si è sviluppato. Per questo, mantenendo la ripartizione utilizzata e l'ordine seguito in questo capitolo, si partirà con l'osservare il profilo definitorio e il profilo soggettivo, al fine di comprendere come il legislatore ha “costruito” la *Prozessfähigkeit*, di delineare i confini fra capacità e incapacità e di aprire uno spiraglio sui principi costituzionali che a tale distinzione si collegano. Ci si concentrerà quindi sulle funzioni che alla capacità sono attribuite (profilo statico) e sui percorsi che imbrocca un processo in cui un incapace è parte (profilo dinamico); l'analisi sarà limitata, in questa sede, al primo grado del processo ordinario di cognizione, e, al suo interno, ai momenti e alle fasi che, a chi scrive, sono parsi più significativi del ruolo rivestito dalla capacità processuale; occorre evidenziare,

¹¹³ Si fa riferimento al dibattito (su cui v. approfonditamente cap. III, sez B) par. 4. ss.) che ha visto schierata autorevole dottrina a favore dell'applicazione della regola di giudizio ritenuta operante per la *Geschäftsfähigkeit* anche alla *Prozessfähigkeit* (fra cui H. J. MUSIELAK, *Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozessfähigkeit*, NJW, 1997, 1739; H. J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1965, 323 ss.; D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen Zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Berlin 1966, 107 ss.) e altri importati autori contro tale ipotesi (fra i quali L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 392; B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen*, cit., 180 ss.; M. REINICKE, *Entspricht die objektive Beweislast bei der Prozessfähigkeit derjenigen bei der Geschäftsfähigkeit?*, in H. LESSMANN, B. GROSSFELD, L. VOLLMER (Hrsg.) *Festschrift für R. Lukes zum 65. Geburtstag*, Köln 1989, 767; T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 45 ss.).

tuttavia, che questi momenti non esauriscono i possibili snodi in cui la capacità assume rilievo, sia nell'ambito del processo di cognizione¹¹⁴, sia al di fuori di esso¹¹⁵. Un'attenzione particolare e un autonomo capitolo sarà dedicato, quindi, al rilievo d'ufficio della capacità, nei suoi aspetti dell'allegazione e della prova, e al tema della regola di giudizio applicabile nel caso in cui la capacità sia rimasta incerta (profilo istruttorio).

¹¹⁴ Il problema dell'efficacia o inefficacia della notificazione della sentenza effettuata alla parte incapace anziché al suo rappresentante e del conseguente decorso del termine per impugnare; il rilievo dell'incapacità in grado di impugnazione; l'ambito applicativo della azione di nullità esperibile dalla parte incapace contro la sentenza passata in giudicato ai sensi del § 579 nr. 4 ZPO: ecco alcuni temi di sicuro interesse che nell'ambito di questa indagine non saranno oggetto d'esame (se non in maniera tangenziale).

¹¹⁵ Si pensi per esempio al ruolo della capacità nel processo esecutivo, tema su cui Italia non è stato mai detto nulla e che invece in Germania è stato oggetto di interessanti riflessioni. V. ad esempio i recenti contributi di R. HARNACKE, *Zwangvollstreckung gegen Personen, die unter Betreuung stehen bzw. die sich in einem die freie Willensbildung ausschliessenden Geisteszustand befinden*, in DGVZ 2000, 11, 1881 ss., e di O. WESCHE, *Der Betreute in der Zwangsvollstreckung*, in Btprax, 2006, 1, 3 ss.

CAPITOLO SECONDO
LA CAPACITÀ PROCESSUALE NELL'ORDINAMENTO
TEDESCO: I SUOI CONTORNI, LE SUE FUNZIONI, IL SUO
RUOLO NEL MECCANISMO PROCESSUALE

SEZIONE A) - LA PROZESSFÄHIGKEIT E I SOGGETTI CHE NE SONO PRIVI
(PROFILO DEFINITORIO E SOGGETTIVO)

1. La Prozessfähigkeit. Ricostruzione della nozione nel diritto positivo, attraverso il rimando (generico) al diritto sostanziale e il rinvio (specifico) alla "capacità di obbligarsi per mezzo di contratti"

Un'indagine sulla figura della capacità processuale nell'ordinamento tedesco e sulle posizioni assunte da dottrina e giurisprudenza rispetto a importanti tematiche ad essa collegate, non può non cominciare con la comprensione di alcuni dati di base: che cosa s'intende per capacità processuale in Germania, com'è definita, quali sono i suoi contorni. Per prima cosa si procederà quindi alla ricostruzione della nozione di *Prozessfähigkeit* e alla individuazione dei soggetti capaci e incapaci nell'ordinamento tedesco.

In questa operazione ricostruttiva (o, per meglio dire, costruttiva delle fondamenta su cui poi si erigerà il prosieguo dell'analisi) si partirà con l'esaminare le informazioni sulla capacità che fornisce il dettato codicistico. Nell'ordinamento tedesco, infatti, così come in quello italiano, la capacità processuale è una nozione di forgia dottrinale che non è rimasta estranea al diritto positivo. Già la ZPO nella sua versione originaria approvata nel 1877 ed entrata in vigore nel 1879 ha dedicato il titolo primo ai concetti di capacità di essere parte (*Parteifähigkeit*)¹ e alla capacità

¹ In ciò si mostra invece un'evidente difformità rispetto al nostro ordinamento, in cui la nozione di capacità di essere parte non è mai stata recepita dal legislatore processuale, rimanendo un concetto esclusivamente dottrinale (si rammenta tuttavia che esso è utilizzato soltanto da una parte della dottrina, mentre è criticato da altra parte, che ne nega l'autonomia concettuale e contesta il parallelo con la capacità giuridica di diritto sostanziale: v. cap. I, par. 2, nt. 5).

processuale (*Prozessfähigkeit*). Sembra corretto affermare, pertanto, che tutti gli autori che nell'ultimo secolo e mezzo si sono occupati a vario titolo e per vari fini della nozione di capacità processuale lo hanno fatto avendo come riferimento un medesimo dato normativo, e da quel dato hanno preso le mosse le loro riflessioni.

I tratti fondamentali della nozione di *Prozessfähigkeit* sono delineati dal § 51 Abs. 1° e dal § 52 della ZPO.

Il § 51 Abs. 1 ZPO, rubricato “capacità processuale, rappresentanza legale, conduzione del processo” stabilisce che “la capacità di una parte di stare in giudizio, la rappresentanza degli incapaci attraverso altri soggetti (rappresentanti legali) e la necessità di particolari autorizzazioni alla conduzione di un processo si determinano in base alle disposizioni del diritto civile, a meno che i seguenti paragrafi non contengano disposizioni contrastanti”.

Il § 52 ZPO, rubricato “estensione² della capacità processuale” stabilisce che “una persona è capace di stare in giudizio se e fintanto che può assumere obbligazioni per mezzo di contratti”.

Il primo dato di rilievo che emerge già da una rapida lettura delle disposizioni riportate è che il legislatore processuale non fornisce alcuna spiegazione né sul significato del concetto “*Prozessfähigkeit*” ivi menzionato, né sull'identità dei soggetti che ne sono dotati o ne sono privi; all'opposto, rinuncia a definire direttamente il concetto di capacità processuale e, servendosi della tecnica del rinvio, affida questo compito al diritto sostanziale. In ciò non è difficile scorgere una somiglianza con la struttura del nostro art. 75 c.p.c. che, come si è già evidenziato, non contiene alcuna definizione del concetto riportato in rubrica né alcuna delimitazione dei suoi confini, ma soltanto un richiamo alle norme che “disciplinano la capacità delle persone”. Prima ancora e indipendentemente dal loro contenuto, la *Prozessfähigkeit* e la nostra capacità processuale sono dunque accomunate dalla tecnica normativa utilizzata per la loro definizione.

Per comprendere quali disposizioni e quali istituti del diritto sostanziale costituiscono l'oggetto del rinvio disposto dalla ZPO, è necessario soffermarsi un attimo sulle due disposizioni processuali citate e sul messaggio che emerge dal loro

² Con *Umfang der Prozessfähigkeit* il legislatore indica in realtà l'estensione della capacità da un punto di vista soggettivo: l'espressione si potrebbe perciò tradurre anche come “estensione soggettiva della capacità”.

combinato disposto. La prima, come si è visto, statuisce che è il *bürgerliches Recht*, il diritto civile, a determinare la capacità processuale³. La seconda stabilisce che un soggetto è capace nel processo nel momento in cui è capace di obbligarsi per mezzo di un contratto: stabilisce, in altre parole, una coincidenza fra i soggetti che possono assumere un'obbligazione contrattuale e i soggetti che sono *prozessfähig*.

Sul rapporto reciproco fra queste due norme sono stati espressi pareri diversi. Qualcuno ha affermato che le due disposizioni avrebbero funzioni differenti e si completerebbero a vicenda: il § 51 sarebbe diretto a chiarire l'*an* della *Prozessfähigkeit*, cioè la sua necessità nel processo; il § 52 sarebbe invece volto a individuare l'esatto ambito soggettivo della sua estensione⁴; da altra parte si è affermato invece che il § 51 Abs. 1 conterrebbe una previsione errata e inutile: errata perché il diritto civile non “determina” e non regola affatto la capacità processuale (che è e rimane categoria del diritto processuale); inutile perché superata dalla (in quanto inglobata nella) regola contenuta nel § 52⁵.

L'impressione è che questa seconda opinione sia, in effetti, la più corretta. Non sembra possibile estrapolare dal § 51 qualche cosa di più o di diverso rispetto al contenuto del § 52: se si dice che capace di stare in giudizio è colui che può obbligarsi per mezzo di un contratto, in questa affermazione è senza dubbio implicito il collegamento con categorie e concetti del diritto civile (la capacità di assumere obbligazioni contrattuali) e il riferimento al “diritto civile” contenuto nel § 51 diventa, pertanto, superfluo⁶. Non sembra neppure che il § 51 Abs. 1 abbia una

³ Il predicato è utilizzato nella forma riflessiva, *sich bestimmen*, cioè determinarsi, conformarsi.

⁴ P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 69. Aufl., München, 2011, § 52, Rdnr. 1.

⁵ R. BORK, § 51 in F. STEIN, M. JONAS (fondato e diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., Tübingen, 2004 (d'ora in poi citato come: F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²²), Rdnr. 2; M. VOLLKOMMER, M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, (fondato da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 28. Aufl., Köln, 2010 (d'ora in poi citato come: R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸), § 52 Rdnr. 2. Più moderato L. ROSENBERG, K. H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München, 2010, § 44 Rdnr. 3, che semplicemente afferma come la capacità di stare in giudizio sia un concetto esclusivamente *processuale*, e la disposizione di cui al § 51 ZPO abbia semplicemente lo scopo di ancorare le regole sulla capacità processuale a quelle sulla capacità negoziale del diritto civile; tale scopo sarebbe poi “confermato” nel successivo § 52 ZPO.

⁶ Tale riflessione sul § 51 Abs. 1 ZPO vale soltanto per quanto riguarda la capacità processuale, non invece per la “rappresentanza degli incapaci” e per la “necessità di particolari autorizzazioni alla conduzione di un processo”, pure ivi disciplinate: per questi ultimi istituti il rinvio al diritto civile contenuto nella disposizione mantiene un valore e un significato precisi e non risulta superato da altre disposizioni.

funzione determinante nel chiarire altri aspetti, diversi e ulteriori rispetto al collegamento con la capacità di assumere obbligazioni contrattuali: da esso non emerge in alcun modo un chiarimento su *che cos'è* la capacità processuale e sulla funzione che essa riveste nel processo, e di conseguenza neppure alcun chiarimento utile sulla sua *necessità* – dato che di necessità si può parlare solo rispetto a uno scopo, e questo scopo non si lascia cogliere nel § 51 Abs. 1.

Se questa considerazione è corretta, il messaggio complessivo che emerge dalle due disposizioni citate circa l'identità dei soggetti dotati o privi della capacità di stare in giudizio si riduce al messaggio contenuto nel § 52 e può essere sintetizzato così: la capacità di stare in giudizio è legata a doppio filo alla capacità di diritto sostanziale di assumere obbligazioni contrattuali, tanto che solo chi possiede quest'ultima può vantare la prima.

Quanto all'oggetto del rinvio, occorre rilevare, invero, che di una “capacità contrattuale” come categoria a sé stante non si trova traccia nel BGB: il codice civile tedesco non contiene alcuno specifico riferimento a tale concetto. Le capacità, intese come “attitudini” delle persone fisiche, che il BGB conosce e descrive sono esclusivamente la capacità di rispondere delle conseguenze dei propri illeciti (*Deliktsfähigkeit*⁷) e la capacità di concludere negozi giuridici (*Geschäftsfähigkeit*). È facile immaginare, tuttavia, che il punto di partenza per stabilire chi è capace di concludere contratti e così, al contempo, di agire in giudizio, sia rappresentato proprio da quest'ultima capacità, cui il BGB dedica i §§ 104 – 113 BGB: se il contratto è *species* del *genus* negozi, infatti, la capacità di obbligarsi attraverso un contratto è anch'essa un sottoinsieme di quel dominio più ampio che è l'attitudine generale a concludere atti negoziali.

Il § 104 BGB è rubricato “incapacità negoziale” (*Geschäftsunfähigkeit*) e in esso, attraverso una ripartizione su due punti, si delinea l'identità delle persone prive della capacità di concludere negozi giuridici⁸: la persona che “non ha compiuto il settimo anno di età” e quella che “si trova in uno stato di patologico turbamento delle

⁷ La c.d. *Deliktsfähigkeit* è disciplinata dai §§ 827 e 828 BGB.

⁸ È importante notare come anche il §104 BGB non abbia subito, nella sua struttura, alcuna modifica da parte delle riforme avvicendatesi nel corso di oltre un secolo. Il nr. 3) dell'elenco ivi contenuto è caduto con l'approvazione della *Betreuungsgesetz* (promulgata il 12.9.1990 e entrata in vigore il 1.1.1992), ma i nn. 1) e 2) nonché la struttura complessiva della disposizione sono rimaste inalterate.

facoltà psichiche tale da escludere la libera determinazione del suo volere, a meno che non si tratti di uno stato per sua natura temporaneo”.

Letta in combinato con il § 52 ZPO, tale norma fornisce già un'importante informazione utile per dare un contenuto alla nozione di *Prozessfähigkeit* e soprattutto alla categoria dei soggetti *prozessfähig*: si può con certezza affermare che le persone di cui parla il § 104 BGB, classificate come prive della capacità negoziale, non potendo concludere negozi giuridici in generale, non possono certamente assumere un'obbligazione attraverso quel particolare negozio giuridico che è il contratto, e dunque sono sempre *prozessunfähig*.

È evidente, tuttavia, che le informazioni fornite dal § 104 BGB danno un contenuto solo parziale al § 52 ZPO. E infatti, tutti i *geschäftsunfähig* sono necessariamente *prozessunfähig*, ma non è vero il contrario: gli incapaci processuali non sono soltanto i soggetti descritti dal § 104 BGB. Lo “scarto” che c'è fra la *Geschäftsfähigkeit/Geschäftsunfähigkeit* di cui parla la norma sostanziale e la capacità di obbligarsi per mezzo di contratti menzionata nel paragrafo della ZPO esclude una perfetta sovrapposizione fra le due categorie.

Le disposizioni che consentono di tracciare un quadro completo sulla capacità processuale e sui soggetti che la hanno (e che ne sono privi) sono i §§ 106, 107 e 108 BGB. Tali disposizioni individuano una categoria intermedia, quella dei soggetti con capacità limitata (*beschränkt geschäftsfähig*), costituita dai minori che hanno compiuto il settimo anno di età: essi, per rilasciare dichiarazioni di volontà da cui non derivino loro soltanto dei vantaggi giuridici, hanno bisogno del consenso del loro rappresentante legale, a pena di inefficacia della dichiarazione stessa. Lette in parallelo con il § 52 ZPO, da tali disposizioni si ricava che anche i *beschränkt geschäftsfähig*, non potendo autonomamente concludere negozi che comportino per loro, oltre a vantaggi, anche dei “pesi”, degli “obblighi”, certamente non possono autonomamente concludere contratti con cui assumono delle obbligazioni; pertanto, sono anch'essi da annoverare fra i soggetti privi della capacità processuale ai sensi del § 52 ZPO.

Alla luce dell'“indagine normativa” sin qui abbozzata, si può dunque fornire una prima risposta all'interrogativo che ci si è posti, e cioè quali sono i confini della *Prozessfähigkeit* – chi sono i *prozessfähig* e chi i *prozessunfähig* –, una risposta

astratta, naturalmente, che prescinde da ogni contenuto e si concentra sulle relazioni fra le norme: la ZPO affida al diritto civile e alle sue categorie il compito di stabilire chi sono i soggetti capaci di stare in giudizio; l'oggetto del rinvio è rappresentato dalle regole contenute nei §§ 104 ss. del BGB, riguardanti la capacità di concludere negozi giuridici; l'identità dei soggetti *prozessunfähig* si ricava dalla sovrapposizione del § 52 ZPO con i §§ 104, 106, 107 e 108 BGB; sono *prozessunfähig* tanto i soggetti descritti dal § 104 BGB, in quanto privi della capacità negoziale in generale, tanto i soggetti ricompresi nei §§ 106 ff. BGB, in quanto privi della capacità di concludere autonomamente contratti da cui derivino loro non soltanto vantaggi.

2. *L'identità dei soggetti incapaci (prozessunfähig). I minori e i destinatari di misure di protezione: consonanze (e qualche differenza) con gli incapaci di stare in giudizio ai sensi dell'art. 75 c.p.c*

L'utilizzo del rinvio, e cioè di una definizione "indiretta" dei confini della capacità processuale, rappresenta un tratto – si è già detto – comune della tecnica normativa utilizzata dal nostro art. 75 c.p.c. e dai §§ 51 e 52 della ZPO.

Diverso è, invece, l'oggetto del rinvio: senza volersi addentrare in approfondimenti civilistici sul punto, che sarebbero troppo vasti per poter essere condotti in maniera esaustiva in questa sede (e che esulerebbero dallo scopo dell'indagine che si è intrapresa), qui è sufficiente rilevare che, se nel BGB il *focus* è la capacità negoziale, il nostro codice civile, non conoscendo la categoria del negozio giuridico, disciplina la capacità come attitudine soggettiva riferendola al compimento degli atti giuridici. Un altro elemento di diversità che vale la pena notare "in punta di penna", senza addentrarsi in spiegazioni – ma precisando che ciò che si dice avrà rilievo per questioni che si verranno ad affrontare in seguito – è la diversa formulazione delle due disposizioni che costituiscono oggetto del rinvio: mentre nostro art. 2 c.c. parla di capacità in positivo e dei soggetti a cui essa spetta, il § 104 BGB, con una formulazione molto diretta e schematica, definisce i contorni dell'incapacità ed elenca i soggetti incapaci.

Nonostante le menzionate diversità, le categorie dei soggetti dotati e dei soggetti privi della capacità processuale in Italia e in Germania sono in parte coincidenti.

Anzitutto, nell'ordinamento processuale tedesco – così come in quello italiano – sono incapaci di stare in giudizio i soggetti minori di età. Mentre, ai fini della capacità sostanziale, il BGB distingue fra i minori di sette anni e minori di età compresa fra i sette e i diciotto, negando ai primi qualsiasi capacità e attribuendo ai secondi una capacità parziale, da “completare” con il consenso del rappresentante (§ 106 BGB), la ZPO non conosce che una linea di demarcazione: la capacità processuale o è piena oppure difetta totalmente (e a tale difetto si supplisce con lo strumento rappresentativo)⁹. Come si è già accennato, dunque, sia i minori che per il diritto sostanziale sono *geschäftsunfähig*, sia quelli ritenuti *partiell geschäftsfähig*, nel processo sono considerati incapaci.

Come nel nostro sistema, anche nell'ordinamento tedesco all'incapacità processuale dei minori si rimedia attraverso la rappresentanza processuale dei genitori¹⁰; ma se da noi è la distinzione fra atti di ordinaria/straordinaria amministrazione (che opera anche con riferimento all'attività processuale¹¹) a

⁹ Una capacità processuale “parziale” sulla falsa riga della capacità negoziale parziale dei *beschränkt geschäftsfähig*, benchè astrattamente pensabile (il minore con più di sette anni dovrebbe richiedere il consenso del suo rappresentante legale per la conduzione del processo e per il compimento di tutti gli atti processuali) si rivela in concreto: a) difficilmente conciliabile con il dinamismo e la complessità del processo, che esige tempi celeri e immediatezza e non tollererebbe le situazioni di *impasse* che si verrebbero a creare laddove il rappresentante non desse (o tardasse a dare) il proprio consenso; b) inopportuna, dato che il giudice sarebbe tenuto a “dialogare” e confrontarsi direttamente con la parte minorenni, teoricamente anche con un bambino di otto anni; c) inaccettabile, perché quest'ultimo (il minore) si troverebbe a dover sopportare tutte le possibili conseguenze della sua condotta processuale e i costi del processo. V. in questo senso le approfondite riflessioni di R. BORK, § 51, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., Rdnr. 3.

¹⁰ Rappresentanti legali dei minori sono, ai sensi del § 1629 BGB, i genitori congiuntamente; questa regola della rappresentanza congiunta vale sia per gli atti sostanziali sia per il processo, in forza del rinvio contenuto nel § 52 ZPO alla rappresentanza sostanziale

¹¹ Si ritiene infatti che la distinzione fra ordinaria e straordinaria amministrazione tracciata dall'art. 320 c.c. valga anche per il processo. La dottrina tende a ritenere che costituiscano attività di ordinaria amministrazione le azioni volte alla conservazione del patrimonio, come le azioni di risarcimento dei danni, azioni dirette a ottenere l'adempimento dell'obbligo alimentare: v. F. RUSCELLO, *La potestà dei genitori. Artt. 320-323*, in F.D. BUSNELLI (a cura di) *Il Codice civile. Commentario*. Milano, 2007, 113; A. C. PELOSI, *Della potestà dei genitori*, in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, 366. Cfr. però Cass. 13 aprile 2010 n. 8720, secondo cui “[...] la transazione avente ad oggetto la controversia relativa al risarcimento del danno, stipulata dal genitore nell'interesse del figlio minore, costituisce atto di straordinaria amministrazione quando abbia ad oggetto un danno che, per la sua natura e la sua entità, possa incidere profondamente sulla vita presente e futura del minore danneggiato”.

determinare se il potere rappresentativo dei genitori possa essere esercitato anche in maniera disgiunta, da uno solo di essi, in Germania la rappresentanza genitoriale è esercitata sempre (salvo eccezioni) in maniera congiunta¹².

Mentre la regola dell'incapacità processuale dei minori *geschäftsunfähig* (di età inferiore a sette anni) non conosce eccezioni, importanti sono invece le eccezioni che soffre la regola dell'incapacità processuale dei *beschränkt geschäftsfähig* (i minori di età compresa fra i sette e i diciotto anni), fra le quali spiccano notevoli somiglianze con i casi di “speciale capacità” del minore nell'ordinamento italiano. Se autorizzato dal rappresentante legale e dal *Familiengericht* ad intraprendere autonomamente un'attività lucrativa, il minore che ha compiuto i sette anni ha piena capacità negoziale per la conclusione dei negozi correlati all'esercizio della stessa (§ 112 BGB) e di conseguenza è anche *prozessfähig* nei processi correlati¹³; se autorizzato dal rappresentante legale a eseguire un lavoro o un servizio, è illimitatamente capace di agire per i negozi giuridici inerenti “*la costituzione o l'estinzione di un rapporto di servizio o di lavoro del tipo consentito o per*

Va detto altresì che nel nostro ordinamento a distinzione fra attività processuale di ordinaria e di straordinaria amministrazione è rilevante, ai sensi dell'art. 320 co. 3 c.c., anche sotto un altro profilo: soltanto con riferimento alla prima i genitori che intendono agire in giudizio in nome e per conto del figlio devono munirsi dell'autorizzazione del giudice tutelare; con riferimento alla seconda (nel cui ambito rientrano, come si è detto, giudizi aventi finalità semplicemente conservative del patrimonio del minore) l'autorizzazione non è richiesta. Secondo la giurisprudenza unanime, prescinde invece da questa distinzione l'attività di resistenza in giudizio in qualità di convenuti, per cui in ogni caso l'autorizzazione non è necessaria: v. ad es., Cass. 17 aprile 1987 n. 3787, Cass. 5 maggio 1984 n. 2199, Cass. 7 luglio 1983 n. 4573.

¹² Eccezioni alla regola della rappresentanza congiunta, per cui il potere rappresentativo può essere efficacemente esercitato da uno soltanto dei genitori, si hanno nei seguenti casi: per la semplice ricezione di dichiarazioni di volontà (§1629 Abs. 1 BGB, c.d. *Empfang von Willenserklärungen*), il che si ritiene valga sul piano processuale anche per la ricezione di notificazioni, ex §170 Abs. 3 ZPO; in ogni caso in cui vi sia pericolo nel ritardo (§1629 commi 1 s. 3 BGB, che parla di *Gefahr im Verzug*); ovviamente, nel caso in cui l'esercizio della potestà genitoriale spetti a uno solo dei genitori (§1629 Abs. 2 BGB); in caso di accordo dei genitori in tal senso. Cfr., per una spiegazione delle singole fattispecie, D. SCHWAB, in K. REBMANN, F. J. SÄCKER, R. RIXECKER (diretto da) *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Aufl., München, 2006 (d'ora in poi citato come: AA. Vv., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵), § 1629 Rdnr. 33.

¹³ La possibilità per il minore di esercitare autonomamente un'attività di impresa e di stare in giudizio autonomamente nei procedimenti relativi soggiace invece a presupposti assai differenti nei due sistemi: in Germania è accessibile a tutti i minori con *beschränkte Prozessfähigkeit* (cioè ai soggetti maggiori di sette anni), a condizione però che ottengano l'autorizzazione non solo del rappresentante legale ma anche del *Familiengericht* (e con questo vincolo si pone un contrappeso molto forte alla bassa soglia di età); in Italia, invece, il collegamento necessario fra esercizio d'impresa da parte del minore (sempre previa autorizzazione giudiziale) e *status* di minore emancipato attraverso il matrimonio rende praticamente inoperante la previsione dell'art. 397 c.c., viste la scarsissime fortuna dell'istituto dell'emancipazione ai giorni nostri.

l'adempimento degli obblighi nascenti da un simile rapporto”¹⁴ e, come riflesso, ha anche la capacità processuale nei processi che da tali rapporti sorgono¹⁵ (§ 113 BGB); se il minore ha contratto matrimonio, ha piena capacità processuale nei procedimenti matrimoniali (§ 125 FamFG), e in ogni caso è capace di stare autonomamente nel procedimento di impugnazione della paternità (§ 1600 a Abs. 2 BGB)¹⁶.

Accanto ai minori, un'altra categoria di incapaci processuali comune ai due ordinamenti è quella formata da (alcuni fra i) beneficiari delle c.d. misure di protezione dei soggetti deboli. Categoria, questa, di cui in realtà né i §§ 104 ss. BGB (cui il § 52 ZPO rinvia) né l'art. 2 c.c. (richiamato indirettamente dall'art. 75 c.p.c.) fanno espressa menzione, che si ricava soltanto se si vanno a esaminare le disposizioni di legge dedicate, appunto, alle menzionate misure. Si scopre così che, come in Italia sono incapaci processuali gli interdetti, gli inabilitati e in alcuni casi i beneficiari di amministrazione di sostegno, in Germania – dove gli istituti della *Entmündigung* (la nostra interdizione) e della *Gebrechlichkeitspflegeschaft* (curatela dei maggiori di età) sono stati abrogati da tempo¹⁷ – i destinatari dell'unico istituto di tutela in vigore, vale a dire la *Betreuung*, possono anch'essi in determinati casi essere *geschäfts- e prozessunfähig*.

¹⁴ La traduzione dei paragrafi del BGB riportata fra le virgolette è di A. SOMMA, § 112, in S. PATTI (a cura di), *Codice civile tedesco*, Milano, 2005.

¹⁵ In Italia il minore prestatore di lavoro, che ha capacità sostanziale piena limitatamente alla sfera lavorativa, ha anche la capacità di stare in giudizio ed esercitare autonomamente le azioni che dal rapporto di lavoro derivano. Una differenza rispetto al sistema tedesco si può rilevare tuttavia in ciò: mentre nel nostro ordinamento l'acquisto della capacità avviene in modo automatico con il superamento della soglia di età prevista dalla legge, nel sistema tedesco occorre comunque l'autorizzazione del rappresentante legale, che può essere ritirata o limitata in ogni momento anche dopo il superamento dell'età fissata (non già dal BGB, bensì) dal JArbSchG a quindici anni (cfr. §2 e §5 Jugendarbeitsschutzgesetz – JArbSchG – che vietano in via generale ai datori di lavoro l'assunzione di minori di età inferiore ai quindici anni).

¹⁶ Tutti questi casi di speciale capacità sono chiaramente il riflesso sul piano processuale di altrettante eccezioni alla regola della incapacità negoziale (*rectius*, della capacità negoziale soltanto parziale di tale categoria di soggetti) sul piano sostanziale. In queste ipotesi è attribuita al minore una capacità negoziale e processuale piena ma soltanto nell'ambito di un determinato oggetto, ben circoscritto: si parla infatti, in questi casi, di *sachlich beschränkte Prozessfähigkeit*: cfr. L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 44 Rdnr. 15 ss.

¹⁷ La *Betreuungsgesetz*, promulgata il 12.9.1990 ed entrata in vigore il 1.1.1992, contestualmente all'introduzione dell'istituto della *Betreuung*, ha abrogato l'interdizione (*Entmündigung Volljähriger*, disciplinata dall'abrogato § 6 BGB), la tutela degli interdetti (*Vormundschaft ueber Volljährige*, regolata dal §§ 1896 ss. BGB nella versione precedente all'entrata in vigore della *Betreuungsgesetz*) e la curatela dei maggiori di età (*Gebrechlichkeitspflegeschaft*, §§ 1910, 1920 BGB sempre nella versione ante *Betreuungsgesetz*).

A parte questo dato generalissimo, la categoria degli incapaci processuali sottoposti a *Betreuung* non ha però nulla in comune con i nostri interdetti e inabilitati, e presenta notevoli differenze – dal punto di vista della capacità, che è quello che in questa sede più interessa – anche rispetto ai soggetti beneficiari di amministrazione di sostegno. La *Betreuung* è una misura di protezione¹⁸ del soggetto maggiorenne che, “in ragione di una malattia psichica o di un impedimento di tipo fisico, mentale o psichico non è in grado di provvedere ai propri affari”, e sua peculiare caratteristica è proprio quella di non incidere sulla capacità del beneficiario: quest'ultimo (il c.d. *Betreute*) è dotato della capacità di cui ai §§ 104 ss. BGB¹⁹ e dunque, per il parallelismo tra capacità negoziale e capacità processuale, è *prozessfähig*; il suo *Betreuer*, nell'ambito delle funzioni a lui affidate, ha bensì la rappresentanza del *Betreute*, ma si tratta di una rappresentanza “pura e semplice” (§ 1902 BGB), aggiuntiva e non sostitutiva²⁰. L'istituto attraverso il quale è possibile “scalfire” la capacità del *Betreute* è quello dell'*Einwilligungsvorbehalt* (“riserva di consenso”): dispone il § 1903 BGB che, nei casi in cui ciò si renda necessario “per scongiurare un rilevante pericolo per la persona o per il patrimonio del beneficiario”, il giudice tutelare può prevedere che il *Betreute*, per il compimento di ogni atto nell'ambito delle attività in cui la *Betreuung* opera, debba ottenere il consenso (*Einwilligung*) del *Betreuer*. Nell'ambito di operatività dell'*Einwilligungsvorbehalt*, la condizione del *Betreute* è espressamente equiparata dalla legge a quella del minore che ha compiuto i sette anni²¹; egli è dunque, sul piano sostanziale, *beschränkt geschäftsfähig*, cioè dotato di una capacità parziale che si completa con il consenso del *Betreuer*²²; sul piano processuale, in forza del più volte citato § 105 BGB, è *prozessunfähig*, e sta in giudizio nella persona del *Betreuer*. Al di fuori, invece, della

¹⁸ Si mutua qui l'espressione utilizzata nel titolo XII del libro I del nostro codice civile, così come modificato dalla novella del 2004 (l. 9 gennaio 2004 n. 6).

¹⁹ Lo si ricava *a contrario* dalle previsioni del § 1903 BGB; v. D. SCHWAB, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., §1903 Rdnr. 1 e ampiamente R. BORK, *Die Prozessfähigkeit nach neuem Recht*, MDR, 1991, 97 ss.

²⁰ Calzante l'espressione di D. SCHWAB, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., §1896 Rdnr. 134: il *Betreute* è “*neben dem Betreuer selbständig handlungsfähig*”.

²¹ V. l'ultimo periodo del primo Abs. del §1903 BGB, in cui si dice che trovano applicazione i §§108-113, 131 Abs. 2 e 210 BGB – disposizioni che riguardano i *beschränkt Prozessfähigen*.

²² Cfr. quanto già si è detto a proposito dei soggetti *beschränkt prozessfähig* nel par. 2.1.

sfera di attività per cui è disposto l'*Einwilligungsvorbehalt*, il soggetto rimane capace sia sul piano sostanziale che su quello processuale²³.

La Germania, dunque, non conosce (meglio, non conosce più), relativamente ai soggetti maggiori di età, un'incapacità "totale", estesa a tutti gli atti di diritto sostanziale e a tutte le controversie - come invece la conosce il nostro ordinamento, in cui l'interdizione e l'inabilitazione sono istituti ancora vigenti.

Un'importante differenza fra soggetti capaci e incapaci nei due sistemi di riferimento si rileva invece nel caso del fallito: mentre il fallito in Italia è considerato privo della capacità di stare in giudizio (intesa in questo caso come legittimazione *ad processum* e non come capacità processuale), nei procedimenti riguardanti diritti patrimoniali compresi nel fallimento, l'*Insolvenzschuldner* tedesco, benché privo della capacità di disporre del patrimonio appartenente alla massa fallimentare, è considerato processualmente capace ai sensi dei §§ 51 ss. ZPO; la sua incapacità di disporre si traduce, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, in un difetto della *Prozessführungsbefugnis*, cioè di legittimazione ad agire, e in una legittimazione straordinaria ad agire dell'*Insolvenzverwalter* in riferimento ai rapporti rientranti nella massa fallimentare²⁴.

²³ La dottrina maggioritaria esclude che l'*Einwilligungsvorbehalt* possa ricomprendere direttamente l'attività di conduzione dei processi in se stessa (*Prozessführung*) e il compimento degli atti processuali; si sostiene infatti che il § 1903 BGB si riferisca unicamente ai *Rechtsgeschäfte*, cioè ai negozi di diritto sostanziale, e solamente in modo indiretto all'attività processuale che da essi può derivare. Cfr., in questo senso, W. ZIMMERMANN, in H. T. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 1903, Rdnr. 27 e D. SCHWAB, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., §1903 Rdnr. 24.

²⁴ Per inquadrare la posizione giuridica del fallito, la giurisprudenza e la dottrina assolutamente maggioritarie si rifanno alla teorica della c.d. *Partei kraft Amtes* (espressione utilizzata anche dal legislatore nel §116 ZPO): in questo concetto si riassumono casi di legittimazione straordinaria di soggetti come l'*Insolvenzverwalter*, appunto, il *Nachlassverwalter*, il *Testamentvollstrecker*, che non agiscono solo nell'interesse del soggetto titolare del diritto sostanziale ma anche a tutela dell'interesse di terzi (nel caso dell'*Insolvenzverwalter*, nell'interesse dei creditori) e devono portare avanti il loro ufficio in maniera "neutrale" (proprio quest'idea della neutralità, cui si ritiene queste figure debbano ispirarsi, è ritenuta inconciliabile con la tesi della rappresentanza). In questo senso v., fra i molti, R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 51, Rdnr. 21 e Vor § 50 Rdnr. 27; M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, § 51 Rdnr. 7; L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 40 Rdnr. 13 ss., che riporta anche numerosi riferimenti giurisprudenziali.

3. (segue) *Gli infermi di mente ai sensi del § 104 nr. 2 BGB: una categoria sconosciuta al nostro ordinamento processuale*

Oltre ai minori e ai beneficiari di *Betreuung* con *Einwilligungsvorbehalt*, l'ordinamento tedesco conosce un'altra categoria di soggetti privi della capacità (negoziale e) processuale.

Si tratta delle persone che, ai sensi del nr. 2 del § 104 BGB, “si trovano in una condizione di patologico disturbo delle facoltà mentali, per sua natura non transitoria, tale da escludere la libera determinazione della volontà”.

La loro incapacità è definita dalla legge come il risultato della sommatoria di varie condizioni di fatto: vi dev'essere un disturbo mentale di tipo patologico, cioè una malattia o una condizione di debolezza mentale (*Geistesschwäche*)²⁵; come conseguenza della patologia deve aversi una compromissione della libera determinazione della volontà del soggetto²⁶; questa carenza di “libera volontà” come riflesso causale della malattia deve rappresentare una condizione “per sua natura” non transitoria, non temporanea (deve trattarsi di uno stato duraturo o continuativo, determinato dalla natura stessa del disturbo)²⁷.

Al concorrere di tutti gli elementi descritti, la persona maggiorenne è – ai fini della capacità, negoziale e processuale – equiparata dalla legge al soggetto minore

²⁵ Cfr. J. SCHMITT, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 104 Rdnr. 10 e 14, secondo cui la *Geisteskrankheit* di cui al §104 nr. 2 BGB può comprendere oltre alla malattia mentale, anche la “debolezza” mentale (*Geistesschwäche*); psicopatia e tossicodipendenza non sono considerati disturbi patologici delle facoltà mentali, mentre invece può esserlo la depressione maniacale laddove escluda la libera determinazione del volere.

²⁶ In altri termini, il riflesso che la patologia deve produrre, per avere rilievo i fini della capacità negoziale e processuale, deve misurarsi non tanto sul terreno delle facoltà intellettuali quanto su quello della capacità di volere, di formarsi una volontà libera e incondizionata. Questa necessaria incidenza della malattia sulla capacità di volere (di volere liberamente) è sottolineata con particolare enfasi da tutti i commentatori della disposizione in questione: v. ad es. J. SCHMITT, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 104 Rdnr. 14; W. HEFERMEHL, in H. T. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 104 Rdnr.4.

²⁷ Laddove questi disturbi mentali che compromettono la formazione della volontà non presentino la caratteristica della durata e siano quindi transitori, come nel caso di una compromissione della sfera volitiva per abuso di alcool, tossicodipendenza o come effetto dell'assunzione di farmaci (J. SCHMITT, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., §105 Rdnr. 41) o nello stato di temporanea incoscienza a seguito di incidente (J. ELLENBERGER, in O. PALANDT (fondato da), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 70. Aufl., München, 2011, § 104 Rdnr. 4), allora si ricade fuori dell'ambito di applicazione del § 104. Secondo J. SCHMITT, *op. ult. cit.*, § 104 Rdnr. 12, il requisito della non transitorietà non è, in ogni caso, sinonimo di incurabilità della malattia.

che non ha compiuto i sette anni (cui si riferisce il nr. 1 del medesimo § 104 BGB)²⁸:
è *geschäftsunfähig* e, per conseguenza, *prozessunfähig*.

I rilievi fondamentali da compiere al fine di evidenziare le peculiarità della regola in questione e della categoria di incapaci che essa viene a delineare, sono i seguenti:

- in primo luogo, la condizione che la norma descrive è una condizione psico-fisica della persona, che si realizza al ricorrere di una serie di presupposti di fatto, non giuridici;

- in secondo luogo, e diversamente dalla minore età (per cui il *discrimen* capaci/incapaci è tracciato “una volta per tutte” dalla legge sulla base di una tipizzazione²⁹), la valutazione e l'accertamento di questa situazione di fatto è da effettuarsi volta per volta, caso per caso, da parte del giudice;

- in terzo luogo, e diversamente dal caso dei soggetti sottoposti a *Betreuung* (in cui l'accertamento di presupposti di fatto conduce all'adozione di una misura di protezione), qui siamo al di fuori dell'ambito degli istituti di protezione: al ricorrere dei presupposti di fatto menzionati, l'incapacità negoziale e processuale della persona si determina non come effetto di un provvedimento “protettivo” né di alcun

²⁸ La sovrapposizione fra l'incapacità del minore degli anni sette e quella del *Geisteskranke* nel senso descritto non è tuttavia, totale: mentre per il primo l'incapacità – negoziale e processuale – è estesa a tutti gli ambiti della vita, a 360°, e non conosce eccezioni, l'incapacità del *Geisteskranke* di cui al § 104 nr. 2 BGB può, in date particolare ipotesi di creazione giurisprudenziale, essere limitata nella sua estensione. Dalla constatazione che l'infermità mentale patologica sopra descritta non necessariamente incide sulla libera determinazione della volontà nel suo complesso, ma che all'opposto essa può colpire anche soltanto un determinato “settore” del volere, lasciando inalterati tutti gli altri, dottrina e giurisprudenza hanno tratto la conclusione che, nel caso da ultimo menzionato, anche la privazione della capacità debba riguardare quel determinato ambito della sfera volitiva, e che in tutti gli altri la capacità del soggetto debba rimanere piena e inalterata. I casi che concretano questa incapacità “circoscritta per oggetto” non sono, per la verità, numerosi; nell'esperienza delle corti tedesche essi si riducono a due: quello del soggetto che soffre di gelosia patologica, da ritenersi incapace soltanto nell'ambito delle questioni coniugali (cfr. ad esempio BVergE 2003, 1382 f., in cui si afferma che la prognosi decisamente negativa dell'esito della causa può essere uno degli indici della presenza di una patologia che esclude la capacità per quell'ambito di attività) e quello del *Querulant* patologico (soggetto la cui patologia consiste nel sentirsi costantemente vittima di ingiustizie, portandolo ad agire in giudizio per motivi inesistenti o futili), considerato incapace soltanto per quanto riguarda l'attività di *Prozessführung* (cfr. BAG AP nr. 1 zu § 104 BGB, caso in cui l'incapacità è ritenuta addirittura circoscritta alla sola conduzione delle liti di lavoro; in dottrina cfr. S. LUBE, *Die Prozessfähigkeit eines Querulanten im Verfahren*, in MDR 2009, 63 ss.; J. ELLENBERGER, in O. PALANDT (fondato da), *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 104 Rdnr. 6; J. SCHMITT, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 104 Rdnr. 17).

²⁹ Utilizza il termine “*Typisierung*” per indicare appunto una tipizzazione, una regola standardizzante e generalizzata M. REINICKE, *op. cit.* spec. 38 ss., 228-229, 249 ss..

provvedimento giudiziale, bensì come diretta conseguenza degli elementi di fatto che il giudice ha accertato sussistenti.

Se si circoscrive l'attenzione al tema che in questa sede maggiormente interessa, vale a dire la *Prozessfähigkeit*, si può sinteticamente affermare che la caratteristica fondamentale di questa norma sia quella di attribuire a qualsiasi giudice, nell'ambito di qualsiasi processo civile, il compito di valutare la sussistenza dei presupposti di fatto descritti, con il risultato che, se l'accertamento dà esito positivo (il giudice ritiene che tutte le condizioni contestualmente richieste dalla norma sussistano), la parte, nell'ambito di quel processo, è ritenuta *prozessunfähig*. Ciò, peraltro, avviene in maniera del tutto indipendente da un eventuale procedimento di *Betreuung* pendente o già concluso, ed in modo indipendente dalle valutazioni effettuate in quella sede.

4. *Il rilievo processuale dell'incapacità "di fatto": un confronto fra due diversi modelli normativi e le loro "coperture" costituzionali: l'art. 103 GG e l'art. 24 Cost.*

La categoria di incapaci processuali tratteggiata dal combinato disposto del § 104 nr. 2 BGB e del § 52 ZPO non può non destare qualche stupore in chi, conoscendo la fisionomia della capacità processuale nell'ordinamento italiano, si affacci all'ordinamento tedesco con l'intento di esaminare alcuni profili della *Prozessfähigkeit*. La figura dell'incapace processuale *Geisteskranke* di cui al § 104 nr. 2 BGB non sembra, infatti, avere omologhi nel nostro processo civile, dove l'incapacità processuale deriva direttamente dalla legge (è il caso dei minori) oppure da un provvedimento giudiziale ablativo della capacità di agire, emesso all'esito di un procedimento tipico a ciò preordinato (il processo di interdizione o di inabilitazione, il procedimento di nomina dell'amministratore di sostegno); non pare invece esservi spazio per un'incapacità processuale "di fatto", da accertare caso per caso da parte del giudice nell'ambito di un procedimento diverso da quello atto a concludersi con una misura di protezione.

L'incapacità processuale dei soggetti infermi di mente ai sensi del § 104 nr. 2 BGB segna, dunque, un evidente punto di difformità fra i due ordinamenti processuali.

Questa difformità, peraltro, prima ancora che sul piano del processo (e della capacità processuale), si misura sul piano del diritto materiale. È anzitutto a livello di capacità sostanziale che i due ordinamenti divergono: il § 104 nr. 2 BGB attribuisce rilievo, ai fini della capacità negoziale, ad una condizione che invece non assume importanza ai fini della capacità di agire di cui all'art. 2 c.c. Ma se si superano i confini tracciati dall'art. 2 c.c., non è difficile constatare che situazioni di incapacità "di fatto" corrispondenti o analoghe a quelle descritte dal § 104 nr. 2 BGB non sono affatto irrilevanti per il nostro ordinamento civile. La *Geisteskrankheit*, intesa come inattitudine psichica incidente sulla sfera del volere, non "coperta" da misure di protezione, è una figura che presenta molti punti in comune con ciò che da noi prende il nome di "incapacità di intendere o di volere" o "incapacità naturale". È facile immaginare che il soggetto considerato in Germania *Geisteskrank* ai sensi del § 104 nr. 2 BGB, e perciò incapace di concludere negozi giuridici, nel nostro ordinamento sarebbe considerato "incapace di intendere o di volere" ai sensi dell'art. 428 c.c, con la conseguenza che gli atti e i contratti da lui conclusi sarebbero suscettibili di annullamento al concorrere delle condizioni previste da tale disposizione³⁰.

³⁰ Con questo non si sta affatto dicendo che vi sia una sovrapposizione fra la nostra incapacità naturale e la *Geisteskrankheit* tedesca. Gli elementi di diversità fra la condizione di "inettitudine" di cui parla l'art. 428 c.c. e quella descritta dal nr. 2 del § 104 BGB sono anzi numerosi: mentre quest'ultima norma richiede una condizione patologica, una malattia vera e propria, ai fini dell'art. 428 c.c. è sufficiente un turbamento delle facoltà psichiche non patologico, "che produce incapacità a consentire o a giudicare" (V. PIETROBON, voce *Incapacità naturale*, cit., 4; cfr., sul punto, anche A. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995, 399); nel primo caso il riflesso si deve necessariamente produrre sulla sfera volitiva, nel secondo può aversi anche solo su quella intellettuale, vista la disgiunzione "o" che nell'art. 428 c.c. separa l'intendere e il volere (cfr. R. PESCARA, *I provvedimenti di interdizione e di inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982, 795 ss.); il disturbo dev'essere nel primo caso "per sua natura" duraturo, mentre nel secondo può ben trattarsi di un'incapacità transitoria (v. sempre A. VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell'incapace*, cit., 399). Evidenti differenze si registrano, poi, in punto di effetti che alla condizione normativamente descritta si ricollegano: alla *Geisteskrankheit* che presenta le caratteristiche richieste si ricollega senz'altro, quale conseguenza diretta, l'incapacità negoziale del soggetto, e, ai sensi del § 105 BGB, la nullità dei negozi giuridici da questi compiuti; diversamente, l'incapacità di intendere o di volere ai sensi dell'art. 428 c.c. diviene giuridicamente rilevante solo al concorrere di determinate altre circostanze e l'effetto che si produce è l'impugnabilità del negozio concluso ad istanza del solo soggetto incapace (l'effetto è quindi soltanto eventuale ed *ex post*).

Nella sfera sostanziale, insomma, nonostante le importanti differenze sistematiche – rappresentate dal fatto che il § 104 BGB fa rientrare nella nozione “incapacità negoziale” sia ipotesi che nel nostro ordinamento sono inquadrare come situazioni di difetto di capacità “legale” di agire ai sensi dell’art. 2 c.c. sia ipotesi che noi qualificheremmo come incapacità naturale (o incapacità di intendere o di volere) ai sensi dell’art. 428 c.c. – l’inattitudine psichica o di incapacità “di fatto” del soggetto che stipula un contratto o conclude un negozio giuridico assume rilievo sia nel sistema tedesco sia in quello italiano.

È sul piano processuale che si registra una divaricazione maggiore fra i due ordinamenti. Mentre in Germania, come si è visto, l’infermità di mente descritta dalla legge sostanziale determina tanto la *Geschäftsunfähigkeit* quanto la *Prozessunfähigkeit*, nel nostro ordinamento l’incapacità naturale è rilevante sul piano negoziale, ma non sembra giocare alcun ruolo all’interno del processo, ai fini della capacità di cui all’art. 75 c.p.c.

In verità, l’irrelevanza della capacità naturale o, in termini più generici, della capacità “di fatto”, ai fini del riconoscimento della capacità di stare in giudizio, non è sancita espressamente dalla legge; è frutto, piuttosto, di una lettura consolidata, rispetto alla quale la dottrina³¹ e la giurisprudenza prevalenti si sono trovate concordi.

Ciò che in questa sede si vuole evidenziare è, nonostante le diversità, il “nucleo” comune fra le due figure: il fatto che entrambe danno rilievo giuridico ad una condizione di inattitudine mentale o psichica di fatto, non giuridica, e ricollegano ad essa conseguenze in termini di invalidità negoziale.

³¹ V. C. MANDRIOLI, *sub* art. 75, in E. ALLORIO (a cura di), cit., 894, F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 3 che afferma come la capacità processuale “si riferisce, nel disegno legislativo, a una condizione giuridica e non a una condizione fisio-psichica”. In ogni caso, per tutti gli altri autori, l’irrelevanza dell’incapacità naturale si desume a contrario, dal fatto che essa non viene menzionata fra le cause che determinano l’incapacità processuale. Gli unici autori che hanno provato a mettere in dubbio quest’assioma sono stati G. COSTANTINO, *Il giubileo del medico dei pazzi: l’incapace naturale nel processo civile*, in *Foro it.*, 1993, I, 1044 ss. (che fa una proposta decisamente originale, suggerendo di “considerare se possa dubitarsi della legittimità dell’art. 395 c.p.c. nella parte in cui non include, quale motivo di revocazione, l’incapacità naturale”); E. DALMOTTO, in *Giur. it.*, 1994, I, 20 ss; E. VULLO, *Nuove prospettive per la tutela processuale dell’incapace naturale*, in *Giur. it.* 1998, III, 1846 (che tuttavia finisce con il prendere atto dell’impossibilità, per la tutela processuale dell’incapace naturale, di avvalersi degli strumenti tradizionali pensati e costruiti per l’incapace legale); V. MAURINI, *L’incapacità naturale*, Padova, 2002, 189 (che giudica non “appagante la soluzione che si offre al problema della incapacità naturale nel processo civile”). È interessante notare, comunque, che già G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 592 nt. 1, pur non mettendo in dubbio l’irrelevanza dell’incapacità naturale nel processo (cui non fa neppure menzione), qualifica come “grave questione” quella dell’applicabilità estensiva della norma che prevedeva la nomina di un curatore speciale in caso di conflitto di interessi o di mancanza del rappresentante – art. 136 Codice del 1865, attuale 78 c.p.c. – anche all’infermo di mente non interdetto).

I giudici di legittimità hanno sempre sostenuto con fermezza, di fronte a qualche dubbio interpretativo delle corti di merito, che l'art. 428 c.c. (l'incapacità naturale ivi descritta) non svolge alcun ruolo nell'ambito processuale, rispetto agli atti del processo; che l'art. 75 c.p.c., nel momento in cui affida al giudice il compito di accertare se le parti sono “capaci di stare in giudizio”, e riconosce tale capacità nel “libero esercizio dei diritti che si fanno valere”, si riferisce ad una condizione giuridica e non ad una condizione fisiopsichica; che, pertanto, nessun giudice può effettuare “accertamenti incidentali” sulla capacità processuale di una parte, la quale può venir meno soltanto in conseguenza di un provvedimento giudiziale *ad hoc*, istitutivo di una misura di protezione in favore di quel soggetto³².

Alla base di questa lettura starebbero, secondo la Cassazione, sia motivazioni di tipo teleologico – la tutela dell'interesse a “conservare” e mantenere intatta la propria capacità processuale fino al momento in cui la sua ablazione non sia accompagnata da una misura di tutela, ordinata a conclusione di apposito procedimento – sia una ragione storica: alcuni dei progetti preliminari presentati in vista dell'approvazione del codice di rito del 1942, menzionavano espressamente, fra le cause di incapacità processuale, anche la semplice infermità di mente o, in ogni caso, una condizione analoga all'incapacità naturale³³; tali proposte furono però cancellate nei progetti successivi e non ne compare traccia nel testo definitivo dell'art. 75 c.p.c. Ciò confermerebbe proprio il fatto che il legislatore processuale, con l'art. 75 c.p.c., ha volutamente escluso la possibilità di attribuire rilievo all'incapacità naturale ed ha scelto, all'opposto, che la capacità processuale sia legata soltanto a forme di incapacità “giudizialmente dichiarate” (com'è nel caso dell'interdetto, dell'inabilitato e oggi talvolta – nei casi e con le precisazioni pocanzi descritte – del beneficiario di amministrazione di sostegno).

³² La sentenza che ha fatto scuola nell'affermazione dell'irrilevanza dell'incapacità processuale è Cass., sent. 4 giugno 1975, n. 2227, in *Foro it.*, 1976, I, p. 98, ma v. anche la più recente Cass. 4 aprile 2002 n. 4834.

³³ V. sempre Cass., sent. 4 giugno 1975, n. 2227, che riferisce come “[...] I lavori preparatori del vigente codice di rito confermano l'esposta interpretazione dell'art. 75. Lo schema Rocco (art. 11), infatti, prevedeva, oltre al difetto di rappresentanza legale, anche “l'incertezza e l'impossibilità di agire”; il progetto Redenti (art. 49) vi comprendeva anche la persona fisica “notoriamente inferma di mente”; ed il progetto preliminare Solmi (art. 10) estendeva la disposizione “all'infermo di mente anche se non interdetto”. Ma tutte queste più ampie disposizioni furono soppresse nei progetti successivi e nel testo definitivo”.

Questa lettura, se da un lato avalla l'interpretazione della Cassazione e della dottrina unanime, dall'altro mostra che la irrilevanza della capacità di fatto ai fini della capacità processuale non costituisce un caposaldo intoccabile del nostro ordinamento processuale, ma è frutto di una scelta del legislatore. Scelta, va detto, non priva di elementi di criticità: l'incapace naturale infermo di mente ma non interdetto, magari neppure in grado di rendersi conto che nei suoi confronti è stato instaurato un processo e certamente non in grado di difendersi adeguatamente, pone il giudice di fronte ad un evidente problema di giustizia e parità sostanziale delle parti³⁴. Ciò spiega anche il motivo per cui, nell'arco degli ultimi vent'anni, qualche giudice di merito abbia messo in dubbio il teorema dell'irrilevanza dell'incapacità naturale nel processo, in qualche caso provando ad "aggirare" l'ostacolo dell'art. 75 c.p.c. per attribuire rilievo giuridico all'incapacità naturale di una parte processuale e così offrirle degli strumenti di tutela³⁵, in altri casi chiedendo al giudice delle leggi di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di questo teorema.

Le questioni di costituzionalità – sollevate non solo rispetto all'art. 75 c.p.c., ma rispetto a varie disposizioni del nostro codice di rito che ricollegano alla capacità

³⁴ V. la domanda retorica che pone E. DALMOTTO, *op. cit.*, 20 ss. (in commento a Corte cost. sent. 2 novembre 1992 n. 468): "in effetti, come ammettere che l'incapace naturale possa efficacemente proteggere in sede processuale i propri interessi, quando magari non è neanche in grado di accorgersi che nei suoi confronti un processo è stato instaurato?". L'Autore commenta criticamente la decisione della Consulta che ha rigettato per infondatezza la questione di costituzionalità dell'art. 300 c.p.c.

³⁵ V. ad esempio Trib. Cuneo, 28 novembre 1997 (decr.), in *Giur. it.*, 1998, III, 1846 ss.: in un caso in cui l'impellente necessità di tutela del diritto fatto valere da un soggetto in stato di infermità psicofisica non avrebbe consentito di attendere l'instaurazione del procedimento di interdizione nei suoi confronti e la nomina del tutore (anche provvisorio), il giudice ha ritenuto di nominare allo stesso un curatore speciale ai sensi dell'art. 78 c.p.c. Occorre notare, tuttavia, che la pronuncia si pone in contrasto con la costante giurisprudenza di legittimità e costituzionale (cfr. Corte cost., ord. 3 maggio 2006 n. 198), che interpretano l'art. 78 c.p.c. nel senso di escludere la possibilità che il curatore sia nominato ad un soggetto a cui "manca" il rappresentante o l'assistente perché non gli è mai stato nominato (e dunque ad un'incapacità naturale). Cfr. anche E. VULLO, *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giur. it.* 1998, III, 1846, che, pur apprezzando i tentativi del Tribunale di Cuneo di offrire una tutela all'incapace naturale nei casi di urgenza, conclude che occorre prendere atto "dell'impossibilità di avvalersi del procedimento di nomina del curatore speciale ex art. 78 del codice di rito", dovendo l'interprete "farsi carico di cercare in altri istituti lo strumento più adatto alla tutela dei diritti dell'incapace naturale".

Un'altra soluzione, adottata da Trib. Torino, 22 ottobre 1997 (decr.), sempre in *Giur. it.*, 1998, III, 1849, è quella di applicare in via analogica l'art. 35, comma 6, della L. 833/1978 (che conferisce al giudice un generico potere di provvedere in situazioni di urgenza "per conservare e amministrare il patrimonio dell'infermo" che sia stato sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio). In questo caso E. VULLO, *op. loc. cit.*, pur giudicando apprezzabile tale soluzione "per aver valorizzato [...] le ragioni di natura ordinamentale che sono sottese all'impegno interpretativo e sistematico volto ad attribuire rilievo alla nozione di incapacità naturale nel contesto del processo civile", afferma che accontentarsi di fondare la tutela dell'incapace naturale sull'applicazione analogica delle norme speciali menzionate è "una via certamente praticabile, legittima e, allo stato delle cose, anche opportuna, ma non ancora del tutto appagante".

o alla perdita della capacità determinate conseguenze e che, secondo il diritto vivente non si riferiscono all'incapacità naturale³⁶ – hanno sempre avuto come parametro l'art. 24 della Costituzione, cioè il diritto di azione e difesa³⁷. La tesi dei giudici *a quo* era che, considerando l'incapace naturale alla stregua di un soggetto capace, e dunque lasciandolo stare in giudizio autonomamente, fosse lesa il suo diritto di difesa, inteso come “possibilità concreta” di difendere adeguatamente ed efficacemente i propri interessi nel processo.

La Corte, nelle diverse occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi sul punto, ha sempre ritenuto di non ravvisare alcun contrasto fra la norma impugnata e l'art. 24 Cost.³⁸; ha anzi affermato che proprio la regola dell'irrelevanza, il fatto cioè che la capacità processuale di un soggetto non possa essere toccata se non come conseguenza di una pronuncia di interdizione o inabilitazione³⁹, sarebbe posta a garanzia e a tutela del diritto di difesa dell'incapace naturale, che sarebbe garantito dall'eventualità di venir privato della capacità processuale in via, per così dire, incidentale. Quanto alle innegabili esigenze di “sostegno” della parte incapace soltanto “di fatto”, ai fini di un'adeguata ed efficace difesa dei propri interessi in giudizio, l'ordinamento appresterebbe già efficaci strumenti per farvi fronte: si tratterebbe proprio delle misure di protezione che il nostro ordinamento conosce (interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno)⁴⁰, e di altri rimedi ad esse

³⁶ Le disposizioni del c.p.c. che sono state oggetto di giudizio di costituzionalità nella parte in cui, secondo il diritto vivente, si riferiscono a un'incapacità giuridica e non a un'incapacità di fatto, sono state l'art. 75 (v. Corte cost. ord. 19 gennaio 1988 n. 41, e poi Corte cost. 30 maggio 1995 n. 206), l'art. 650 (v. Corte cost. 31 maggio 1988 n. 604), l'art. 300 (Corte cost. sent. 2 novembre 1992 n. 468), l'art. 78 (Corte cost. ord. 3 maggio 2006 n. 198).

³⁷ Altro parametro di costituzionalità sempre presente accanto all'art. 24 è, naturalmente, è il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). L'uguaglianza che i giudici *a quo* assumono violata è quella fra incapaci naturali e incapaci legali, laddove la medesima situazione di fatto – l'infermità mentale – darebbe vita a un trattamento giuridico diverso: gli incapaci naturali, a differenza degli incapaci legali, sono sprovvisti di un rappresentante legale, anche provvisorio, che stia in giudizio per essi e ne assuma le difese.

³⁸ Tutte le pronunce citate in nt. 36 hanno dichiarato l'infondatezza o persino la manifesta infondatezza della questione sollevata.

³⁹ La Corte fa riferimento anche al provvedimento di nomina di un tutore o di un curatore provvisorio nell'ambito dei relativi procedimenti.

⁴⁰ Per Corte cost., sent. 2 novembre 1992, n. 468, in *Foro it.*, 1993, I, 1043, il perno della tutela dell'incapace naturale nel processo è sempre la promozione del giudizio di interdizione o inabilitazione a carico del soggetto e l'ingresso nel processo del tutore o del curatore (anche provvisori) così nominati. Nel 2006 la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 78 c.p.c., ripropone lo stesso argomento, ma naturalmente fa menzione anche della nuova misura di tutela introdotta nel 2004, vale a dire l'amministrazione di sostegno; secondo la Corte, gli strumenti normativi a tutela dell'incapace naturale, “specie a seguito della legge 9 gennaio 2004, n. 6, [...]”

collegati che il codice di rito appresta⁴¹. In ogni caso, secondo il giudice delle leggi, l'irrelevanza della capacità naturale nel processo non solo non sarebbe incompatibile con il principio di azione e difesa sancito dall'art. 24 Cost., ma sarebbe considerata, all'opposto, una diretta espressione del menzionato principio.

Evidentemente il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., riferito alla capacità di stare in giudizio degli incapaci naturali, è stato oggetto di due diverse letture: la Corte costituzionale lo ha inteso come una garanzia per l'incapace naturale a non essere privato "incidentalmente" della propria capacità di stare in giudizio, mentre i giudici di merito che hanno sollevato di volta in volta le questioni di costituzionalità vi hanno fatto riferimento come ad un diritto inviolabile dell'incapace a *difendersi adeguatamente*, così da poter efficacemente tutelare in giudizio i propri diritti e interessi.

Preciando da valutazioni sulla correttezza dell'una o dell'altra lettura del principio di azione e difesa rispetto al caso dell'incapace naturale nel processo, ciò che in questa sede è importante notare è che, nell'ottica dell'orientamento prevalente,

prendono già in considerazione – anche attraverso provvedimenti provvisori – l'esigenza che tale protezione consegua ad un procedimento adeguato" (Corte cost., ord. 3 maggio 2006, n. 198).

⁴¹ V. sempre Corte cost., sent. 2 novembre 1992, n. 468, Secondo la Corte, i mezzi di cui il giudice civile dispone per addivenire alla nomina di un rappresentante o di un assistente dell'incapace naturale, e così "dotarlo" dell'ausilio di cui necessita per un'efficace difesa in giudizio, sono rappresentati dalle norme contenute negli artt. 70, cpv., e 71, comma 2°, del codice di rito. Ai sensi della prima disposizione, il Pubblico ministero ha facoltà di intervenire nei processi in cui ravvisi un interesse pubblico: visto l'aspetto di rilevanza pubblicistica della partecipazione ad un processo civile di un incapace naturale, il P.m. potrebbe quindi intervenire in ogni processo in cui sia parte un incapace "di fatto". L'ingresso del P. m. nel processo potrebbe poi essere facilitato dal giudice stesso che, ai sensi dell'art. 71, comma 2°, ha facoltà di comunicare gli atti al Pubblico ministero nei casi descritti dall'art. 70 cpv. Il P. m. intervenuto in giudizio dovrebbe poi, secondo la Corte Costituzionale, esercitare la facoltà di promuovere il giudizio di interdizione o di inabilitazione nei confronti della parte incapace, e fare istanza di nomina di un tutore o curatore provvisorio, affinché questi possa assumere le vesti di rappresentante o di assistente processuale della parte nel processo in corso.

La soluzione indicata dalla Corte presta il fianco a ovvie critiche: anzitutto, essa si basa sull'esercizio di poteri totalmente discrezionali, e in concreto raramente esercitati, sia da parte del giudice (di comunicare gli atti al P.m.), sia del P.m. (di intervenire nel processo, di promuovere il giudizio di interdizione o inabilitazione, di fare istanza di nomina di un tutore o curatore provvisorio); in secondo luogo, non è chi non veda che questa via, lunga e farraginosa, mal si concilia con situazioni che richiedono un intervento urgente a tutela dell'incapace naturale. Mette bene in luce questi aspetti di criticità G. COSTANTINO, *Il giubileo del medico dei pazzi: l'incapace naturale nel processo civile*, op. cit., 1047, ove afferma che "con specifico riferimento alla questione affrontata dalla Corte costituzionale, le esigenze di tutela dell'incapace naturale o sono affatto irrilevanti, oppure meritano di essere considerate in sede legislativa", perché "non appare, invece, ammissibile che siano affidate all'esercizio meramente discrezionale dei poteri ufficiosi del giudice". Con specifico riferimento alla questione di costituzionalità sottoposta alla Corte, relativa all'art. 300 c.p.c., l'Autore sostiene che tale norma, "nella parte in cui ignora l'incapacità naturale, attribuisce esclusiva prevalenza all'interesse alla prosecuzione del processo".

la capacità processuale, nella precisa fisionomia che il legislatore processuale ha dato, stabilendo chi è incapace e chi non lo è, ha uno stretto legame con il diritto di difesa, costituzionalmente tutelato.

L'aspetto interessante è che anche nell'ordinamento tedesco l'istituto della capacità processuale – o, per meglio dire, il difetto della capacità e le conseguenze che la legge vi riallaccia – è ritenuto collegato ad un principio di rango costituzionale: si tratta dell'*Anspruch auf rechtliches Gehör*, contenuto nell'art. 103 Abs. 1 GG. Questo diritto di ciascuno a “essere sentito in giudizio” consiste, secondo l'analisi della più autorevole dottrina tedesca, nel diritto di partecipazione effettiva al processo, cioè di “*incidere sullo svolgimento e sull'esito della controversia*”⁴²; esso è un diritto che spetta a tutti i soggetti indistintamente, a prescindere dalla loro età e dalle loro condizioni psicofisiche⁴³, e la sua titolarità può essere, in determinati casi, separata dal suo esercizio⁴⁴. Poiché anzi – si afferma – solo un esercizio *efficace* dell'*Anspruch* rende il principio pienamente operante, nei casi in cui una persona, in ragione dell'età o delle condizioni psicofisiche in cui si trova, non sarebbe in grado di esercitare da sé il proprio *Anspruch* in maniera efficace, l'esercizio “mediato” (a mezzo di un rappresentante processuale) diviene necessario⁴⁵; si ritiene, pertanto, che le regole sulla capacità processuale e sull'obbligo della rappresentanza legale degli incapaci nel processo sono da considerarsi non già come limitazioni od ostacoli all'esercizio del diritto al *Gehör*, bensì come strumenti essenziali ed imprescindibili per la piena e completa realizzazione dello stesso⁴⁶.

⁴² N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974, 370 ss., che penetra il significato dell'espressione *rechliches Gehör* e sintetizza le posizioni della dottrina e della giurisprudenza tedesca. L'Autore sottolinea l'aspetto “attivo” e “positivo” di questa partecipazione al processo: il suo scopo è non “la difesa in senso negativo ossia come opposizione o resistenza all'agire altrui, bensì la “influenza” [...], come diritto o possibilità di incidere attivamente sullo svolgimento e sull'esito del giudizio”.

⁴³ E. SCHMIDT-ASSMANN in T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ, M. HERDEGEN, H.H. KLEIN, *Grundgesetz Kommentar*, sub Art. 103 GG, München, 1988/2002/2006, Rdnr. 28 ss.: il diritto spetta a tutti, anche ai minori e ai *Geisteskranke*, e dunque l'incapacità di esercitare il diritto non ne impedisce la titolarità; tuttavia esso non verrebbe rispettato se al soggetto che concretamente non è in grado di farlo valere, non fosse garantita la possibilità di esercitarlo attraverso un rappresentante.

⁴⁴ D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., Vor § 128, Rdnr. 23.

⁴⁵ Anche secondo il BGH costituisce una violazione del principio il fatto stesso che una parte “che di regola non è in grado di condurre un processo consapevolmente e responsabilmente” partecipi ad un processo senza l'intermediazione del rappresentante: v. BGH NJW 1982, 2449 ss.

⁴⁶ W. ABEL, *Zur Nichtigkeitsklage wegen Mängel der Vertretung im Zivilprozess*, München, 1995, 8-9, secondo cui le regole sulla capacità-incapacità processuale e sulla rappresentanza sono poste a tutela dell'incapace, per difenderlo dalle conseguenze di una condotta processuale impropria e da un

Nell'ordinamento tedesco, insomma, gli interpreti concordano sul fatto che la *Prozessunfähigkeit* e la rappresentanza processuale dell'incapace sono istituti la cui sussistenza è, per così dire, "imposta" dall'art. 103 GG. Nessuno, in verità, si è spinto fino a sostenere espressamente che la garanzia di cui al art. 103 GG copra anche la conformazione assunta dalla *Prozessunfähigkeit*, la fisionomia che il legislatore processuale le ha dato nei §§ 51 ss. della ZPO, né che una diversa conformazione, che escludesse o includesse soggetti diversi, violerebbe il principio in esame; nessuno è giunto ad affermare espressamente che la rilevanza processuale dell'incapacità di fatto del *Geistesranke* nell'ordinamento tedesco sia dipendente dal principio del *rechliches Gehör* e che una ipotetica esclusione di tale soggetto dal novero degli incapaci processuali determinerebbe una violazione di tale principio. Cionondimeno, visto l'accento posto dagli interpreti tedeschi sull'*efficacia* dell'esercizio dell'*Anspruch* (solo un esercizio efficace, si dice, realizza il principio sancito dall'art. 103 GG; un esercizio inefficace equivale a violazione del principio), e considerato che ben difficilmente un *Geistesranke* è in grado di "partecipare" al procedimento in maniera efficace, è quasi certo che, se il legislatore riformasse i §§ 52 ZPO e 104 BGB ed escludesse i *Geistesranke* dal novero degli incapaci processuali, si porrebbe seriamente il problema di una violazione del diritto al *rechliches Gehör* di questi soggetti.

Per ciò che concerne il legame fra art. 103 GG e incapacità processuale, a catturare l'attenzione degli interpreti è stata, ben più che l'incapacità degli infermi di mente, l'incapacità processuale dei minori. Si è osservato in particolare che, per i minori, il legislatore stabilisce in via generalizzata che, al non-superamento di una determinata età anagrafica corrisponde un esercizio *inefficace* del *rechliches Gehör*, per sopperire al quale si rende necessario l'esercizio mediato, per il tramite del rappresentante legale; diversamente che per i *Geistesranke*, dove la valutazione delle condizioni di fatto della parte e dunque delle possibilità concrete di esercitare efficacemente in via diretta il diritto al *Gehör* è effettuata dal giudice caso per caso, nel caso dei minori questa valutazione è fatta *ex ante* dal legislatore, sulla base di una tipizzazione (rappresentata appunto dall'età). Proprio la legittimità costituzionale di questa tipizzazione, di questa generalizzazione effettuata dal legislatore una volta per

insufficiente esercizio del suo diritto al *Gehör*. Nello stesso senso B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, cit., 70.

tutte, è stata oggetto di dubbi e punto di partenza per interessanti riflessioni. Se l'esercizio mediato dell'*Anspruch auf rechtliches Gehör*, nelle situazioni che potremmo chiamare genericamente “di debolezza” della parte, è un'esigenza derivante dallo stesso *Anspruch* a garanzia della sua effettività, e perciò l'obbligo di esercizio mediato che la legge impone in questi casi è pienamente conforme all'art. 103 GG, anzi ne costituisce un'espressione necessaria, lo stesso obbligo può concretare invece una violazione del diritto al *Gehör* nei casi in cui il titolare sia *di fatto* in grado di esercitarlo autonomamente e direttamente in maniera efficace? Questa la domanda centrale che autorevole dottrina si è posta.

Il quesito ha riguardato in particolare i minori vicini alla maggiore età, considerati cioè capaci di intendere e di autodeterminarsi (*einsichtsfähig* e *selbstbestimmungsfähig*), e si è inserito nel quadro di un dibattito più ampio, riguardante i conflitti di autonomia fra minori e genitori come rappresentanti *ex lege*⁴⁷. Le posizioni espresse sono state assai eterogenee. Vi è stato chi ha sostenuto che la tipizzazione effettuata dal combinato disposto dei §§ 52 ZPO e 104 nr. 1 BGB, e dunque l'equiparazione dei minori privi della capacità di autodeterminarsi con i

⁴⁷ Si tratta di un dibattito che ha visto coinvolti autorevoli civilisti e processualcivilisti tedeschi soprattutto negli anni '70-'80 e che ha riguardato la necessità e l'opportunità che la rappresentanza legale (sia sostanziale che processuale) dei genitori assumesse una forma diversa da quella che il BGB (e, di riflesso, la ZPO) le ha dato: v. as es. T. RAMM, *Die Gesetzliche Vertretung durch die Eltern: überholt und verfassungswidrig*, in NJW, 1989, 1708 ss., e la critica di K. SCHMIDT *Die Gesetzliche Vertretung durch die Eltern: notwendig und verfassungsmässig*, in NJW, 1989, 1712 ss. Altro autore che si è occupato nello specifico del problema della rappresentanza del minore nel processo è stato M. REINICKE, *Der Zugang des Minderjährigen zum Zivilprozess*, Berlin, 1989. Reinicke rileva, in linea generale, che il BGB non dedica alcuna attenzione al conflitto di autonomia fra genitori e figlio, nei casi in cui quest'ultimo sia minore ma già capace di intendere e di autodeterminarsi. Il sistema delineato dal BGB conferisce ai genitori un potere di decisione assoluto, e trova il suo unico confine nel pericolo per il minore, per il suo benessere fisico o psichico (§1666 co.1 BGB). L'introduzione del § 1626 Abs. 2 BGB avrebbe sì “procedimentalizzato” le decisioni che i genitori assumono nei riguardi del figlio (dialogo, decisioni il più possibile concordate e discusse con l'interessato), ma si tratterebbe comunque di una norma sprovvista di sanzione (soltanto una trasgressione abituale e sistematica può portare a richiedere una misura sanzionatoria) che non avrebbe inciso in maniera sostanziale su questo quadro: i genitori sarebbero sempre liberi di decidere contro il volere del figlio minore anche se concretamente capace di autodeterminarsi, dovendo al più fornire sufficienti motivazioni nell'interesse del figlio, con il solo limite del danno o del pericolo di danno per il figlio stesso. L'Autore sottolinea che la situazione è sostanzialmente identica nella sfera processuale, relativamente alle decisioni dei genitori di instaurare o meno un processo in nome e per conto del figlio minore e della condotta processuale da tenere: anche qui nessun rilievo autonomo ha l'interesse del minore concretamente capace, e il potere dei genitori rappresentanti si arresta solo di fronte al possibile pregiudizio di quest'ultimo (solo in questo caso il giudice può intervenire ai sensi del § 1666 BGB adottando i provvedimenti opportuni e anche sostituendosi all'autorità genitoriale).

minori che ne sono dotati, ai fini dell'attribuzione della capacità processuale⁴⁸, è contraria alla costituzione; sul fronte opposto, non sono mancati i sostenitori della legittimità costituzionale delle regole in questione⁴⁹.

Un cenno merita la posizione più articolata e dettagliata espressa da autorevole dottrina, che ha distinto fra un rapporto interno genitori-figlio (cui si collegherebbe il quesito “chi, fra i genitori e il figlio minore *einsichtsfähig*, deve decidere se agire/resistere in un dato giudizio”) e un rapporto esterno con i terzi (collegato alla domanda “chi fra i due ha il potere di compiere atti processuali efficaci verso l'esterno, nei confronti della controparte e del giudice”), ed ha sottoposto ad una verifica di costituzionalità il modo in cui la ZPO e il BGB regolano entrambi gli aspetti. L'indagine - il cui perno è costituito dal concetto di *Grundrechtsmündigkeit* (cioè, letteralmente, il grado di “maturità” richiesto per l'esercizio dei diritti fondamentali costituzionalmente tutelati) – è pervenuta alle seguenti conclusioni:

- nel rapporto interno genitori-figlio la volontà del figlio concretamente in grado di autodeterminarsi avrebbe la priorità; laddove il BGB attribuisce ai genitori il diritto di decidere anche contro questo volere, lì sussisterebbe una limitazione costituzionalmente illegittima dei diritti dei figli, e in questo caso il diritto violato sarebbe (non l'art. 103, l'*Anspruch auf rechtliches Gehör*, bensì) l'art. 2 co. 1 GG., che tutela la libertà di ogni individuo nella formazione della propria personalità⁵⁰;

- nel rapporto esterno, rispetto al giudice e alle parti, la rappresentanza processuale necessaria dei genitori anche per il minore di fatto capace di autodeterminazione provocherebbe, effettivamente, una compressione del diritto al

⁴⁸ Così E. SCHWERTNER, *Kindeswohl oder Elternrechte. Zum Problem des Verhältnisses von Grundrechtsmündigkeit und Elternrecht*, in *AcP (Archiv für civilistische Praxis)*, 173, 227 ss., spec. 248. L'Autore sostiene che al minore *selbstbestimmungsfähig* che, in determinati ambiti (anche circoscritti per oggetto), ha una propria autonomia decisionale nelle scelte che lo riguardano, deve essere riconosciuta un'autonomia anche nella *Rechtsverfolgung*, dunque nell'agire in giudizio a tutela di queste sue scelte e decisioni; negargli questa autonomia concreta una violazione costituzionale, ma non, secondo l'Autore, rispetto all'art. 103, bensì rispetto all'art. 19 Abs. 4 GG (*Justizgewährungsanspruch*, diritto all'effettiva “realizzazione” della giustizia).

⁴⁹ G. DÜRIG, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ, M. HERDEGEN, H.H. KLEIN, *Grundgesetz Kommentar*, sub Art. 19, München, 1987, Abs. 3 Rdnr. 27; H. STÖCKER, *Beschränkte Mündigkeit Heranwachsender – ein Verfassungspostulat*, in *ZRP*, 1974, 211, spec. 214.

⁵⁰ M. REINICKE, *op. cit.*, 197-198, che molto chiaramente afferma: “[...] In der Binnenbeziehung zwischen Eltern und Kind ist somit dem Willen des selbstbestimmungsfähigen Heranwachsenden der Vorrang einzuräumen. Soweit das BGB den Eltern die Rechtsmacht gewährt, entgegen diesem Willen zu entscheiden, liegt die Einschränkung des Kindesgrundrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG vor, die durch die Schranken dieses Grundrechts nicht legitimiert wird”.

Gehör di quest'ultimo; tale compressione, tuttavia, sarebbe giustificata dal bilanciamento con un altro principio di rango costituzionale, vale a dire il principio di certezza del diritto e di "chiarezza" delle situazioni giuridiche⁵¹, cui la tipizzazione in base all'età effettuata dal legislatore si ispira⁵².

Secondo tale dottrina, dunque, con il prevalere del principio della certezza del diritto sull'*Anspruch auf rechtliches Gehör* del minore, prevarrebbero le esigenze di tutela della controparte processuale del minore, che ha tutto l'interesse a "sapere prima" se la sua controparte è un'incapace processuale, a non doversi far carico di indagare sulla sua *Selbstbestimmungsfähigkeit*, e a evitare che il processo non sia paralizzato dai conflitti interni genitori-minore e dai problemi che l'accertamento della concreta capacità di autodeterminazione del minore può comportare.

Va notato che proprio in ciò, sempre secondo la dottrina in esame, l'incapacità per infermità mentale (*Geisteskrankheit*) si differenzerebbe dall'incapacità del minore: poiché nel caso del *Geisteskranke* si ha una situazione ontologicamente incompatibile con qualsivoglia tipizzazione e con qualsiasi parametro obiettivo e generalizzato, ed essa deve essere accertata necessariamente caso per caso sulla base delle concrete condizioni del soggetto, in tal caso il principio di certezza del diritto e gli interessi della controparte dell'incapace dovrebbero cedere il passo di fronte all'esigenza di tutelare quest'ultimo e il suo diritto al *Gehör*⁵³.

Secondo questo punto di vista, quindi, una regola che tipizzi la capacità processuale dei minori è legittima (per le descritte esigenze di certezza, che prevalgono sul diritto al *Gehör* del minore), mentre non sarebbe legittima un'incapacità degli adulti che fosse fondata su una standardizzazione anziché su una decisione "caso per caso".

Gli argomenti appena trattati appaiono, ad avviso di chi scrive, estremamente interessanti e meriterebbero senz'altro ulteriori approfondimenti, in quanto portano a

⁵¹ I principi di *Rechtssicherheit* e di *Rechtsklarheit* sono da sempre considerati parte integrante ed essenziale del principio dello stato di diritto (*Rechtsstaatsprinzip*), sancito dall'art. 20 GG.. V. in proposito B. GRZESZICK, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ, M. FERDEGEN, H. H. KLEIN, *Grundgesetz Kommentar*, sub Art. 20, München 1999, VII, Rdnr. 50 ss., che afferma. "Zur Rechtssicherheit gehören die Elemente des Rechtsstaatsprinzips, die mit der Verlässlichkeit der Rechtsordnung zu tun haben".

⁵² M. REINICKE, *op. cit.*, 248-254.

⁵³ M. REINICKE, *op. cit.*, 251: "[...] geistige Normalität lässt sich heraus mit einer typisierenden Prozessvoraussetzung nicht erfassen. In diesem Bereich kann nur konkret entschieden werden".

riflettere in maniera critica sulla capacità (e l'incapacità) processuale nel nostro ordinamento, e sulla fisionomia delle nostre categorie di incapaci processuali. Al fine, tuttavia, di non uscire dai confini dell'indagine che ci si è riproposti di effettuare, ci si limita in questa sede ad evidenziare schematicamente e sommariamente gli spunti di riflessione che emergono.

Il fondamento della distinzione capacità-incapacità tracciata dal nostro diritto positivo e, in definitiva, l'intera struttura della nostra capacità processuale, si basa esclusivamente su tipizzazioni e standardizzazioni: per i minori il parametro standard è l'età, per gli incapaci maggiorenni (interdetti, gli inabilitati e i beneficiari amministrazione di sostegno) il parametro standard è l'esistenza di un provvedimento giurisdizionale ablativo della capacità. Non vi è spazio – si ribadisce ancora una volta – per un'incapacità da valutarsi caso per caso all'interno del processo.

Come la descritta struttura normativa dell'incapacità processuale si giustifichi in relazione al diritto di azione e difesa sancito dall'art. 24 Cost., non è stato, a mio avviso, ancora sufficientemente chiarito; le prese di posizione della Corte costituzionale in proposito non sembrano aver dato risposte esaustive ai dubbi e alle perplessità dei giudici di merito, ma sembrano piuttosto aver cercato di allontanare l'attenzione da un problema più vasto e profondo di quanto si potrebbe pensare. Tant'è vero che l'art. 24 Cost. è stato utilizzato da copertura costituzionale per giustificare l'irrelevanza dell'incapacità di fatto non tipizzata nel nostro ordinamento processuale, mentre in Germania il *rechtliches Gehör* sancito dall'Art. 103 GG sembra fungere da presidio costituzionale dell'incapacità processuale degli adulti così come disegnata dal § 104 nr. 2 BGB e dal richiamo contenuto nel § 52 ZPO, e dunque come incapacità “non tipizzata”, da stabilirsi caso per caso. In altre parole, i due principi costituzionali sembrano, nei rispettivi ordinamenti, non solo tollerare, ma persino “imporre” regole diverse, o addirittura opposte, nella determinazione dei contorni della capacità e dell'incapacità processuale. Se si considera che, secondo il comune e incontrastato orientamento dottrinale, l'art. 24 Cost. e l'art. 103 GG hanno un contenuto omologo⁵⁴, il contrasto tra la posizione della Corte costituzionale

⁵⁴ N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, cit., 372, secondo cui il diritto riconosciuto dall'art. 24 Cost. va interpretato “non solo come diritto di adire gli organi giurisdizionali [...], ma come diritto che permane nel corso di tutto il processo” ed è finalizzato a garantire una partecipazione effettiva e

italiana e le soluzioni offerte dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca appare del tutto evidente ed è immaginabile e anche auspicabile che il giudice delle leggi, in futuro, abbia l'occasione di affrontare il problema a fondo ed in maniera sistematica⁵⁵.

attiva delle parti e la possibilità di influire sul convincimento del giudice; perciò "l'art. 103 Abs. 1° della Legge fondamentale di Bonn esprime così, in maniera forse più sintetica, lo stesso elemento fondamentale che sta alla base delle norme contenute nell'art. 24 commi 1° e 2°, della nostra Costituzione repubblicana". Nello stesso senso L. P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970, 301 e 303-304, che parla di "evidente convergenza di contenuto". Che il diritto di azione e difesa di cui all'art. 24 Cost. debba essere inteso come possibilità di partecipare attivamente allo svolgimento del processo, peraltro, era stato detto precedentemente dalla stessa Corte Costituzionale, la quale aveva affermato che il diritto di difesa è diritto di "partecipare personalmente o a mezzo del difensore alla formazione del convincimento del giudice" (Corte Cost. sent. 6 giugno 1973 n. 74). Il legame fra diritto di difesa così inteso e il concetto di contraddittorio è stato messo in luce in maniera efficace già da G. MARTINETTO, voce *Contraddittorio (Principio del)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1959, IV, 458 ss., e anche M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e "due process of law")*, in *Giur. Cost.*, 1961, 1284 ss., in commento a Corte cost. 22 dicembre 1961 n. 70 (che definisce il principio del contraddittorio come "aspetto integrante" del diritto di azione e difesa). Sul fatto che oggi, a seguito della riforma costituzionale del 1999, tale diritto "di influenza e partecipazione" sia tutelato dal combinato disposto degli artt. 24 e 111 co. 2°, v. S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla costituzione*, Padova, 2008, sub Art.111, 967, e sub Art. 24, 208.

⁵⁵ Sul punto si tornerà in sede di considerazioni di sintesi, spec. pp. 203 ss.

SEZIONE B) - INQUADRAMENTO DELLA PROZESSFÄHIGKEIT IN BASE ALLE
SUE FUNZIONI (PROFILO CLASSIFICATORIO)

I. *Funzione generica: la capacità come presupposto processuale* (Prozessvoraussetzung), *rectius come presupposto per la trattazione e decisione del merito* (Sachurteil-, Sachverhandlungsvoraussetzung)

Le norme contenute nei §§ 51 ss. della ZPO, come non si preoccupano di definire direttamente i contorni soggettivi della *Prozessfähigkeit*, così non dicono nulla sulla funzione che tale figura assume all'interno del processo, sul ruolo che essa ricopre e, dunque, su quello che si è definito in principio come profilo “classificatorio” del tema che qui ci occupa.

Di questo aspetto si è occupata in maniera approfondita la dottrina tedesca, che tradizionalmente attribuisce alla *Prozessfähigkeit* due distinte funzioni: quella di presupposto processuale (*Prozessvoraussetzung*), e quella di presupposto degli atti processuali (*Prozesshandlungsvoraussetzung*). È opportuno esaminare le due nozioni partitamente, partendo dalla capacità come *Prozessvoraussetzung*.

Costituisce un'affermazione oggi unanimemente condivisa quella secondo cui la capacità, come presupposto processuale, deve sussistere in capo a tutte le parti affinché il giudice possa esaminare e pronunciarsi sul merito della pretesa dedotta in giudizio, e l'accertamento del suo difetto determina la chiusura in rito del processo⁵⁶.

Come si è già accennato in apertura della nostra indagine con riferimento, in particolare, alla capacità processuale italiana, la nozione di capacità come presupposto processuale si lega inevitabilmente al concetto stesso di *Prozessvoraussetzung*, alla sua evoluzione, alle definizioni che, nel corso del tempo, gli sono state date; ed esso a sua volta è legato (o meglio, la sua origine è collegata) al controverso e datato concetto di rapporto giuridico processuale. Se si tiene conto di ciò, ci si accorge che la definizione della funzione della *Prozessfähigkeit* come

⁵⁶ M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 52 Rdnr. 12; W. F. LINDACHER, in T. RAUSCHER, P. WAX, J. WENZEL (diretto da), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., München, 2007-2008, (d'ora in poi citato come: AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³), §§ 51, 52 Rdnr. 2; R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 51 Rdnr. 6.

Prozessvoraussetzung, in apparenza estremamente lineare, si inserisce in un quadro assai ampio, complesso e dibattuto. Non è questa la sede per addentrarsi in questo dibattito, la cui vastità va ben oltre l'oggetto della nostra indagine; ma un cenno merita di esservi fatto per comprendere in che senso viene inteso, nell'ordinamento tedesco, l'inquadramento della capacità processuale nella categoria presupposti processuali.

È noto che, nell'idea di Bülow, che per primo ha utilizzato questi concetti più di centocinquant'anni orsono⁵⁷, la nozione di *Prozessvoraussetzung* era intesa come presupposto del rapporto processuale (*Voraussetzung des Prozessrechtsverhältnisses*) e più precisamente come presupposto dell'esistenza del processo: nella sua concezione del processo suddiviso in due fasi rigorosamente distinte e separate⁵⁸, il *Vorbereitungsverfahren* e il *Hauptverfahren*, il primo volto all'accertamento della regolarità e dell'ammissibilità della domanda, il secondo diretto all'accertamento del rapporto sostanziale dedotto in giudizio, le *Prozessvoraussetzungen* erano intese quali presupposti di esistenza di quest'ultima fase processuale e quali oggetto dell'accertamento nella prima fase preparatoria: sicché l'esistenza del processo inteso come *Hauptverfahren* era condizionata dalla verifica positiva delle *Prozessvoraussetzungen* effettuata nel *Vorverfahren*.

Questa accezione originaria di presupposto processuale si è però mostrata recessiva nell'arco dell'ultimo secolo e ha progressivamente ceduto il passo ad un'altra. Si è osservato, infatti, come in realtà l'inesistenza di uno dei presupposti non determini – di solito – l'inesistenza del processo, e che, anzi, in difetto di uno di essi permane in capo al giudice il dovere di emettere una pronuncia – che è una pronuncia di rito; è prevalsa allora l'idea che non l'esistenza, ma piuttosto la *validità* del rapporto processuale sia condizionata dalla verifica positiva dei presupposti, e che proprio da questa validità derivi la possibilità (ed il dovere) per il giudice di decidere il merito della domanda azionata⁵⁹.

⁵⁷ Si fa riferimento, naturalmente, a O. BÜLOW, *Die Lehre*, cit., 1 ss.

⁵⁸ Suddivisione che, come noto, egli riteneva di rinvenire nel processo romano dell'età classica ma che, a suo parere, rappresentava anche una tendenza del processo civile tedesco a lui contemporaneo: cfr. O. BÜLOW, *op. cit.*, 8.

⁵⁹ Lo stesso Bülow, in un secondo momento, corregge l'impostazione iniziale definendo i presupposti non più come requisiti di esistenza (*Entstehen*) del rapporto processuale, bensì come "*Erfordernisse rechtgültigen Zustandekommens des Prozessverhältnisses*" cioè come condizioni necessarie per la

Il concetto di *Prozessvoraussetzung* è stato perciò sempre più frequentemente utilizzato come sinonimo di *Sachurteilvoraussetzung*⁶⁰ (presupposto per la sentenza sul merito), oppure di *Sachverhandlungsvoraussetzung*⁶¹ (presupposto per la trattazione nel merito) oppure ancora di *Zulässigkeitsvoraussetzung* (presupposto di ammissibilità della domanda)⁶²: concetti, questi, che hanno tutti in comune il fatto di far dipendere dall'esistenza del presupposto non l'esistenza del processo – il quale certamente “esiste” anche in difetto degli stessi – ma la sua prosecuzione verso la decisione sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

La nozione di *Prozessvoraussetzung* che, dunque, è prevalsa e si è trasmessa fino ai giorni nostri è quella di condizione per la decisione o la trattazione nel merito, ed è a questa accezione che la dottrina e la giurisprudenza oggi fanno riferimento laddove affermano che la *Prozessfähigkeit* è un presupposto processuale. È interessante comunque notare che una traccia significativa del dibattito che vi è stato e dell'evoluzione che il concetto ha subito si rinviene tutt'oggi nel fatto che molti autori, laddove si riferiscono alla capacità processuale come a una *Prozessvoraussetzung*, sentono il bisogno di effettuare una precisazione terminologica e di chiarire che il difetto di un presupposto “non impedisce l'esistenza del processo”, perché in ogni caso “il giudice è chiamato decidere sull'ammissibilità della domanda”⁶³, e dunque è pienamente investito del potere decisorio.

Vi è oggi, insomma, sostanziale concordia fra gli interpreti nell'affermare che la sussistenza della capacità condiziona non l'esistenza del processo ma

valida “realizzazione” del rapporto: O. BÜLOW, *Die neue Prozesswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts*, ZZP 27 (1900), 201 ss., spec. 236.

⁶⁰ P. ARENS, *Zivilprozessrecht*, München, 1984, 94; R. HOLZHAMMER, *Zivilprozessrecht*, Wien, 1970, 131.

⁶¹ Fra i molti v. O. JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, München, 1998, 121; L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 93 Rdnr. 4, 510: “Die Prozessvoraussetzungen sind Voraussetzungen sowohl des Urteils zur Sache (das nicht ergehen darf) als auch der Sachverhandlung und der Beweisaufnahme (die nicht stattfinden sollen), solange ein Mangel einer Prozessvoraussetzung zu prüfen ist”.

⁶² H. BERG, *Zulässigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozess*, in JuS, 1969, 127, secondo cui, peraltro, i presupposti di ammissibilità della domanda non sono altro che i presupposti per la sentenza sul merito.

⁶³ Così P. ARENS, *op. cit.*, 94. Allo stesso modo L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 93 Rdnr. 5, 510: “Die Prozessvoraussetzungen sind dagegen nicht Vorbedingungen des Prozesses, so dass es beim Fehlen von einer oder mehreren keinen Prozess oder kein Prozessverhältnis gäbe; denn sie sind ja selbst Gegenstand der gerichtlichen Prüfung und Entscheidung”.

l'ammissibilità della domanda⁶⁴, che l'incapacità impedisce la decisione e (secondo l'opinione maggioritaria, anche) la trattazione causa nel merito⁶⁵, che l'accertamento del suo difetto impone la chiusura in rito del processo, e che è necessario e sufficiente che la capacità sussista "in tempo per la decisione", cioè al momento dell'ultima trattazione orale, anche in grado di appello o di *Revision*⁶⁶.

2. *Funzione specifica: la capacità come presupposto di efficacia degli atti processuali (Prozesshandlungsvoraussetzung). Sintesi di una ricostruzione che ha ottenuto un largo consenso (e qualche critica)*

Come si è accennato, secondo la dottrina e la giurisprudenza dominanti l'inquadramento della capacità come presupposto processuale nel senso appena descritto non esaurisce le funzioni che essa svolge all'interno del processo. Oltre che *Prozessvoraussetzung*, la capacità processuale è considerata anche presupposto degli atti processuali (*Prozesshandlungsvoraussetzung*)⁶⁷.

Si afferma, infatti, che la capacità non influisce soltanto sulla decidibilità della causa nel merito, ma condiziona anche ogni singolo atto che nel processo è compiuto⁶⁸. Come *Prozesshandlungsvoraussetzung*, la *Prozessfähigkeit* è condizione

⁶⁴ L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 44, Rdnr. 20: "Die Prozessfähigkeit ist Prozessvoraussetzung, d.h. Voraussetzung der Zulässigkeit (nicht der Wirksamkeit) der Klage [...]"

⁶⁵ V. T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 1, 2: l'Autore riferisce come, secondo la dottrina maggioritaria, la sussistenza della capacità processuale non sia solo condizione per decidere sul merito della domanda ma anche per l'esame del merito da parte del giudice e, in definitiva, per la trattazione nel merito. Per R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 51 Rdnr. 6, la *Prozessfähigkeit* è solo *Sachentscheidungsvoraussetzung*.

⁶⁶ L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 44, Rdnr. 20; M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 52 Rdnr. 12.

⁶⁷ La definizione della capacità come *Prozesshandlungsvoraussetzung* è molto diffusa in dottrina: v. ad es. M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 52 Rdnr. 13; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 2; P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit. §51 Rdnr. 6; R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 51 Rdnr. 8, L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 44, Rdnr. 23 ss.

⁶⁸ Per inciso, va notato che vi sono delle eccezioni alla regola dell'inefficacia degli atti compiuti dalla parte incapace: la stessa ZPO prevede che costei possa essere chiamata a comparire personalmente dinanzi al giudice, essere interrogata (§ 141) e anche, se il giudice discrezionalmente lo ritiene, giurare (v. § 455 Abs. 2).

Inoltre, è opportuno evidenziare come l'incapacità processuale non sia l'unica situazione soggettiva che condiziona l'efficacia degli atti del processo. Ed infatti, laddove la *Geisteskrankheit* di cui al §

di *efficacia (Wirksamkeit)* degli atti processuali: dal suo difetto, sia in capo alla parte che compie l'atto sia in capo alla parte nei cui confronti l'atto è diretto⁶⁹, consegue l'impossibilità per l'atto stesso di produrre gli effetti suoi propri.

Se la capacità intesa come presupposto processuale si riferisce al processo come ad un *unicum*, come a un procedere unitario verso la decisione di merito, l'accezione della capacità come *Prozesshandlungsvoraussetzung* pone l'accento sui singoli atti che lo compongono: consequenzialmente si afferma che, mentre la capacità come presupposto processuale deve sussistere al momento della decisione (pena il rigetto in rito della domanda), come condizione di efficacia degli atti essa deve essere presente al momento del compimento di ciascuna *Prozesshandlung*, cioè di ciascun atto (pena l'inefficacia dello stesso)⁷⁰.

Benché oggi molto diffusa, la definizione della capacità come *Prozesshandlungsvoraussetzung* non è stata, in passato, priva di contrasti. Le perplessità sono derivate, essenzialmente, da una constatazione basilare: se è certo che la domanda proposta da un incapace deve essere rigettata in rito perché inammissibile, altrettanto certo e indubitabile è che prima di giungere alla pronuncia di rigetto in rito, quand'anche l'incapacità sia palese, hanno luogo tutte le normali attività che si susseguono in un processo e che valgono a definirlo come tale (la notifica dell'atto introduttivo alla controparte, l'eventuale costituzione in giudizio del

104 nr. 2 BGB non presenti la caratteristica della durata, della non-transitorietà, essa non determina la perdita della capacità negoziale, ma – ai sensi del § 105 BGB – produce effetti analoghi ad essa: i negozi giuridici conclusi in detto stato sono nulli, al pari di quelli conclusi dal *Geistesranke* con disabilità permanente. Ebbene, tale identità di effetti fra atto compiuto dall'incapace e atto compiuto dal soggetto (non incapace) in stato di inabilità temporanea è ritenuta operante anche nel processo, in forza del rinvio compiuto dai §§ 51-52 ZPO al diritto sostanziale: dunque, l'atto processuale compiuto dalla parte che si trova in uno stato di disabilità mentale temporanea, pur essendo capace di stare in giudizio ai sensi del § 52 ZPO, è ritenuto inefficace al pari di quello della parte *prozessunfähig*: v. in proposito R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 51 Rdnr. 9, che vi fa riferimento come ad un dato non contestato nel panorama dottrinale e giurisprudenziale; nello stesso senso L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 44 Rdnr. 9, che tuttavia distingue fra atti compiuti e atti ricevuti dalla parte temporaneamente “inabile” (questi ultimi sarebbero inefficaci solo se consistenti in dichiarazioni orali; produttive di effetto rimarrebbero dunque le dichiarazioni scritte compiute nei suoi confronti).

⁶⁹ M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 52 Rdnr. 13; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 2; P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 51 Rdnr. 6; R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 51 Rdnr. 8.

⁷⁰ V. BGHZ 143, 127 = NJW 2000, 290. Inefficace è dunque, ad esempio, la notifica dell'atto di citazione all'incapace (v. LG Berlin MDR 1988, 580; BGHZ 104, 109 = NJW 1988, 2049 = ZZP 102 (1989), 368) e la procura alle liti al difensore (*Erteilung von Prozessvollmacht*) (M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 52 Rdnr. 13).

convenuto, la convocazione delle parti dinanzi al giudice, l'eventuale istruttoria sulla questione di rito relativa alla sussistenza della capacità, la pronuncia di rigetto della domanda per inammissibilità e le eventuali impugnazioni contro di essa proposte). Dunque, alla prova dei fatti, gli atti processuali che introducono la causa e conducono fino alla decisione di rigetto in rito, siano essi effettuati da o nei confronti di un incapace, non risultano *del tutto* inefficaci, ma al contrario producono il relevantissimo effetto di determinare la pendenza della lite, instaurare un processo e investire il giudice del potere (e del dovere) di decidere con sentenza.

Di fronte a questa constatazione, qualche autore⁷¹ ha rifiutato la definizione di capacità processuale come *Prozesshandlungsvoraussetzung*, ritenendola in primo luogo errata - in quanto, come si è appena visto, la domanda proposta da o contro l'incapace produce pur sempre degli effetti - e in secondo luogo superflua: la nozione di *Prozessvoraussetzung*, si è detto, sarebbe già sufficiente e completa, consentirebbe di caratterizzare in maniera esaustiva la funzione che la capacità processuale riveste nel processo, che è quella di condizionare il potere/dovere del giudice di trattare e decidere il merito della controversia; il concetto di *Prozesshandlungsvoraussetzung*, riferito alla capacità, costituirebbe una sovrastruttura, inutile e foriera di incomprensioni.

La dottrina maggioritaria ha invece sostenuto con vigore la validità della definizione della capacità come *Prozesshandlungsvoraussetzung*.

Anzitutto, all'inquadramento della capacità processuale come *Prozesshandlungsvoraussetzung* è stata attribuita una funzione di garanzia e di protezione della parte incapace - funzione che una "semplice" *Prozessvoraussetzung* non è in grado di esercitare: rendendo improduttivi di effetti tutti i singoli atti compiuti e ricevuti dalla parte priva della capacità processuale, esso mirerebbe essenzialmente a tutelare quest'ultima, evitando che possa essere pregiudicata dal proprio stesso comportamento processuale, sia attivo (come parte che compie l'atto)

⁷¹ I principali portavoce di questo orientamento sono stati H. ABEND, *Prozesse nicht Parteifähiger und nicht existenter Parteien*, Erlangen, 1953, 10 ss.; J. BERNHARDT, *Der Geistesranke Schuldner in der Zwangsvollstreckung*, Freiburg, 1967, 23 ss. e 81 ss.; T. GROGER, *Prozesshandlungsvoraussetzungen im streitigen zivilprozessualen Verfahren*, Göttingen, 1964, 63 ss..

sia passivo (come parte destinataria dell'atto)⁷². Peraltro, trattandosi di atti inefficaci, ma certo non inesistenti, si determinerebbe una situazione sempre reversibile: gli atti compiuti o ricevuti dall'incapace potrebbero divenire produttivi di effetto nel momento in cui l'incapace divenuto capace ovvero il suo legale rappresentante decidesse di intervenire e di "far propria" l'attività processuale dell'incapace⁷³.

Definire la capacità come presupposto di efficacia degli atti vorrebbe dire, dunque, qualche cosa di più e di diverso che inquadrarla come un semplice requisito il cui difetto impone la chiusura in rito del processo.

Peraltro, il fatto che il ruolo della capacità processuale non si esaurisca in quello di *Prozessvoraussetzung* ma sia legato ai singoli atti processuali si ricaverebbe anche, indirettamente, dalle previsioni del diritto positivo, e in particolare dai §§ 547 nr. 4 e 579 nr. 4 della ZPO, laddove è prevista la possibilità per il rappresentante legale o per la parte incapace divenuta capace di "ratificare"⁷⁴ gli atti precedentemente compiuti⁷⁵. Si è sostenuto, infatti, che qualora la capacità non fosse considerata *Prozesshandlungsvoraussetzung* e gli atti processuali compiuti dal o rivolti all'incapace fossero fin da subito efficaci, non vi sarebbe bisogno di alcuna "ratifica" (*Genehmigung*) da parte della parte divenuta capace o del suo rappresentante, e le disposizioni che ad essa fanno riferimento sarebbero prive di significato. L'unica lettura in grado di valorizzare il dato normativo sarebbe dunque quella che considera gli atti processuali dell'incapace inefficaci fino al momento in cui la *Genehmigung* avviene.

⁷² T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 37 ntt. 161 e 162; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 2.

⁷³ Così T. ODA, *op. cit.*, 34, e G. BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, 2. Unveränderte Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1972, 102 ss.

⁷⁴ Il predicato utilizzato dal legislatore processuale tedesco è *genehmigen* (*Genehmigung* il sostantivo). Il termine *ratificare*, nonostante abbia chiara origine privatistica e sia sconosciuto al nostro legislatore processuale, è sembrato il più appropriato per rendere in italiano questa idea di "conferire efficacia" a un atto che ne è privo perché compiuto da chi non aveva il potere, da parte del soggetto cui questo potere spetta. Del resto anche C. MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. "non formali" degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 336, parla proprio di "ratifica" con riferimento allo strumento offerto alle parti dall'art. 182 c.p.c., dal momento che esso "realizza un risultato corrispondente a quello che nel diritto sostanziale può essere conseguito con la ratifica".

⁷⁵ La possibilità di effettuare la ratifica degli atti compiuti e così di renderli efficaci emerge, invero, indirettamente da disposizioni sulle impugnazione della sentenza. Il § 547 nr. 4 indica, fra i motivi che conducono sempre e in ogni caso alla *Revision* di una decisione (c.d. *absolute Revisionsgründe*) il caso in cui "una parte non è stata rappresentata nel procedimento secondo le disposizioni di legge, a meno che non abbia espressamente o tacitamente ratificato la propria attività processuale". Il § 579 nr. 4 indica la stessa fattispecie fra i motivi di nullità della sentenza che conducono alla revisione (*Wiederaufnahme*) della stessa.

Infine, all'obiezione sollevata dalla dottrina minoritaria, secondo cui l'azione proposta da o nei confronti di un incapace non sarebbe affatto improduttiva di effetti, e dunque la definizione della *Prozessfähigkeit* come *Prozesshandlungsvoraussetzung* non reggerebbe, la *Rechtslehre* prevalente risponde ricostruendo la dinamica processuale nel modo seguente:

- effettivamente, se gli atti processuali compiuti nella fase che va dall'introduzione della causa fino alla decisione in punto di capacità fossero da considerarsi inefficaci, se dunque la parte non fosse ammessa a partecipare efficacemente al processo, si dovrebbe giungere alla conclusione che il giudice non sarebbe efficacemente investito del potere decisorio, che il processo non si sarebbe efficacemente instaurato e che, in sintesi, la verifica della capacità come presupposto processuale non sarebbe possibile⁷⁶; questa conclusione, del resto, si porrebbe in aperta contraddizione con il fatto che la capacità è bensì presupposto per la decisione della causa nel merito, e dunque è requisito per la validità del processo e l'ammissibilità della domanda, ma non è affatto presupposto di *esistenza* del processo;

- occorrerebbe dunque attribuire efficacia agli atti processuali compiuti in quella fase processuale che viene chiamata *Zulassungsstreit* (letteralmente, "lite sull'ammissibilità"), che si ha quando, sorte contestazioni o dubbi sulla capacità processuale di una parte, si renda necessario verificarne la fondatezza⁷⁷ – nella quale, in altri termini, la capacità processuale diviene un punto controverso e la verifica della sua sussistenza/difetto assurge ad oggetto del giudizio;

- in questo "segmento processuale", nel quale la capacità processuale della parte è ancora dubbia, gli atti da essa compiuti o ad essa diretti sarebbero da considerare efficaci attraverso una *fiction iuris*: dalla proposizione della domanda, fino al momento in cui la sentenza che accerta il difetto di capacità diviene non più impugnabile, si dovrebbe "fingere" che la capacità sussista; attraverso questa

⁷⁶ M. GRUNDMANN, *Der Minderjährige im Zivilprozess*, Bochum, 1980, 9, il quale afferma che, se gli atti processuali dell'incapace fossero considerati inefficaci già a partire dalla *Zulassungsstreit*, allora un regolare ed ordinato procedimento per l'accertamento della capacità processuale non sarebbe in alcun modo possibile, e non potrebbe essere emessa alcuna sentenza. In termini T. ODA, *op. cit.*, 16; G. BAUMGÄRTEL, *op. cit.*, 102.

⁷⁷ Va precisato che nella fase chiamata dalla dottrina *Zulassungsstreit* (il termine non è menzionato nella ZPO) è fatto rientrare non solo l'accertamento della *Prozessfähigkeit* ma altresì della *Parteilfähigkeit*, cioè la capacità di essere parte ai sensi del § 50 ZPO.

finzione, la domanda giudiziale dovrebbe considerarsi efficacemente proposta, ed efficaci sarebbero le notificazioni, così come le allegazioni e le prove dedotte al fine di dimostrare la capacità o l'incapacità, e persino le impugnazioni proposte contro la sentenza che dichiara il difetto di capacità.⁷⁸

In sintesi, secondo l'orientamento maggioritario, l'inquadramento della capacità come *Prozesshandlungsvoraussetzung* sarebbe necessario ai fini della tutela della parte incapace e non sarebbe smentito dalla constatazione che il processo promosso da o contro un incapace si instaura efficacemente e si conclude con una sentenza (di rigetto in rito) efficace: questa efficacia sarebbe il prodotto di una finzione, che consentirebbe agli atti dell'incapace (o contro di lui diretti) di produrre i loro effetti *come se* si trattasse di atti compiuti (o ricevuti) da un soggetto capace; tale finzione di capacità, che avrebbe come scopo proprio quello di rendere possibile una decisione in punto di capacità, opererebbe fino al momento in cui la sentenza che accerta l'incapacità passa in giudicato.

Va detto che questa “finzione di capacità”, teorizzata dalla dottrina maggioritaria per giustificare l'efficacia degli atti dell'incapace nella *Zulassungsstreit* alla luce della definizione della *Prozessfähigkeit* come presupposto degli atti processuali, non ha trovato un'accoglienza piena e incondizionata da parte degli interpreti. Essa è stata anzi oggetto di critiche da parte di quella dottrina che ha rifiutato di intendere la capacità come *Prozesshandlungsvoraussetzung*.

Un autore⁷⁹, in particolare, ha sostenuto che l'espedito della finzione di capacità nella fase della *Zulassungsstreit* finirebbe per pregiudicare lo stesso incapace che, attraverso l'impiego della nozione di *Prozesshandlungsvoraussetzung*, si vorrebbe tutelare: nel caso in cui, per errore, il giudice affermasse come sussistente una capacità che in realtà difetta, e la sentenza passasse in giudicato, la parte “fittiziamente” ritenuta capace nella *Zulassungsstreit* (in realtà incapace) sarebbe vincolata agli effetti del giudicato così formatosi e non avrebbe più alcuna possibilità di aggredirlo – dato che, secondo l'opinione maggioritaria, l'impugnazione straordinaria di cui dispone l'incapace ai sensi del § 579 nr. 4 ZPO non è esperibile

⁷⁸ Sempre M. GRUNDMANN, *op. cit.*, 43 ss.; in termini W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 45; M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 56 Rdnr. 13, L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 44, Rdnr. 29; T. ODA, *op. cit.*, 38.

⁷⁹ J. BERNHARDT, *op. cit.*, 86 ss.

in caso di decisione espressa sulla capacità⁸⁰. Al fine di scongiurare un errore di giudizio in punto capacità, che potrebbe divenire irrimediabile per la ragione anzidetta, l'autore ha avanzato la proposta di – anziché fingere la capacità di un soggetto potenzialmente incapace – nominare un “curatore processuale speciale” alla parte la cui capacità appare dubbia, con il compito di assisterla proprio nella *Zulassungsstreit* e così garantire che la decisione sulla capacità sia effettivamente il frutto di un confronto “alla pari” fra le parti⁸¹.

La dottrina maggioritaria ha risposto a queste critiche ed ha rifiutato questa proposta con un'argomentazione piuttosto forte: alla base della finzione di capacità della parte potenzialmente incapace nell'ambito della *Zulassungsstreit* vi sarebbero non soltanto ragioni “obiettive” (rendere *concretamente* possibile una decisione sulla capacità da parte di un giudice efficacemente investito del potere/dovere di decidere), ma anche ragioni “soggettive” di tutela dei diritti fondamentali della persona la cui capacità è stata messa in dubbio. In breve, si è sostenuto che il diritto fondamentale di ascolto e difesa in giudizio (*l'Anspruch auf rechtliches Gehör* di cui all'art. 103 Abs. 1 GG), spettante anche all'incapace in quanto diritto inviolabile di ogni uomo indipendentemente dalle sue condizioni psicofisiche e generalmente esercitato da un rappresentante in suo nome, nell'ambito della *Zulassungsstreit* possa essere effettivamente garantito soltanto assicurando all'incapace la possibilità di partecipare *direttamente* a questa fase del procedimento e di compiere *personalmente* atti processuali efficaci⁸².

Si è affermato, in altre parole, che in una fase in cui la capacità/incapacità non è ancora stata accertata, e che anzi proprio a questo accertamento mira, l'effettività del diritto di ascolto e difesa in giudizio può essere salvaguardata soltanto attraverso l'esercizio diretto delle attività processuali; un esercizio *indiretto*, per il tramite di un soggetto vicario, costituirebbe in pratica un'anticipazione degli effetti di un accertamento dell'incapacità, e concreterebbe, pertanto, una negazione del diritto fondamentale in questione.

⁸⁰ Sul punto v. più approfonditamente cap. III sez. B) par. 5. nt. 98.

⁸¹ J. BERNHARDT, *op. loc. cit.*

⁸² D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., Vor § 128 Rdnr. 11; L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 85 I; V. per altri riferimenti in dottrina T. ODA, *op. cit.*, 43.

Per questo la proposta della dottrina minoritaria di nominare un curatore speciale alla parte ogni volta che vi sia controversa sulla sua capacità, e si apra quindi la fase della *Zulassungsstreit*, è stata vigorosamente rifiutata. Essa non soltanto sarebbe completamente disancorata dal diritto positivo⁸³ ma anche in un'ottica che dal dato positivo prescindesse, essa – si è detto – non sarebbe accoglibile: con la nomina di un curatore alla parte ancor prima che sia accertata la sua incapacità e proprio nella fase deputata a tale verifica, si finirebbe per anticipare un risultato ancora incerto e del tutto eventuale e si produrrebbe un'inaccettabile “ablazione preventiva” della capacità.

L'orientamento maggioritario ha, in definitiva, prevalso e oggi la definizione della capacità come *Prozesshandlungsvoraussetzung* – oltre che come *Prozessvoraussetzung* – è generalmente riconosciuta e profondamente radicata nel comune pensiero della dottrina processualcivilistica e della giurisprudenza.

3. *Considerazioni sull'utilità della nozione di Prozesshandlungsvoraussetzung. Cenni ai tentativi di inquadrare la capacità processuale di cui all'art. 75 c.p.c. come presupposto di validità degli atti del processo*

Il prevalere dell'orientamento favorevole a qualificare la capacità (anche) come presupposto di efficacia degli atti, e il progressivo scomparire delle voci contrarie (peraltro sempre isolate) si spiega, ad avviso di chi scrive, con la effettiva validità e bontà delle argomentazioni addotte dalla dottrina a sostegno di tale inquadramento.

Anzitutto, non sembra si possa fare a meno di convenire che la nozione di *Prozesshandlungsvoraussetzung* ha una sua autonomia concettuale e non è affatto un duplicato di quella di *Prozessvoraussetzung*. Se la funzione di quest'ultima è quella

⁸³ Qui si anticipa un tema che verrà affrontato successivamente (in questo capitolo, sez. C) par. 4). In realtà, come si vedrà, la nomina di un curatore speciale alla parte incapace in corso di giudizio è effettivamente prevista dal codice di rito, e in particolare dal § 57 ZPO, ma la previsione riguarda ipotesi ben circoscritte sia in termini soggettivi (è applicabile solo nel caso in cui l'incapace sia il convenuto, e non l'attore) e oggettivi (occorre che la situazione si caratterizzi per l'urgenza, per la mancanza del rappresentante, per l'istanza dell'attore, ecc.) e dunque non potrebbe avere un'applicazione generalizzata. La disposizione, inoltre, prevede appunto la nomina di un curatore al soggetto che si sia già accertato essere incapace – dunque all'esito della *Zulassungsstreit* qualora la verifica sulla capacità abbia dato esito negativo, non già nell'ambito della stessa.

di chiarire che il processo in cui difetta la capacità processuale di una parte deve chiudersi in rito senza possibilità per il giudice di trattare e decidere sul rapporto sostanziale dedotto in giudizio, la funzione della capacità come presupposto degli atti è quella di impedire che qualsiasi atto processuale compiuto nel procedimento in cui è parte un incapace produca effetto, e di renderlo dunque *tamquam non esset* (fino al momento in cui, eventualmente, intervenisse la ratifica da parte del rappresentante legale).

Quest'ultima funzione – e il suo *proprium* che vale a differenziarla da quella di semplice *Prozessvoraussetzung* – si misura non solo e non tanto nell'ambito del processo in corso, ma assai più nell'ambito di eventuale successivo processo fra le medesime parti. Si pensi al caso in cui il rigetto in rito per incapacità sopraggiunga dopo che sia stato istruito, anche parzialmente, il merito della causa: soltanto la qualificazione della capacità come presupposto di efficacia degli atti chiude fin da subito qualsiasi interrogativo sulla possibilità di utilizzare gli atti istruttori compiuti, in un successivo processo sul medesimo oggetto instaurato dal (o nei confronti del) rappresentante legale dell'incapace; il semplice riferirsi alla capacità come ad una condizione di decidibilità della causa nel merito non direbbe invece nulla in proposito e non sarebbe in grado di impedire un'eventuale “valorizzazione” e utilizzazione di tali atti.

Non sembra quindi revocabile in dubbio che, se lo scopo è la tutela dell'incapace dalle conseguenze della sua (verosimilmente) improvvida condotta processuale, tale scopo è certamente perseguito meglio e in maniera più efficace collegando all'incapacità di una parte l'inefficacia degli atti processuali da essa compiuti o ad essa rivolti, che non semplicemente imponendo la chiusura in rito del processo. In altre parole, dire che la capacità è *Prozesshandlungsvoraussetzung* non soltanto ha un significato diverso rispetto alla classificazione della capacità come *Prozessvoraussetzung*, ma – con riferimento alla tutela della parte incapace – la prima definizione ha effetti certamente più pregnanti rispetto alla seconda.

Quanto alla necessità, sostenuta dalla dottrina tedesca maggioritaria, di garantire alla parte incapace la possibilità di compiere atti efficaci nella fase deputata all'accertamento dell'incapacità (la cosiddetta *Zulassungsstreit*), anch'essa sembra fondata su ragioni forti e difficili da smentire: se si conviene – come sostengono la

dottrina e la giurisprudenza tedesche⁸⁴ – che un esercizio efficace dell'*Anspruch aufs rechtliche Gehör* è garantito dal fatto stesso che, per l'incapace, esso debba avvenire in maniera “mediata” (per il tramite del rappresentante legale); se si ammette che imporre l'esercizio mediato dell'*Anspruch* è legittimo in quanto tutela e rende effettivo il diritto della parte che si è accertata essere incapace, allora occorre anche convenire che, se l'accertamento dell'incapacità non è ancora avvenuto, la parte deve poter esercitare direttamente, senza “intermediari”, il proprio diritto a partecipare al procedimento e a influire sulla decisione vertente proprio sulla sua capacità.

Del resto, anche guardando ai procedimenti che portano all'adozione di misure di protezione ablativa della capacità del soggetto beneficiario, si può trovare un addentellato di diritto positivo che conduce alla soluzione prospettata – l'eccezionale efficacia degli atti processuali compiuti dalla (o nei confronti della) parte incapace nella fase della c.d. *Zulassungsstreit*. Si osserva, infatti, che sia nel procedimento di *Betreuung*⁸⁵, sia nel previgente procedimento di *Entmündigung*⁸⁶, il futuro beneficiario della misura conserva sempre la capacità di stare in giudizio – potendo così esercitare direttamente il proprio *Anspruch aufs rechtliche Gehör* – nel corso di tutto il procedimento⁸⁷. Sembra legittimo credere, dunque, che il rispetto del diritto al *Gehör* sia collegato ad una regola non scritta, secondo cui, in ogni procedimento in cui “si decide” sulla capacità di un soggetto – sia che si tratti di un procedimento ad hoc per l'adozione di una misura di protezione, sia che si tratti di un qualsiasi processo civile ordinario, dove la verifica della capacità rientra nella verifica dei presupposti processuali – costui deve essere considerato capace di compiere autonomamente gli atti e le attività che a tale decisione sono diretti.

⁸⁴ Cfr., in questo capitolo, sez. A) par. 4.

⁸⁵ V. § 275 FamFG, che stabilisce che il *Betroffene* conserva la capacità di stare in giudizio nel corso di tutto il procedimento, anche nel caso in cui questo poi si chiuda con una *Betreuung* incapacitante (con *Einwilligungsvorbehalt*).

⁸⁶ Cfr. K. SCHÖNKE, A. KUCHINKE, *Zivilprozessrecht*, Karlsruhe, 1969, che riferendosi al contenuto dei §§ 664 Abs. 2, 684 Abs. 1, 675, 679 Abs. 3, 685, 686 Abs. 2 BGB, parla di una “*partielle Prozessfähigkeit*” dell'interdicendo nel procedimento di interdizione.

⁸⁷ In maniera non dissimile, anche nel nostro ordinamento l'adozione di una misura ablativa della capacità avviene sempre all'esito di un procedimento in cui il soggetto, indipendentemente dalle sue condizioni psicofisiche, e persino indipendentemente dalla nomina di un rappresentante provvisorio, è considerato capace di stare in giudizio: cfr. art. 716 c.p.c. per i procedimenti di interdizione e inabilitazione, applicabile anche al procedimento di amministrazione di sostegno in forza del rinvio compiuto dall'art. 720-bis c.p.c.

Alla luce di queste considerazioni, la concettualizzazione elaborata dalla dottrina tedesca - che inquadra la capacità processuale come presupposto di efficacia degli atti processuali, e riconosce al contempo l'efficacia degli atti compiuti nella fase della *Zulassungsstreit*, cioè di tutti quegli atti diretti alla pronuncia di una sentenza che affermi o neghi la capacità stessa - si rivela, ad avviso di chi scrive, utile e valida.

Nel nostro ordinamento un'analoga ricostruzione della funzione svolta dalla capacità processuale rispetto ai singoli atti del processo non ha avuto luogo. La definizione della capacità di stare in giudizio come condizione per la decidibilità della causa nel merito è parsa sufficiente alla generalità degli interpreti.

Non è mancato, tuttavia, qualche autore che - con riguardo non alla capacità in particolare, ma a tutto il *genus* dei presupposti - ritenendo ormai logoro e privo di utilità il concetto di presupposto riferito al rapporto processuale o al processo come *unicum*, ha sostenuto che detto concetto possa aver significato soltanto se riferito ai singoli atti che nel processo sono compiuti⁸⁸.

In questa prospettiva “*atomistica*”⁸⁹, ai presupposti dell'atto processuale è stato attribuito il significato di “condizioni di possibilità dell'atto”, di elementi esterni all'atto che devono essere presenti per far sì che esso possa essere ricondotto ad uno dei tipi legali⁹⁰. Essi consisterebbero nell'imputabilità ad un soggetto - un organo con funzione giurisdizionale per gli atti d'ufficio, un soggetto di diritto per gli atti di parte⁹¹ - e, secondo qualche autore, anche nella “volontà”, intesa come consapevolezza di compiere quel determinato atto nell'ambito di un processo⁹². Per gli atti di parte, nello specifico, presupposti sarebbero allora a) la riferibilità ad un

⁸⁸ S. LA CHINA, voce *Presupposti processuali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 302; aderisce a questa linea F. AULETTA, *Nullità e “inesistenza” degli atti processuali civili*, Padova, 1999, 167 ss.. In questo senso, implicitamente, anche E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, cit., 316 ss. Anche secondo C. MANDRIOLI, voce *Presupposti processuali*, cit., 790, la nozione di presupposto, se riferito genericamente al processo “non può avere che un significato descrittivo e approssimativo, che non esclude, ma anzi presuppone, il riferimento ad un singolo atto del processo, perché soltanto i singoli atti presentano le caratteristiche di fattispecie esattamente collocate nel tempo, individuate ed individuabili in tutti i loro elementi”; per l'Autore, l'atto cui ci si deve riferire quando si parla di presupposti è però uno solo ed è rappresentato dalla “domanda”.

⁸⁹ Così F. AULETTA, *op. cit.*, 167, definisce la proposta ricostruttiva che riferisce il concetto di presupposto ai singoli atti anziché al processo in generale.

⁹⁰ Cfr. F. AULETTA, *op. cit.*, 169, che parla di condizioni che stanno “prima e fuori dell'atto”.

⁹¹ Così C. MANDRIOLI, voce *Presupposti processuali*, cit., 792.

⁹² Attribuisce particolare rilievo alla volontà F. AULETTA, *op. cit.*, 169 ss. spec. 184.

soggetto dotato della c.d. capacità di essere parte e b) la coscienza e volontà del compimento dell'atto da parte del loro autore⁹³, non limitata alla volontà del comportamento materiale ma riferita alla “*coscienza del minimo indispensabile per la “individuazione” dell'atto*”⁹⁴.

Tali elementi consentirebbero di tracciare una distinzione fra l'atto processuale e ciò che non può essere chiamato tale (e che la dottrina in esame denomina non-atto⁹⁵); l'esame della loro sussistenza precederebbe logicamente quello della validità dell'atto, perché soltanto l'atto che può essere qualificato come tale può essere *nullo*, o, detto in altre parole, soltanto la positiva verifica della sussistenza dei presupposti “*consente di attrarre l'atto al novero di quelli tipicamente disciplinati per predicarne, se del caso, la nullità come forma alternativa di rilevanza*”⁹⁶.

Nello schema ricostruttivo così tracciato, la capacità di stare in giudizio, diversamente dalla capacità di essere parte, non rientrerebbe fra i presupposti dell'atto processuale – dal momento che l'atto compiuto dalla parte priva della capacità processuale o dal rappresentante legale privo di potere conserverebbe pur sempre la qualifica di atto –, ma verrebbe in gioco nel frangente logicamente successivo, come condizione di validità dell'atto, il cui difetto determina la nullità

⁹³ F. CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. Dir. proc.*, 1940, I, 83, sosteneva che, in tema di elemento psicologico riferito al compimento dell'atto, dovesse guardarsi alla volontà della parte e non del difensore. Il pensiero di Carnelutti è stato in un primo momento condiviso da E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, 375, che poi però se ne è allontanato in ID., voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.* IV, Milano 1959, 114, sostenendo che l'elemento volontà vada riferito all'autore immediato dell'atto (e quindi al difensore, oppure alla parte personalmente per gli atti che non sono compiuti col ministero di quest'ultimo). In quest'ultimo senso anche F. AULETTA, *op. cit.*, 171.

⁹⁴ Così sempre F. AULETTA, *op. cit.* 181. In questo senso la volontà sussisterebbe (e dunque l'atto potrebbe essere considerato tale, riconducibile ad un tipo legale) ogni volta che il suo autore ha consapevolmente voluto compiere *quell'atto* del processo (“volontà conforme al tipo legale”: p. 172); essa non verrebbe meno (e dunque l'atto non cesserebbe di esser tale) anche se affetta da vizi come l'errore, la violenza, il dolo (“anche quella indotta da costringimento sarà una citazione, la quale, mancando di qualcuno dei requisiti interni del modulo legale, potrà valere come citazione nulla laddove gli elementi che vi compaiono consentano di affermare che l'autore ha voluto l'introduzione del giudizio di cognizione”: p. 174). In tal senso anche G. MARTINETTO, *sub art.* 156 (*Della nullità degli atti*), in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Torino 1973, 1579.

⁹⁵ F. AULETTA, *op. cit.*, 169, 185.

⁹⁶ V. F. AULETTA, *op. cit.*, 173.

dello stesso⁹⁷. Il difetto di rappresentanza legale dell'incapace renderebbe, dunque, nulli gli atti processuali da quest'ultimo compiuti.

Nell'ottica di tale dottrina, peraltro, il fatto che nessuna norma sanzioni espressamente con la nullità dell'atto il difetto di capacità del suo autore, non sarebbe in contrasto con la regola della comminatoria espressa delle nullità processuali contenuta nell'art. 156 c.p.c. e non vi sarebbe, pertanto, alcun impedimento alla qualificazione dell'incapacità come causa di nullità dell'atto. L'ostacolo dell'art. 156 c.p.c. sarebbe, infatti, solo apparente: mentre una specifica comminatoria della nullità sarebbe necessaria nelle ipotesi in cui la legge processuale riserva a sé la disciplina esclusiva della fattispecie che sta alla base di un atto; mentre, in altre parole, la regola di tassatività e determinatezza opererebbe per le “*nullità processuali in senso proprio*”, per le violazioni “*della legge regolatrice di una fattispecie processualmente esclusiva*”⁹⁸; essa non potrebbe operare, invece, nei casi in cui la legge processuale non regola in via esclusiva la fattispecie, ma se ne occupa “in collaborazione” con altri ordinamenti giuridici – nei casi in cui, in diversi termini, “*alcuno degli elementi per i quali l'atto vive, è costituito da una fattispecie che ha la sua disciplina in una legge non processuale, alla quale il codice di procedura rinvia*”⁹⁹.

Nel caso specifico della capacità processuale, dunque, la rinuncia del legislatore processuale a disciplinarne direttamente i requisiti e le condizioni e, – all'opposto – il rinvio compiuto dall'art. 75 c.p.c. al diritto civile e alle norme in esso contenute, “spoglierebbero” la legge processuale del potere esclusivo di determinare le cause di nullità degli atti riconducibili ad un vizio della capacità stessa. In sintesi, il difetto di comminatoria espressa non impedirebbe la qualificazione dell'atto processuale compiuto dall'incapace come atto nullo¹⁰⁰.

La generica affermazione della nullità dell'atto non fa però chiarezza sul profilo più importante della nullità dal punto di vista pratico, cioè sul suo regime e in

⁹⁷ Così E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, cit., 321 e nello stesso senso F. AULETTA, *op. cit.*, 157.

⁹⁸ Le espressioni fra virgolette sono di F. AULETTA, *op. cit.*, 163.

⁹⁹ E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali*, cit., 316.

¹⁰⁰ Così espressamente F. AULETTA, *op. cit.* 159, secondo cui “per la capacità delle parti di agire nel processo [...] operano senza dubbio fonti ulteriori e la legge processuale finisce per occuparsene in condominio e in termini particolari, cioè nella misura minima in cui questi prendono rilievo per lo svolgimento del giudizio”.

particolare sul suo rilievo. Mentre la categoria dell'inefficacia cui si ricollega la definizione di *Prozesshandlungsvoraussetzung* della *Prozessfähigkeit* tedesca non pone dubbi di sorta, visto che essa implica una totale impossibilità per l'atto di produrre i suoi effetti, il riferimento alla categoria della nullità processuale pone l'interprete di fronte a importanti interrogativi: di che tipo di nullità si tratti; come e da chi possa esser fatta valere; come possa rientrare nelle strette maglie dell'art. 157 c.p.c. – disposizione che prevede, come regola, il rilievo su istanza di parte e l'impossibilità di opporre la nullità per la parte che vi ha dato causa.

Anche su questo punto, diversamente da ciò che avviene in Germania per la definizione di *Prozessfähigkeit* come *Prozesshandlungsvoraussetzung*, non vi è alcuna presa di posizione massiccia da parte degli interpreti.

Soltanto una parte della dottrina¹⁰¹ non ha esitato ad offrire una risposta chiara e netta al quesito, nel senso che gli atti compiuti dall'incapace sarebbero affetti da nullità assoluta, rilevabile d'ufficio dal giudice: il fondamento di tale soluzione dovrebbe individuarsi nell'interesse generale sotteso alle regole sulla capacità processuale e sulla rappresentanza legale, poste “*non nell'interesse di una delle parti, ma per il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale, che impone un intervento d'ufficio del giudice*”¹⁰². Secondo questa ipotesi ricostruttiva, peraltro, all'inquadramento dell'incapacità come causa di nullità rilevabile d'ufficio non osterebbe la previsione dell'art. 157 c.p.c., la quale si riferirebbe soltanto ai casi di nullità rientranti nella previsione dell'art. 156, vale a dire quelli espressamente previsti e disciplinati dalla legge processuale, e dunque non alla nullità causata dal difetto della capacità processuale della parte che lo compie¹⁰³.

Non è difficile notare che, accogliendo l'impostazione di questa dottrina, si giunge ad un risultato pratico non dissimile da quello cui pervengono gli interpreti tedeschi all'unanimità attraverso la nozione di *Prozesshandlungsvoraussetzung*: e infatti gli atti compiuti dall'incapace, sia che siano considerati inefficaci (fino all'eventuale ingresso del rappresentante legale nel processo), sia che siano ritenuti affetti da una nullità assoluta rilevabile anche dal giudice d'ufficio (e tuttavia pur

¹⁰¹ Si fa riferimento a R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, 10, e a F. AULETTA, *op. cit.*, 127 nt. 7.

¹⁰² R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, I) *Diritto processuale civile*, cit., 10. Sembra accogliere l'impostazione di Oriani F. AULETTA, *op. cit.*, 127 nt. 7.

¹⁰³ Sempre R. ORIANI, voce *Nullità*, cit., 12, e F. AULETTA, *op. cit.*, 127 nt. 7.

sempre sanabile dall'intervento del rappresentante legale dell'incapace), non possono in ogni caso produrre gli effetti loro propri, né nel processo in cui sono compiuti, né in un eventuale altro procedimento fra le medesime parti.

Ciò che balza agli occhi, tuttavia, è il diverso punto di partenza, la differenza fra la *ratio* sottesa alla regola dell'inefficacia sostenuta dalla *Rechtslehre* tedesca e la *ratio* della nullità rilevabile d'ufficio, affermata da qualche voce della dottrina italiana: se nel primo caso l'obiettivo indiscusso di una ricostruzione siffatta è la tutela del diritto al *rechtliches Gehör* dell'incapace, nella seconda ipotesi la ragione fondante la nullità assoluta (e dunque la rilevabilità officiosa) sta, a detta dei suoi sostenitori, nell'interesse generale – l'interesse al regolare svolgimento della funzione giurisdizionale – che la capacità processuale mira a proteggere.

4. *Conseguenze dell'inquadramento della Prozessfähigkeit come presupposto degli atti processuali: gli effetti processuali e sostanziali della domanda (in particolare, gli effetti sul termine di prescrizione in corso)*

Nell'ordinamento tedesco, dunque, la capacità processuale condiziona l'efficacia degli atti compiuti e ricevuti dalle parti, a partire dall'atto introduttivo. Cionondimeno, la domanda giudiziale proposta da o contro un incapace non è *tamquam non esset*: il processo è validamente instaurato e il giudice è investito del potere decisorio; le parti, anche quella incapace, possono compiere efficacemente tutti gli atti necessari affinché il giudice possa giungere ad una decisione in punto di capacità processuale, secondo i principi che regolano la "lite sulla capacità" – la c.d. *Zulassungsstreit*.

Questo assetto lascia però aperti importanti interrogativi, primo fra i quali quello relativo alla produzione degli effetti tipici che alla domanda giudiziale normalmente si ricollegano. Ci si chiede, in altre parole, se la domanda proposta da un incapace o contro di lui sia in grado di produrre tali effetti, sia sul piano sostanziale che su quello processuale.

Per fare chiarezza occorre, preliminarmente, capire in che cosa consiste, nell'ordinamento tedesco, ciò che chiamiamo "proposizione della domanda".

Nel processo civile ordinario la fase iniziale introduttiva del giudizio prende il nome di *Klageerhebung* (termine che letteralmente significa “elevazione, proposizione della causa”). Tale fase si compone di due distinti momenti: il deposito dell'atto introduttivo (*Klageschrift*) presso la cancelleria del giudice adito (§ 496 ZPO), cui segue la notifica d'ufficio al convenuto (notifica dello *Klageschrift* unitamente al provvedimento di fissazione dell'udienza).

Dal momento in cui avviene il deposito dell'atto introduttivo e fino alla notifica dello stesso, la causa è definita *anhängig*: essa produce alcuni effetti processuali (per esempio ai sensi del §147 ZPO il giudice può ordinare la riunione di procedimenti *anhängig* davanti a lui quando vi sia una connessione giuridica delle pretese oggetto dei giudizi; ai sensi del § 486 ZPO la semplice *Anhängigkeit* del procedimento di merito determina la competenza del giudice davanti a cui esso è pendente anche a conoscere dei procedimenti di istruzione preventiva), ma non è ancora giuridicamente pendente a tutti gli effetti.

È solo la notifica dell'atto introduttivo al convenuto a segnare il momento di vera e propria pendenza della lite: è qui che si producono gli effetti sostanziali e processuali tipici della domanda giudiziale e la causa da *anhängig* diviene *rechtshängig*. Con la *Rechtshängigkeit* si determina, sul piano processuale, la litispendenza¹⁰⁴ e la *perpetuatio fori*¹⁰⁵; sul piano sostanziale, si produce l'effetto della sospensione della prescrizione (*Hemmung der Verjährung*, § 204 BGB) e di numerosi termini perentori stabiliti a pena di decadenza (*Ausschlussfristen*), l'aggravarsi della responsabilità del convenuto (e l'attenuazione di quella dell'attore: v. ad es. §§ 292 e 347 BGB), il sorgere del diritto alla corresponsione degli interessi “processuali” (*Prozesszinsen*, § 291 BGB), la sospensione del decorso dell'usucapione (*Hemmung der Ersizung*, § 941 BGB)¹⁰⁶.

La domanda che ci si pone è, allora, se la domanda proposta da un incapace, in linea di principio inefficace, sia o meno idonea a produrre gli effetti processuali e sostanziali descritti.

¹⁰⁴ Per definire il concetto di litispendenza, il diritto processuale tedesco utilizza l'espressione *Einrede der Rechtshängigkeit*, cioè “eccezione di pendenza” della lite: cfr. ad esempio L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 98 Rdnr. 18, 541.

¹⁰⁵ La quale corrisponde alla regola enunciata dal nostro art. 5 c.p.c. V. L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 98 Rdnr. 30 ss., 543.

¹⁰⁶ Cfr., per tutti questi effetti, sempre L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 98 Rdnr. 36-37, 544.

Da un punto di vista generale, la dottrina e la giurisprudenza unanimi affermano, da un lato, che la menzionata *Rechtshängigkeit*, cioè la “piena pendenza” della lite, si realizza anche in caso di difetto di un presupposto processuale¹⁰⁷. L'assunto è, del resto, perfettamente logico e coerente con l'interpretazione oggi unanimemente accolta della categoria delle *Prozessvoraussetzungen*, che sono intese non come condizioni di esistenza del processo ma come semplici condizioni di decidibilità della causa nel merito: se il processo esiste anche in difetto di un presupposto, se può svolgersi e giungere fino alla decisione che dichiara tale difetto e rigetta in rito la domanda, ciò significa necessariamente che la mancanza del presupposto non ha impedito la pendenza della lite e il prodursi degli effetti – sostanziali e processuali – ad essa collegati.

Se si guarda però, a quel presupposto processuale particolare che è la *Prozessfähigkeit*, ci si accorge che le cose non stanno esattamente in questo modo, e che la diversità rispetto a quanto accade per la generalità delle *Prozessvoraussetzungen* è dovuta proprio al fatto che essa cumula la normale funzione di condizione di decidibilità nel merito a quella di presupposto di efficacia degli atti processuali. Ebbene, mentre per gli effetti processuali della domanda proposta da o contro un incapace vale la regola generale (il difetto della capacità non ne impedisce la produzione), lo stesso non si può dire per gli effetti sostanziali, e in particolare per quanto riguarda i risvolti della pendenza del processo sul decorso della prescrizione.

Per comprendere la ragione di ciò, è opportuno far cenno al fatto che, nell'ordinamento processuale tedesco, la proposizione della domanda e la sua *Rechtshängigkeit* determinano normalmente la *Verjährungshemmung* (§§ 203 ss. BGB), e che l'effetto coincide con ciò che noi chiamiamo sospensione della prescrizione¹⁰⁸. La domanda giudiziale non produce invece l'equivalente del nostro effetto interruttivo del termine prescrizione: il *Neubeginn*, vale a dire il nuovo

¹⁰⁷ L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 98 Rdnr. 11, 540; E. BECKER-EBERHARD, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 261, Rdnr. 18; E. SCHUMANN, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 261 Rdnr. 44; in giurisprudenza v. BGH NJW 1967, 2304.

¹⁰⁸ V. § 209 BGB, ai sensi del quale “il periodo di tempo durante il quale la prescrizione è sospesa (*gehemmt*), non è computato”.

inizio del termine, si ha soltanto in conseguenza del compimento di atti esecutivi, e non già degli atti del processo di cognizione¹⁰⁹.

In questo contesto, il § 204 BGB, che disciplina la sospensione (*Hemmung*) della prescrizione per atti che implicano il “perseguimento del diritto” (*Rechtsverfolgung*), richiede “la proposizione di un’azione di accertamento della pretesa o di condanna all’adempimento”. Benché la norma di cui alla disposizione citata si riferisca in maniera del tutto generica alla proposizione di una domanda (dei tipi anzidetti), gli interpreti ritengono che con il termine *Herhebung* il legislatore si sia voluto riferire soltanto alla domanda *efficace*, ed abbia invece inteso escludere la domanda *inefficace*¹¹⁰. Poiché, poi, come già chiarito, gli atti compiuti dalla (o contro la) parte incapace sono considerati privi di efficacia – ad esclusione, come più volte ripetuto, di quelli compiuti nella *Zulassungsstreit*, diretti ad istruire la “questione capacità” e a portare ad una decisione *efficace* su tale punto –, la domanda proposta da o contro una parte priva della capacità processuale, in quanto di principio *inefficace*, è ritenuta *inidonea* a sospendere il termine prescrizione pendente¹¹¹.

Tale conclusione ha conseguenze di evidente gravità per sia per l’attore incapace, sia per l’attore capace che proponga la sua domanda nei confronti di un soggetto incapace: occorre tenere presente, infatti, che il concetto di *Prozesshandlungsvoraussetzung* vale, per la capacità, sia con riferimento agli atti compiuti dall’incapace sia con riguardo agli atti a lui diretti. Questa gravità, peraltro,

¹⁰⁹ Cfr. § 212 BGB.

¹¹⁰ Va notato che questo dato non emerge in maniera immediata dalla lettura della ZPO e dei commenti alle varie disposizioni che riguardano la *Rechtshängigkeit*. In linea di principio, i commentatori sostengono che il difetto della capacità processuale non è di ostacolo acché la causa proposta da o contro un incapace possa dirsi pendente, cioè *rechtshängig* (v. E. BECKER-EBERHARD, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 261, Rdnr. 22; E. SCHUMANN, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 261 Rdnr. 44) : affermazione, questa da cui potrebbe desumersi la piena produzione degli effetti tipici ricollegati alla *Rechtshängigkeit*, sia quelli processuali che quelli sostanziali; in realtà, gli autori si riferiscono ai soli effetti processuali della domanda. Ed infatti, con specifico riferimento agli effetti sostanziali della *Klageerhebung* e in particolare all’effetto sospensivo del termine prescrizione, i medesimi autori affermano che la sospensione della prescrizione presuppone altresì una *Klageerhebung* efficace (E. BECKER-EBERHARD, *op. ult. cit.*, § 262, Rdnr. 5, che afferma: “*Die Verjährungshemmung setzt ebenso eine wirksame Klageerhebung voraus*”; nello stesso senso M. VOLLKOMMER, *Verjährungsunterbrechung und Bezeichnung des Anspruchs im Mahnbescheid*, in H. PRÜTTING, H. RÜSSMANN (Hrsg.), *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift G. Lüke, zum 70. Geburtstag*, München, 1997, 865 ss., spec. 882).

¹¹¹ V. specialmente M. VOLLKOMMER, *Verjährungsunterbrechung und Bezeichnung des Anspruchs im Mahnbescheid*, cit., 882.

appare poi acuita dal fatto che la *Klageerhebung* dell'incapace non può produrre effetti sul piano sostanziale neppure grazie al successivo “intervento” del rappresentante legale dell'incapace (ovvero della parte inizialmente incapace e successivamente divenuta capace) attraverso la *Genehmigung*: l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene, infatti, che l'effetto retroattivo della “ratifica” sia limitato alla sfera processuale e non si estenda, invece, a quella sostanziale¹¹². Stando alla lettura data dalla giurisprudenza, dunque, la *Genehmigung* del rappresentante segna il momento in cui il termine prescrizione è sospeso (e assieme ad esso, anche gli altri effetti sostanziali della domanda si producono), ma non può fare in modo che la sospensione avvenga sin dalla *Klageerhebung* inefficace effettuata dalla (o nei confronti della) parte incapace.

Ad attenuare, almeno in parte, queste conseguenze, interviene il § 210 BGB Abs. 1, che prevede la sospensione del decorso della prescrizione per incapacità negoziale o per limitata capacità negoziale: la norma stabilisce che, se una persona incapace ai sensi dei §§ 104 ss. BGB si trova “senza rappresentante legale”, la prescrizione in suo favore o contro di lei è sospesa fino al momento della nomina del rappresentante¹¹³.

Questa disposizione, che evidentemente trova applicazione in maniera del tutto indipendente dall'instaurazione di un processo, può però giocare un ruolo importante anche nell'ambito che qui interessa, e cioè per il processo. Se un incapace privo di rappresentante legale agisce in giudizio per far valere un proprio diritto che sta per prescrivere, il decorso della prescrizione non è in questo caso impedito dalla proposizione della domanda (o per meglio dire dalla sua *Rechtshängigkeit*), ma è impedito dalla semplice compresenza di due elementi di carattere negativo, vale a dire il difetto della capacità e l'assenza del rappresentante. Va evidenziato che, in base alla versione del § 210 approvata nel 2002 e tuttora vigente, lo stesso avviene

¹¹² V. ad esempio BGHZ 46, 221, 229 ss. = NJW 1967, 568 ; BGHZ 111, 339, 343 ss.; BGH NJW 1992, 2575; OLG Celle NJW-RR 1995, 518, 519; OLG Hamm NJW-RR 1998, 470. In dottrina v. R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 3; H. GROTHE, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 6 Aufl., München, 2012, § 204 Rdnr. 20.

¹¹³ Così recita il vigente Abs. 1 del § 210 (Ablaufhemmung bei nicht voll Geschäftsfähigen): “Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so tritt eine für oder gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem die Person unbeschränkt geschäftsfähig oder der Mangel der Vertretung behoben wird. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate”.

anche quando sia l'attore capace ad agire nei confronti di un soggetto incapace a cui manca il rappresentante legale¹¹⁴: anche in tal caso la prescrizione del diritto azionato rimane sospesa, nonostante l'inefficacia della *Klageerhebung*, e ricomincia a decorrere allo scadere del sesto mese dalla nomina del rappresentante legale al convenuto incapace¹¹⁵. Inoltre, dal momento che per "assenza del rappresentante legale" l'orientamento maggioritario intende non soltanto un'assenza fisica, ma anche un'impossibilità giuridica dello stesso ad esercitare le funzioni che gli competerebbero¹¹⁶, ne consegue che la regola può venire in soccorso sia all'incapace infermo di mente ai sensi del § 104 nr. 2 BGB (per il quale essere privo del rappresentante legale è la condizione "fisiologica") sia per il minore o per il *Betreute* con *Einwilligungsvorbehalt* (i cui genitori o, rispettivamente, il cui *Betreute* siano giuridicamente impossibilitati ad esercitare le funzioni di rappresentanti). È chiaro, tuttavia, il limite dello strumento offerto dall'Abs. 1 del § 210 BGB: la regola della sospensione del termine prescizionale non può trovare applicazione nel caso in cui un soggetto *prozessunfähig* che ha già un proprio rappresentante legale (e questi non sia giuridicamente impossibilitato ad esercitare le sue funzioni) agisca in giudizio o sia convenuto senza di questi; in tal caso la norma non può venire in soccorso e la sospensione della prescrizione non si produce.

¹¹⁴ Prima della novella del 2002 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26.11.2001, in vigore dal 01.01.2002), la regola della "*Ablaufhemmung bei nicht voll Geschäftsfähigen*" era disciplinata dal § 206 BGB Abs.1 e trovava applicazione soltanto nel caso di prescrizione *contro* l'incapace privo di rappresentante: "Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die *gegen* sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate". La novella ha "trasferito" la disciplina della sospensione della prescrizione per incapacità nel § 210 ed ha esteso l'applicazione della norma al caso della prescrizione a favore dell'incapace (si parla di "*für oder gegen* sie laufende Verjährung").

¹¹⁵ H. GROTHE, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁶, cit., § 210 Rdnr. 1, evidenzia molto bene il fatto che la tutela che la norma, così come modificata dalla novella del 2002, si prefigge, ha una direzione duplice ("doppelte Schützrichtung"): da una parte mira a proteggere l'incapace privo di rappresentante legale e dall'altra vuole tutelare e garantire il creditore che vanta un diritto nei confronti dell'incapace senza rappresentante legale ("[...] zielt § 210 aber zum anderen auch darauf ab, den *Gläubiger*, der einen Anspruch gegen einen nicht voll Geschäftsfähigen ohne gesetzlichen Vertreter besitzt und deshalb keine Klage erheben kann, vor der Verjährung seiner Forderung zu schützen").

¹¹⁶ H. GROTHE, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁶, cit., § 210 Rdnr. 3; W. NIEDENFÜHR, in H. T. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., § 210, Rdnr. 7, che cita come "impedimento giuridico" il caso in cui, ai sensi del § 1629 Abs. 2 BGB, il giudice adotti un provvedimento ablativo della potestà genitoriale; D. HEINRICH, § 210, in H. G. BAMBERGER, H. ROTH, G. MÜLLER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 25. Aufl., München, 2012, Rdnr. 4. In giurisprudenza v. BGH NJW 1975, 260, 261.

Alla luce di quanto si è detto, i rapporti tra incapacità processuale di una parte ed effetti tipici della domanda giudiziale ricollegati al momento della *Rechtshängigkeit* possono essere così riassunti: la domanda giudiziale proposta da o nei confronti di un soggetto privo della capacità processuale produce gli effetti processuali tipici, ma non gli effetti sostanziali; in particolare, essa non è in grado di sospendere il termine di prescrizione del diritto fatto valere; l'effetto sospensivo di tale termine è prodotto, in ogni caso, e indipendentemente dalla proposizione di una domanda giudiziale, nel momento in cui all'incapacità (negoziale) di un soggetto si accompagna l'assenza (o l'impedimento giuridico) del suo rappresentante legale; non si ha sospensione della prescrizione nel caso in cui la domanda provenga da o sia diretta contro un incapace "dotato" del rappresentante legale (e costui non sia "giuridicamente impedito").

5. *Ancora sugli effetti della domanda proposta da o contro un incapace rispetto al decorso della prescrizione. Fotografia comparativa delle soluzioni adottate nei due ordinamenti*

Analizzato l'assetto dei rapporti fra incapacità ed effetti della domanda nell'ordinamento tedesco, non sembra superfluo procedere a un rapido confronto con la regolamentazione che tale assetto riceve nel nostro ordinamento. Consci dell'impossibilità di approfondire, in questa sede, le ragioni delle analogie e differenze che si rinvengono nella legislazione dei due paesi e nelle interpretazioni di essa offerte (in un tema che, peraltro, valica i confini dell'ordinamento processuale e sconfinava in quello civile), ci si propone qui soltanto l'intento – più modesto – di fotografare tali similitudini e tali difformità. Con ciò confidando che una fotografia di raffronto precisa e "ad alta risoluzione" possa comunque offrire spunti utili per qualche riflessione comparatistica.

Se si osserva, anzitutto, la disciplina generale che il nostro codice riserva ai rapporti fra domanda giudiziale e decorso della prescrizione, non si può fare a meno di notare una differenza di rilievo rispetto alla maniera in cui tale rapporto è regolato dal BGB: nel nostro processo civile, fra gli effetti sostanziali della domanda

giudiziale vi è sia l'effetto sospensivo (o interruttivo permanente) del termine di prescrizione, previsto dall'art. 2945 comma 2° c.c., sia quello interruttivo (o interruttivo istantaneo), disciplinato dall'art. 2943 comma 1° c.c., che la domanda giudiziale produce in quanto in essa è insito il nucleo della costituzione in mora del debitore; l'ordinamento tedesco invece, come si è visto, annovera fra gli effetti sostanziali della *Klageerhebung* la *Verjährungshemmung*, che corrisponde al nostro effetto interruttivo permanente, ma non il *Neubeginn*, corrispondente al nostro effetto interruttivo istantaneo (quest'ultimo, come si è detto, si produce soltanto come conseguenza di atti di esecuzione e non di atti del processo di cognizione).

A parte questa importante divergenza in punto di disciplina positiva degli effetti della domanda giudiziale sulla prescrizione, con riguardo al rapporto e alle interferenze fra la categoria dei presupposti processuali (*rectius*, condizioni di decidibilità nel merito) e la produzione degli effetti tipici della domanda sul decorso della prescrizione, si registrano in Italia opinioni non dissimili da quelle assunte dagli interpreti germanici. Come nell'ordinamento tedesco, così anche da noi è indiscusso che l'inammissibilità della domanda di per sé non influisce sulla produzione degli effetti descritti: vi è unanimità di consensi sul fatto che anche la domanda inammissibile per il difetto di un presupposto processuale è idonea a interrompere la prescrizione, sempre a condizione che in essa sia rinvenibile quel nucleo "minimo" rappresentato dal contenuto di costituzione in mora, e cioè l'intimazione ad adempiere rivolta al debitore¹¹⁷; alla medesima domanda si ricollega inoltre, secondo la dottrina maggioritaria, anche l'effetto interruttivo permanente descritto dal comma 2 dell'art. 2945 c.c.¹¹⁸.

¹¹⁷ In dottrina v. per tutti C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II Profili generali*, Padova, 2004, 123. In giurisprudenza, nel senso che la domanda invalidamente proposta produce l'effetto interruttivo della prescrizione ai sensi dell'art. 2943 c.c., v. Cass. 1 marzo 1984 n. 1440.

¹¹⁸ Come noto, l'orientamento dottrinale più recente è nel senso di ritenere che l'effetto interruttivo permanente (o sospensione della prescrizione) si ricollegli a "la pendenza del processo quale che sia, con od anche senza le condizioni di decidibilità nel merito": così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II Profili generali*, cit., 122; v. anche dello stesso autore, ID., *Domanda giudiziale, (dir. proc. civ.)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, VII, Torino 1991; nello stesso senso R. ORIANI, *Domanda giudiziale*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, e id., *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977, 48. In precedenza, invece, la dottrina più autorevole riteneva che l'effetto descritto non potesse prescindere dalla validità della domanda (e dunque dalla presenza di tutti i presupposti processuali) e che, pertanto, esso non potesse prodursi nel caso di chiusura in rito del processo: così G. CHIOVENDA, *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 271 ss.; V. ANDRIOLI, *Sull'interruzione-sospensione della prescrizione del diritto controverso*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, 628.

Nella generalità dei casi, dunque, sia in Germania che in Italia l'assenza di una *Prozessvoraussetzung* o, rispettivamente, di una condizione di decidibilità della causa nel merito, non impedisce il prodursi degli ordinari effetti della domanda giudiziale rispetto alla prescrizione.

Se ciò, tuttavia, vale in linea generale per la categoria dei "presupposti", la figura della capacità processuale richiede un discorso parte, come presupposto processuale *sui generis*: e mentre in Germania le ragioni di questo "trattamento differenziato" risiedono nel fatto che la *Prozessfähigkeit* cumula la funzione di *Prozessvoraussetzung* a quella di *Prozesshandlungsvoraussetzung*, con la conseguente inefficacia della *Klageerhebung* effettuata da o contro l'incapace, nel nostro ordinamento le ragioni della peculiarità della capacità processuale rispetto ad altre condizioni di ammissibilità della domanda si rinvergono in ciò, che il difetto della capacità si ripercuote sull'atto introduttivo del giudizio (e quindi sulla domanda azionata) in maniera assai più pregnante rispetto ad altri presupposti. Il difetto della capacità di cui all'art. 75 c.p.c., infatti, investe direttamente il contenuto della domanda, in quanto incide su un suo elemento identificativo (le parti).

Alla luce di questa considerazione, il quesito da porsi è se, nel nostro sistema, la domanda azionata da o nei confronti di un incapace processuale, dunque viziata in un suo elemento identificativo, presenti quel nucleo "minimo" di costituzione in mora che essa deve avere perché l'effetto interruttivo (e, conseguentemente, quello sospensivo) possa prodursi, oppure se – come si è visto accadere nell'ordinamento tedesco – essa sia inidonea ad incidere sul termine di prescrizione in corso .

La risposta offerta dagli interpreti è piuttosto articolata e non sempre univoca. Bisogna distinguere, anzitutto, il caso dell'incapace attore che propone la domanda in proprio anziché a mezzo del proprio rappresentante legale, dal caso in cui l'incapace processuale sia il convenuto.

Se è citato in giudizio un soggetto incapace senza il proprio rappresentante o assistente (in quanto l'atto di citazione omette di indicare quest'ultimo e, conseguentemente, la notifica è effettuata direttamente all'incapace), la soluzione maggiormente accolta sembra essere quella di ritenere che la domanda giudiziale così proposta non possa considerarsi come un'efficace costituzione in mora del

debitore, e dunque non sia idonea a interrompere la prescrizione¹¹⁹: a questa conclusione si giunge se si considera che, secondo la giurisprudenza, soltanto l'atto "indirizzato al suo legittimo destinatario" può fungere da valida costituzione in mora, e che il legittimo destinatario – nel caso degli incapaci – è certamente il rappresentante legale¹²⁰. La ratio sottesa a questa soluzione è certamente la tutela dell'incapace, soprattutto di fronte ad un atto (l'atto introduttivo di un giudizio) per lui svantaggioso¹²¹, che dunque impone l'apprezzamento del suo significato e degli oneri che ne possono derivare. Va poi notato che, stando alla linea seguita dalla prassi giurisprudenziale, e peraltro non contraddetta dagli interpreti, tale conclusione tendenzialmente non subisce modifiche neppure nel caso in cui il rappresentante, pur non essendo il destinatario dell'atto, ne acquisti comunque effettiva conoscenza¹²²; dunque, soltanto citando in giudizio il rappresentante legale dell'incapace e notificando a costui l'atto introduttivo, la prescrizione del diritto fatto valere è efficacemente interrotta.

Si può affermare, in sintesi, che nel nostro ordinamento la domanda giudiziale diretta nei confronti di un soggetto incapace in cui è omessa l'indicazione del suo rappresentante, non potendo fungere da efficace costituzione in mora, non è idonea a interrompere la prescrizione¹²³. Dal momento, poi, che l'effetto sospensivo

¹¹⁹ V. U. NATOLI, L. BIGLIAZZI-GERI, *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975, 254; F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, 145; G. VISINTINI, L. CABELLA, *L'inadempimento della obbligazioni*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999, 241.

¹²⁰ In verità, le pronunce della giurisprudenza sul punto sono tutt'altro che copiose: la sentenza più recente, sempre citata dai vari commentatori, è Cass. 10 luglio 1989 n. 3261 (nel senso che è invalida la costituzione in mora diretta nei confronti dell'incapace).

¹²¹ V. F. BENATTI, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

¹²² Cfr. sempre Cass. 10 luglio 1989 n. 3261. Per inciso, nella sentenza citata si afferma che il principio per cui è necessario che l'atto sia indirizzato al rappresentante dell'incapace (mentre non è sufficiente che questi in qualche modo ne venga a conoscenza) può subire un'eccezione nel caso del minore, in ragione della presumibile coabitazione del minore con il genitore e, conseguentemente, in ragione del fatto che la conoscenza da parte del rappresentante di un atto indirizzato al minore è pressoché scontata.

¹²³ Non manca, invero, qualche voce che sembra affermare il contrario. Per esempio A. PROTO PISANI, *Nullità dell'atto di citazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, 655 ss. e spec. 671-674, aderendo ad un orientamento già presente in dottrina, sostiene fermamente che "l'atto di citazione nullo per motivi inerenti alla *vocatio in jus*, ma valido come esercizio dell'azione, sia idoneo a produrre tutti i cc.dd. effetti sostanziali e processuali", fra cui appunto gli effetti "conservativi" sul termine di prescrizione. Per quanto la descritta opinione possa apparire contraria alle altre precedentemente citate e a quanto si è detto nel testo, va tuttavia considerato: che lo scritto di Porto Pisani è antecedente alla riforma del 1990; che ai sensi del previgente art. 164 c.p.c. non vi era alcuna distinzione fra vizi della citazione concernenti la *vocatio* e vizi concernenti "l'esercizio dell'azione" (la c.d. *editio actionis*), e che i primi come i secondi erano sanati con effetti *ex nunc* dalla costituzione del convenuto; che all'Autore

di cui all'art. 2945 comma 3 c.c. è legato all'esplicarsi dell'effetto interruttivo, e che la domanda inidonea a produrre il primo non può evidentemente aspirare a determinare il secondo, occorre necessariamente concludere che tale domanda non può avere incidenza di alcun tipo sul decorso del termine prescrizione in corso. La conclusione non è dunque differente da quanto avviene nell'ordinamento tedesco in casi analoghi – dove tuttavia l'impedimento della *Verjährungshemmung* ha un diverso fondamento, poiché è legato all'inefficacia degli atti processuali compiuti e ricevuti dalla parte *prozessunfähig*.

Più dubbio appare, invece, il caso in cui l'incapace sia l'attore. Il panorama di opinioni espresse in proposito è piuttosto frastagliato: qualche autore ritiene che l'atto di costituzione in mora possa essere compiuto anche dall'incapace, in ragione della sua natura non negoziale (si tratterebbe di un atto giuridico in senso stretto), nonché in ragione dell'affermata inapplicabilità dei principi sull'incapacità, che sarebbero “*posti a tutela del dichiarante, mentre la richiesta di adempimento non prospetta per il richiedente alcun pericolo di pregiudizio*”¹²⁴; altri, all'opposto, richiedono la capacità (legale) di agire di entrambe le parti, e così anche dell'autore dell'atto di costituzione in mora, affinché esso possa considerarsi efficace¹²⁵. L'adesione all'uno o all'altro indirizzo porta con sé, evidentemente, conseguenze di notevole importanza: la domanda giudiziale dell'attore incapace è idonea a interrompere (e così anche a sospendere) il termine di prescrizione se si abbraccia il primo orientamento, mentre se si aderisce al secondo occorre concludere nel senso che essa è inidonea – con conseguenze quindi identiche a quelle che si sono tratte nel caso dell'incapace convenuto.

premeva di tracciare una netta distinzione fra i due tipi di requisiti della citazione, al fine di chiarire, in primo luogo, che solo per i primi la costituzione del convenuto poteva avere efficacia sanante, e che, in secondo luogo, quanto alla produzione dei descritti effetti, essi si ricollegano per l'appunto alla domanda giudiziale, la quale è “non la *vocatio in jus*, ma il mero atto tramite il quale l'attore fa valere un diritto in giudizio”, sicché l'invalidità della prima non incide sulla produzione degli stessi. In altre parole, non sembra che l'Autore si sia posto lo specifico problema del difetto di capacità di una parte, il quale difetto – anche volendolo inquadrare solo come difetto della *vocatio in jus* e non già dell'*editio ationis* – ha ben in poco comune con gli altri elementi della *vocatio* (il giudice adito, il giorno dell'udienza, il termine a comparire), e diversamente da questi incide senza dubbio sul contenuto di messa in mora della domanda giudiziale richiesto dagli artt. 2943, 1219 c.c.

¹²⁴ V. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, (artt. 1218-1229), in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Roma, 1979, sub art. 1219, 200.

¹²⁵ V. U. NATOLI, L. BIGLIAZZI-GERI, *op.cit.*, 254.

Prescindendo da approfondimenti di natura civilistica sul tema controverso, ciò che in questa sede è interessante notare è la notevole somiglianza delle conclusioni cui si perviene nei due ordinamenti di riferimento circa i rapporti fra proposizione della domanda, incapacità processuale e decorso della prescrizione: in entrambi la domanda proposta contro l'incapace (e, secondo alcuni, anche quella proposta *dall'*incapace) non è in grado di “incidere” sul decorso della prescrizione. In Germania, ciò trova la sua giustificazione nella natura di *Prozesshandlungsvoraussetzung* della capacità processuale e nella conseguente inefficacia sostanziale della *Klageerhebung* proposta da o contro un incapace; in Italia, tale conclusione è legata al fatto che l'atto di citazione deve contenere una valida costituzione in mora per poter interrompere la prescrizione, e all'impossibilità di qualificare come tale l'atto di citazione con cui è convenuto in giudizio un incapace senza il suo rappresentante (e, secondo parte della dottrina, anche la citazione effettuata dall'incapace). Nonostante le premesse teoriche differenti, il risultato è analogo.

Similmente a quanto accade nell'ordinamento tedesco, poi, anche in Italia l'incapacità, considerata come fatto giuridicamente rilevante (derivi essa da minore età o dall'adozione di una misura protettiva ablativa della capacità), e indipendentemente dalla proposizione di una domanda giudiziale, determina *ipso jure* la sospensione della prescrizione (art. 2942 n. 1 c.c.) per il tempo in cui l'incapace non ha il rappresentante e per i sei mesi successivi alla nomina del medesimo. Tuttavia il nostro art. 2942 n. 1 c.c. – come del resto il § 206 Abs. 1 BGB prima della novella del 2002¹²⁶ – limita la produzione di tale effetto all'ipotesi di prescrizione “contro” l'incapace, mentre non considera il caso della prescrizione “in favore” di quest'ultimo; come si è visto, invece, il § 210 Abs. 1 BGB vigente, così come novellato, ricomprende entrambi i casi, tutelando così sia l'incapace privo di rappresentante sia la sua controparte¹²⁷.

Un'importante differenza rispetto all'ordinamento tedesco si deve registrare, poi, con riferimento agli effetti che produce l'intervento successivo del

¹²⁶ Cfr. nt. 114 di questo capitolo.

¹²⁷ V. infatti la “doppelte Schützrichtung” di cui parla H. GROTHE, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁶, cit., § 210 Rdnr. 1, a proposito della sospensione del termine prescizionale disposta dal § 210 ZPO.

rappresentante legale dell'incapace nel processo, volto a sanare il vizio del difetto di rappresentanza. Mentre in Germania, come si è detto, la *Genehmigung* da parte del rappresentante dell'incapace non pare avere efficacia retroattiva sul piano sostanziale, e dunque a nulla vale al fine di impedire che il diritto dell'incapace attore o dell'attore che ha convenuto in giudizio un incapace sia dichiarato prescritto, nel nostro ordinamento l'art. 182 cpv. c.p.c., così come riformato dalla l. 18 giugno 2009 n. 69, compie una scelta in senso opposto: la costituzione del rappresentante nel termine assegnato dal giudice sana il vizio retroattivamente (“fin dal momento della prima notificazione”), e questa retroattività si riferisce espressamente sia agli effetti processuali che a quelli sostanziali della domanda. Se, dunque, così come in Germania, la domanda proposta nei confronti (e, secondo un filone interpretativo, anche da parte di) un incapace non può interrompere la prescrizione, nel nostro ordinamento processuale la successiva costituzione del rappresentante dell'incapace ai sensi dell'art. 182 cpv. c.p.c. fa in modo che questo effetto si produca retroattivamente, fin dal momento della notificazione della citazione all'incapace.

*SEZIONE C) - DALLA FASE INTRODUTTIVA FINO AL PASSAGGIO IN
GIUDICATO, COME LA PROZESSFÄHIGKEIT (E IL SUO DIFETTO)
INFLUISCE SUL CORSO DEL PROCESSO (PROFILO DINAMICO)*

1. *Premessa*

Dopo aver illustrato quali sono, su un piano “statico”, le funzioni rivestite dalla *Prozessfähigkeit* secondo le elaborazioni della dottrina e secondo le applicazioni delle corti, è ora il momento di addentrarsi nella dinamica del processo civile, per osservare quali contorni assume l'istituto in esame nel concreto svolgersi del meccanismo processuale.

L'obiettivo che ci si prefigge è precisamente quello di seguire lo svolgimento di un processo civile ordinario, “sezionandolo” nelle sue fasi principali, e di osservare in maniera analitica quale rilievo viene ad avere la *Prozessfähigkeit* delle parti, quali sono le conseguenze del suo difetto e quelle del semplice dubbio sulla sua sussistenza. Va tenuto presente, infatti, che la capacità è rilevante nel processo e influisce sul suo svolgimento non solo quando è certo (perché inequivoco o già accertato) che essa manca, ma anche – e forse soprattutto – quando la sua sussistenza è incerta, perché le circostanze (ciò che emerge dagli atti, le deduzioni delle parti, gli elementi che, anche indipendentemente da tali deduzioni, sono noti al giudice) sollevano dei dubbi sulla sua sussistenza in capo a una delle parti.

Si prenderanno in considerazione, anzitutto, gli effetti dell'incapacità processuale di una parte nella fase introduttiva del giudizio, che precede la notifica dell'atto di citazione al convenuto e la vera e propria “pendenza” della lite. Si passerà quindi ad analizzare l'ipotesi in cui il difetto della capacità (o il dubbio sulla sua sussistenza) emerga e divenga rilevante dopo l'instaurazione del contraddittorio, e si osserveranno le due possibili conseguenze a cui esso può condurre: la sanatoria del vizio (spontanea oppure “stimolata” e agevolata dall'intervento del giudice) ovvero l'apertura di una vera e propria “lite sulla capacità”. Esaminate le modalità con cui tale “lite” si chiude, si indagherà infine sul rapporto che intercorre fra i

diversi tipi di pronunce sulla capacità processuale e l'istituto della cosa giudicata materiale.

2. *Rilievo dell'incapacità al momento del deposito dell'atto introduttivo e sue conseguenze: la scelta fra il rifiuto della notifica e l'instaurazione del contraddittorio*

Il processo civile ordinario (*ordentliches Urteilsverfahren*) si apre, in Germania, con la *Klageerhebung*, fase introduttiva del giudizio che si compone di due distinti momenti: il deposito dell'atto introduttivo e la successiva notifica alla controparte.

L'atto introduttivo, c.d. *Klageschrift*, è depositato dall'attore presso la cancelleria del giudice adito¹²⁸; viene quindi sottoposto all'attenzione del presidente del collegio (*Vorsitzende*), il quale, effettuato un rapido esame dell'atto depositato, è chiamato a stabilire il calendario delle udienze – fissando, in particolare, la prima udienza di trattazione orale della causa¹²⁹ – e a disporre la notifica al convenuto di una copia autentica dell'atto unitamente all'invito a comparire all'udienza fissata¹³⁰ – notifica che, si noti, avviene d'ufficio¹³¹. Completato il procedimento di notificazione al convenuto, la fase della *Klageerhebung* è da considerarsi chiusa e la causa diviene “*rechtshängig*”: come si è già detto, è in questo momento che si producono gli effetti sostanziali e processuali tipici che derivano dalla proposizione della domanda giudiziale¹³².

¹²⁸ Devono essere depositate presso la cancelleria (*Geschäftsstelle*) tante copie quante sono i soggetti cui l'atto deve essere notificato: v. §§ 253 Abs. 5 (sul deposito dell'atto introduttivo in particolare) e 496 (sul deposito degli atti del processo in generale) ZPO.

¹²⁹ Il giudice normalmente fissa tutte le udienze, ma notifica l'invito a comparire soltanto alla prima della *mündliche Verhandlung*, mentre la citazione (*Ladung*) alle udienze successive può avvenire in un secondo momento: v. L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 94 Rdnr. 13, 628.

¹³⁰ L'invito alle udienze successive può avvenire invece anche in un momento posteriore: L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 94 Rdnr. 13, 628. L'invito a comparire all'udienza della *mündliche Verhandlung* va invece notificato assieme all'atto introduttivo ai sensi del § 274 Abs. 2 ZPO.

¹³¹ V. l'Abs. 2 del § 166 ZPO che parla di *Zustellung von Amts wegen* dei documenti la cui notifica è ordinata dal giudice.

¹³² Come si è visto (cfr., in questo capitolo, sez. B) par. 4), con il deposito dello *Klageschrift* in cancelleria, e prima della notifica dello stesso, la causa non è ancora “*rechtshängig*” ma semplicemente “*anhängig*”. Gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale si producono

L'interrogativo sulla capacità processuale di una delle parti può profilarsi già in questa fase preliminare che precede la *Rechtshängigkeit*. In questo momento, infatti, benché non vi sia stato ancora alcun "contatto" fra il giudice e le parti, ed anzi una di esse – il convenuto – non abbia ancora avuto conoscenza dell'introduzione della lite, può comunque profilarsi all'orizzonte il dubbio sulla sussistenza della capacità processuale dell'attore o del convenuto: il sospetto (o la convinzione) dell'incapacità di una parte può emergere direttamente dal *Klageschrift*¹³³; oppure può darsi che l'incapacità di una parte costituisca un fatto notorio, o ancora che il giudice ne sia venuto a conoscenza altrimenti, per ragioni attinenti al proprio ufficio¹³⁴. In tutti questi casi, la questione della possibile *Prozessunfähigkeit* si pone all'attenzione del *Vorsitzende*, in sede di esame dello *Klageschrift* e di adozione dei provvedimenti sopra menzionati (fissazione dell'udienza e ordine di notifica d'ufficio).

Il quesito centrale che la dottrina e la giurisprudenza si sono poste è, dunque, che cosa debba o possa fare in tale frangente il *Vorsitzende* il quale dubiti della *Prozessfähigkeit* dei soggetti che, stando all'atto depositato, assumeranno i ruoli di attore e convenuto, e in particolare se il presidente sia tenuto a fissare l'udienza e a procedere alla notifica – e dunque a instaurare il contraddittorio fra le parti – o se invece debba o possa rifiutarla¹³⁵.

però soltanto con la *Rechtshängigkeit*, e cioè al momento della notifica dell'atto introduttivo. In proposito v. L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 97 Rdnr. 2-3, 653, sulla *Anhängigkeit*, e 654, §97 Rdnr. 4 ss. sulla *Rechtshängigkeit*.

¹³³ Si pensi all'ipotesi (certo difficile a verificarsi, ma non impossibile) del *Klageschrift* in cui l'attore dichiara la propria minore età ma agisca in proprio anziché in persona del proprio rappresentante legale, oppure all'ipotesi in cui dall'atto e dai suoi contenuti emerge la possibile *Geisteskrankheit* dell'attore.

¹³⁴ Nell'ordinamento processuale tedesco, fra i fatti che non richiedono di essere allegati né provati dalle parti perché "palesi, evidenti" (*offenkundige Tatsachen*) rientrano sia quelli che noi chiamiamo fatti notori, cioè conosciuti dalla collettività in un ambito più o meno esteso (c.d. *allgemeinkundige Tatsachen*), sia i fatti di cui il giudice è a conoscenza proprio in ragione del suo ufficio, per l'attività svolta in precedenti procedimenti (siano essi penali, civili o di giurisdizione volontaria) (c.d. *gerichtskundige Tatsachen*). Sulle *allgemeinkundige Tatsachen* v. ad esempio BGH NJW 1992, 2088; sulle *gerichtskundige Tatsachen* v. BGH NJW 1998, 3498. È comunque escluso che possano costituire *offenkundige Tatsachen* fatti che il giudice trae dalla propria conoscenza personale al di fuori dell'ufficio svolto. Su tutti questi aspetti v. L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., 762, § 111, Rdnr. 25 ss.

¹³⁵ È opportuno precisare, peraltro, che tale problema non si è fatto sentire soltanto nel contesto tedesco; qualche traccia di un dibattito sulla questione si rinviene anche da noi, naturalmente non riguardo al processo civile ordinario, dove la citazione a udienza fissa non lascia spazio per fasi *inaudita altera parte*, bensì nell'ambito del procedimento principe che segue il modello del ricorso, vale a dire il processo del lavoro: anche qui l'analoga questione relativa alla possibilità per il giudice del lavoro, in sede di fissazione di udienza, di esercitare poteri ulteriori e adottare provvedimenti

Ebbene, una parte della dottrina tedesca¹³⁶ ha sostenuto che, nel caso in cui il *Vorsitzende* non nutra semplici dubbi sulla sussistenza della capacità, ma ritenga palese e certo il suo difetto (casi non frequentissimi ma neppure del tutto inverosimili), questi non dovrebbe procedere alla fissazione dell'udienza e all'instaurazione del contraddittorio; all'opposto, sarebbe tenuto a comunicare all'attore il rilievo del difetto, favorendo così un pronto "intervento" del rappresentante legale¹³⁷; in mancanza di tale intervento, dovrebbe rifiutare la notifica con il semplice provvedimento della *Verfügung*¹³⁸ (e dunque non con una sentenza); così facendo eviterebbe che una questione di cui già si conosce l'esito possa giungere sino in trattazione, appesantendo e allungando inutilmente il procedimento, ed eviterebbe all'attore che ha "instaurato male" il processo una soccombenza in rito e l'onere di riproporre la domanda in un successivo procedimento (con i conseguenti aggravii in termini economici e di tempo).

L'orientamento in esame ha addotto a sostegno della soluzione prospettata la tutela degli interessi dell'incapace: rifiutando la notifica e la prosecuzione di un procedimento che fin da subito si profila viziato, si eviterebbe di gravare l'incapace attore di inutili spese processuali, dal momento che – viceversa – la prosecuzione del procedimento e il rigetto in rito della domanda comporterebbero, in punto di spese di lite, l'applicazione della regola ordinaria della soccombenza¹³⁹. In quest'ottica,

diversi da quello tipico (il decreto che appunto fissa l'udienza di discussione) non è passata del tutto inosservata alla dottrina più attenta. Per riferimenti più precisi alle diverse opinioni espresse, cfr. nt. 139 e nt. 148 di questo capitolo.

¹³⁶ Già un secolo fa vi faceva cenno K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Bonn, 1912, I § 111 III 2b; più tardi ha sviluppato questo pensiero P. SCHLOSSER, *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., München, 1991, § 9 II 2 Rdnr. 255, ancora oggi sostenuto da W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 36 e da K. REICHHOLD, § 253, in H. THOMAS, H. PUTZO, *Zivilprozessordnung*, 30. Aufl., München, 2009, Rdnr. 19.

¹³⁷ W. F. LINDACHER, *op. cit.*, *loc. cit.*, parla di "offrire al rappresentante legale dell'incapace la possibilità di manifestarsi" ("[das, ndr.] mag für den Vorsitzenden Anlass sein, dem Gesetzlichen Vertreter Gelegenheit zu geben, sich zu äussern").

¹³⁸ Non è forse superfluo chiarire che con questo nome sono indicati provvedimenti giudiziari diversi dalle sentenze e diversi anche dai *Beschlüsse*, che con questi ultimi condividono la caratteristica di essere, generalmente, provvedimenti "prozessleitender Natur", cioè interlocutori (anche se non sempre la distinzione si basa sul contenuto dei provvedimenti: ed infatti sono denominati *Beschlüsse* anche provvedimenti decisori emessi senza previa trattazione orale – v. §§ 281, 358 ZPO). La peculiarità della categoria delle *Verfügungen* è quella di individuare i provvedimenti adottati dal *Vorsitzende* (cfr. § 329 Abs. 2): v. per un quadro sintetico sulle *Verfügungen* e sulle caratteristiche dei vari provvedimenti giudiziari, L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 59 Rdnr. 4-5, 292.

¹³⁹ Si rammenta che il principio di soccombenza è accolto in via generale dalla ZPO tedesca al § 91, pur conoscendo numerose eccezioni (§§ 92 ss. ZPO). La dottrina e la giurisprudenza unanimi ritengono che il principio generale debba trovare applicazione anche in caso di rigetto in rito per incapacità processuale, e in particolare nel caso in cui l'incapace sia colui che ha proposto la

insomma, il “rifiuto” da parte del *Vorsitzende* di instaurare il contraddittorio sulla base di uno *Klageschrift* depositato da un soggetto palesemente incapace costituirebbe un prezioso strumento nelle mani del presidente dell'ufficio giudiziario per “venire incontro” all'incapace e tutelarlo. A fronte di questo indubbio vantaggio per l'incapace, non vi sarebbe alcuno svantaggio né alcuna lesione di diritti fondamentali: se nel caso di semplice dubbio sulla capacità sarebbe imprescindibile l'esigenza di far luce sulla questione nel contraddittorio fra le parti, dando la possibilità a ciascuna di allegare e provare e di “influire sul convincimento del giudice”, nel caso di incapacità palese e certa l'attività difensiva delle parti non potrebbe comunque influire sul convincimento del giudice – che già si è formato – e il principio del contraddittorio dovrebbe fare un passo indietro per lasciar spazio ad altri interessi e valori - fra i quali, oltre quello dell'incapace di evitare una soccombenza, anche l'economia processuale¹⁴⁰.

La soluzione ora descritta appare interessante e degna di considerazione: attribuendo al *Vorsitzende* un ruolo fortemente attivo nella fase della *Klageerhebung*, che va ben al di là del semplice compimento di atti dovuti, affidandogli il compito di effettuare un “sindacato preliminare” sulla capacità (*rectius*, sulla manifesta incapacità), consente di tutelare in maniera efficace gli interessi dell'incapace che

domanda. Si sostiene, infatti, che il principio di soccombenza debba prevalere sulle ragioni di tutela dell'incapace, in quanto “i costi del processo sono stati sostenuti proprio perché nell'interesse dell'incapace si è avuto un processo, è venuto in essere un rapporto processuale fra due parti, c'è stata una trattazione orale in cui l'incapace ha esercitato il proprio diritto al *rechtliches Gehör*” (così T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 64). Nello stesso senso R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 13a; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52, Rdnr. 37. In giurisprudenza, la pronuncia più significativa in tal senso è BGH NJW 1993, 1865 ss.

¹⁴⁰ Analogo pensiero è stato espresso, nel contesto italiano, con riferimento ai poteri del giudice del lavoro ai sensi dell'art. 415 c.p.c., da parte di G. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, 62 ss. L'Autore ha ritenuto che, nel caso in cui al momento del deposito del ricorso emergano vizi di presupposti processuali rilevabili d'ufficio e suscettibili di sanatoria – fra cui anche il difetto di capacità – il giudice dovrebbe già in questo momento effettuare un “intervento riparatore”: tale intervento non consisterebbe però nel rifiutare la fissazione d'udienza – come sostenuto dalla dottrina tedesca – ma nell'invitare l'attore a sanare il vizio prima dell'udienza fissata, pena il rigetto in rito della domanda in tale sede. Si tratterebbe perciò, secondo questo punto di vista, di una semplice “anticipazione della messa in opera dei meccanismi di sanatoria: se alla prima udienza si constaterà che non hanno funzionato (e salvo che il vizio non sia stato di per sé sanato per altra via), la causa sarà matura per essere definita in prima udienza con sentenza di puro rito”. È evidente che, secondo questa prospettiva, la ragione precipua di tale “intervento” da parte del giudice non consisterebbe nel “risparmiare” all'incapace una soccombenza in rito (dal momento che essa conseguirebbe comunque in difetto di sanatoria entro l'udienza), ma sarebbe da individuarsi nell'opportunità di mettere a frutto i pregnanti poteri assegnati al giudice del lavoro dall'art. 421c.p.c. già nella fase preliminare che precede l'instaurazione del contraddittorio, così da attuare nella maniera più efficace i principi di celerità e immediatezza che guidano il processo del lavoro.

propone la domanda – evitandogli una soccombenza in rito che si profila come sicura.

Tuttavia, è proprio la *ratio* posta a fondamento della soluzione proposta – cioè la tutela dell'incapace – a mostrarne i limiti: essa può trovare applicazione soltanto nel caso in cui l'incapacità manifesta riguardi l'attore, perché solo in questa ipotesi il *Vorsitzende*, rifiutando la notifica dello *Klageschrift* e la prosecuzione del procedimento in contraddittorio, fa – per così dire – gli interessi dell'incapace. Se invece la *Prozessunfähigkeit* manifesta riguarda il convenuto (ipotesi, si ritiene, altrettanto poco frequente ma altrettanto credibile quanto quella dell'incapacità manifesta dell'attore) il rifiuto della notifica va non già a vantaggio dell'incapace, bensì della sua controparte; e poiché non sembra sussistere ragione alcuna per cui un attore *prozessfähig* che ha instaurato male il processo nei confronti di un *prozessunfähig* debba “schivare” una soccombenza in rito e una condanna alle spese processuali, occorre concludere che il *Vorsitzende* deve procedere in tal caso alla fissazione di udienza e alla notifica dello *Klageschrift* al convenuto che ritiene essere incapace.

Vi è poi un'altra ragione per cui la ricostruzione descritta non convince sino in fondo, neppure se applicata al caso dell'incapace attore: essa presuppone che il difetto di capacità si mostri al *Vorsitzende* come manifesto e certo, ed è proprio questo concetto di certezza riferito all'incapacità ad apparire problematico. Esclusi i casi eccezionali che hanno il sapore di ipotesi di scuola, ci si chiede come possa aversi certezza matematica del difetto di capacità unicamente in base l'esame dell'atto di citazione depositato, e come si possa escludere, nella fase in cui il contraddittorio non è ancora stato instaurato, che la trattazione della questione nella *Verhandlung* non possa portare ad affermare la sussistenza della capacità.

Queste perplessità sembrano essere quelle (o parte di quelle) che hanno condotto un'altra parte dei processualisti tedeschi a rifiutare la tesi prospettata e a ritenere che il *Vorsitzende*, in sede di esame preliminare dell'atto introduttivo depositato, non possa rifiutare la notifica al convenuto in ragione dell'incapacità di

una delle parti, nemmeno nel caso in cui la *Prozessunfähigkeit* gli appaia manifesta¹⁴¹.

A fondamento di questo pensiero sono state addotte numerose e – a mio avviso – valide motivazioni sia di carattere, per così dire, oggettivo (legate al ruolo che alla capacità è attribuito) sia di carattere soggettivo (legate alla tutela dei diritti dell'incapace).

Al primo gruppo appartiene l'argomentazione fondata sulla natura di *Sachentscheidungsvoraussetzung* (o *Sachverhandlungsvoraussetzung*) della *Prozessfähigkeit*. La capacità processuale, si è detto¹⁴², è una condizione di decidibilità della causa nel merito, mentre non è presupposto di esistenza del processo: e ciò in quanto la pretesa alla “attuazione della giustizia”, il c.d. *Anspruch auf Justizgewährung*, propria di ciascun individuo nei confronti dello stato¹⁴³, non è condizionata dall'ammissibilità dell'azione, e sorge anche laddove questa sia da rigettare perché inammissibile. Il rifiuto di notificare il *Klageschrift* della parte incapace avrebbe invece l'effetto di impedire che il procedimento divenga *rechtshängig* e finirebbe così per trasformare la *Prozessfähigkeit* in una *Existenzvoraussetzung* – contro le indicazioni che provengono dal dato normativo e dall'unanimità degli interpreti.

Al secondo gruppo appartiene invece la seguente considerazione: se da un lato il rifiuto della notifica e della fissazione di udienza potrebbe rappresentare un vantaggio per l'incapace attore, cui sarebbero risparmiate delle spese processuali, ben più grave sarebbe per questi il pregiudizio in termini di lesione del suo diritto al

¹⁴¹ In questo senso L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., 627, § 94 Rdnr. 8; D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 271 Rdnr. 29, 33; T. ODA, *op. cit.*, 66 ss., che adduce approfondite argomentazioni a sostegno della propria posizione.

¹⁴² Sempre T. ODA, *op. cit.*, 66.

¹⁴³ Si tratta della pretesa rivolta nei confronti dello Stato, perché garantisca non soltanto la possibilità di adire i giudici, ma anche una tutela giuridica efficace (così W. DÜTZ, *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz*, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1970, 115) e un processo effettivo e giusto (“*fairer Verfahren*”: BVerfGE 83, 24, 31, in NJW 1991, 1283). La giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e la dottrina non sono però concordi su quale sia la disposizione costituzionale in cui il *Rechtsschutzanspruch* trova fondamento: secondo un orientamento tradizionale si tratterebbe dell'art. 101, Abs. 1 s. 2 GG, cioè il principio del “*gesetzlicher Richter*” o giudice naturale (BVerfGE 3, 359, 364 = NJW 1992, 1673), secondo una giurisprudenza più recente del BVerfGE consisterebbe invece nel *Rechtsstaatsprinzip* sancito dall'art. 20 GG (BVerfGE 85, 337, 345 = NJW 1992, 1673) oppure nel diritto di accesso alla giustizia contro gli atti di *öffentliche Gewalt* previsto dall'art. 19 Abs. 4 GG (BVerfGE 16, 289, 291), mentre per molti autori la radice del diritto sarebbe invece da individuare nello stesso *Anspruch auf rechtliches Gehör* previsto dall'Art. 103 Abs. 1 GG (in tal senso già F. BAUR, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, in AcP 153 (1954), 393 ss., ed oggi, *ex multis*, M. REINICKE, *Der Zugang des Minderjährigen*, cit., 234).

rechtliches Gehör. Come si è già detto in precedenza¹⁴⁴ ciascun individuo, a prescindere dal fatto che sia o meno dotato della capacità processuale, è titolare del diritto di agire in giudizio, difendersi attivamente e influire con le proprie allegazioni deduzioni, e istanze sulla decisione del giudice; e se titolarità del diritto e suo esercizio sono, nel caso dell'incapace, normalmente sganciati l'uno dall'altro, essi tornano a ricongiungersi in capo al titolare laddove proprio della capacità si controverta, e il giudice sia chiamato ad accertarne l'esistenza¹⁴⁵. Il rifiuto della notifica concretebbe, perciò, una lesione del diritto al *rechtliches Gehör*, che pure all'incapace spetta¹⁴⁶.

È stato notato, poi, che questa lettura trova conferma nel fatto che l'ordinamento tedesco conosce casi in cui il *Vorsitzende* in questa fase introduttiva ha il potere di rifiutare la notifica e la fissazione di udienza tramite un provvedimento di *Verfügung* (questo succede, secondo l'orientamento dominante, laddove nell'atto introduttivo difetti l'indicazione delle parti, quando l'atto non sia scritto in lingua tedesca o in caso di mancato pagamento del *Porzessgebühr*¹⁴⁷), ma si tratta appunto di ipotesi in cui – diversamente da quella che concerne l'incapacità di una parte – l'esigenza di instaurare il contraddittorio e di garantire all'attore la possibilità di difendersi non viene in gioco. Sembra quindi logica la conclusione che, laddove invece questa esigenza si faccia sentire, si fuoriesce dall'ambito delle attribuzioni del *Vorsitzende* e ogni valutazione sul punto deve essere lasciata al *Gericht*, cioè al giudice investito della controversia, chiamato a decidere con sentenza all'esito di una trattazione orale¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Cfr., in questo capitolo, sez. A) par. 4.

¹⁴⁵ Cfr. quanto si è detto, in proposito, alla sez. B) par. 2 e 3 di questo capitolo.

¹⁴⁶ T. ODA, *op. cit.*, 66: "muss dem prozessunfähigen Kläger auch Gelegenheit gegeben werden, dass er mündlich gehört wird, damit der ihm zustehende Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt wird". Nello stesso senso J. HAGER, *Die Rechtsbehelfbefugnis des Prozessunfähigen*, in ZZP, 97 (1984), 177 e M. GRUNDMANN, *Der Minderjährige*, cit., 36 ss..

¹⁴⁷ L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 94, Rdnr. 5-8, 626-627. T. ODA, *op. cit.*, 67 conviene sul fatto che nei casi menzionati il rifiuto della fissazione dell'udienza e della notifica al convenuto rientra fra le attribuzioni del *Vorsitzende* ("der Vorsitzende ist damit zwar für die Ablehnung der Terminbestimmung und der Klagezustellung zuständig" e tuttavia ribadisce "aber eben gerade nicht für die Entscheidung über die Prozessfähigkeit").

¹⁴⁸ Sempre T. ODA, *op. cit.*, 67, evidenzia l'aspetto delle attribuzioni del *Vorsitzende* e di quelle del *Gericht*: "...steht die Entscheidung über die Prozessfähigkeit nur dem Gericht zu, also beim Kollegialgericht dem Kollegium, und nicht allein dem Vorsitzenden".

All'argomentazione che fa perno sulla garanzia del *rechtliches Gehör*¹⁴⁹ si potrebbe replicare, in verità, che nel caso di incapacità manifesta, e dunque certa, il rifiuto della notifica non concreta una lesione dell'*Anspruch*, perché l'incapace (colui che è certamente tale) deve necessariamente esercitare tale diritto in via mediata attraverso il proprio rappresentante legale – si è detto anzi in precedenza che proprio l'esercizio mediato è veicolo imprescindibile per un esercizio efficace dell'*Anspruch* spettante all'incapace¹⁵⁰. Ma l'argomento non sembra reggere per due motivi: anzitutto perché si fonda sull'inverosimile presupposto della *certezza* dell'incapacità (certezza che, intesa in termini assoluti, è pressoché impossibile aversi nella fase preliminare del procedimento in base alla sola lettura dal *Klageschrift*); in secondo luogo perché dalla *certezza* dell'incapacità fa discendere, come un corollario, la *certezza* che il processo sarebbe destinato a chiudersi con un rigetto in rito – e l'erroneità di questa deduzione è evidente se si considera che il difetto della capacità è per sua natura sanabile e che un intervento successivo del rappresentante legale, nel corso del procedimento, può sempre impedire la declaratoria di inammissibilità della domanda¹⁵¹.

Quest'ultimo rilievo è, a mio avviso, decisivo: anche in caso di matematica certezza sull'incapacità di una parte, e dunque nel caso in cui la trattazione orale sulla “questione capacità” non potrebbe che confermare un'indiscutibile evidenza, il *Vorsitzende* non può escludere che il rappresentante intervenga successivamente a “ratificare” gli atti processuali inefficaci compiuti dall'incapace, eliminando così

¹⁴⁹ Va notato, per inciso, che l'argomento della tutela del diritto di difesa e del contraddittorio è quello invocato anche nel contesto italiano dai maggiori studiosi del processo del lavoro, che nega al giudice, in sede di primo esame del ricorso depositato e non ancora notificato, l'esercizio di poteri ulteriori rispetto a quello testualmente affidatogli (consistente nel fissare l'udienza di discussione): anche qui l'esigenza di instaurare il contraddittorio *prima* di qualsiasi intervento del giudice diretto a stimolare la sanatoria dei vizi di presupposti processuali rilevabili d'ufficio è parsa imprescindibile; si è affermato, pertanto, che attribuire al giudice poteri siffatti nella fase inaudita altera parte “*lederebbe inammissibilmente il diritto di azione e difesa delle parti*” (così G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999, 91-92, il quale prosegue affermando che “giustificare tale potere con la funzione assistenziale del giudice avrebbe il sapore del paradosso”). Nello stesso senso, in linea generale, F.P. LUISO, *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, 118-119 (“per il principio del contraddittorio deve essere escluso l'esercizio di ogni potere officioso che debba essere esercitato solo dopo aver sollecitato il contraddittorio delle parti”), il quale tuttavia, afferma che, nel caso di difetto di capacità processuale “un problema del contraddittorio non esiste [...] perché manca appunto il soggetto abilitato a compiere atti processuali”. A mio avviso, le argomentazioni della dottrina tedesca che si esporranno nelle due pagine successive smentiscono quest'idea (in sintesi, è proprio nella fase volta all'accertamento della sua capacità che alla parte deve essere garantita la possibilità di esercitare *direttamente* il proprio diritto di difesa).

¹⁵⁰ Cfr. in questo capitolo sez. A) par. 4.

¹⁵¹ Sempre T. ODA, *op. cit.*, 67, e J. HAGER, *Die Rechtsbehelfbefugnis*, cit., 177.

l'ostacolo che avrebbe impedito di esaminare il merito della controversia. Il *Vorsitzende*, rifiutando la notifica, negherebbe alla parte (*rectius*, al suo rappresentante) la possibilità – peraltro positivamente prevista – di “ratifica” successiva da parte del rappresentante¹⁵².

Ora, se questo è un argomento determinante che porta a bocciare un generalizzato potere di rifiuto della notifica da parte del *Vorsitzende* in caso di difetto di capacità di una parte, può essere forse accolta la tesi intermedia – sposata dalla giurisprudenza in un isolato caso¹⁵³ – secondo cui questo potere spetta esclusivamente nei casi in cui non soltanto l'incapacità appaia manifesta e certa, ma si possa anche con eguale certezza escludere che il rappresentante legale dell'incapace interverrà per ratificare l'attività processuale di costui (oppure si possa con sicurezza affermare che il rappresentante interverrà nel processo proprio per far valere l'incapacità e far sì che la causa sia rigettata in rito¹⁵⁴).

Uno sguardo pragmatico alla realtà del processo fa presumere, tuttavia, che i casi in cui il *Vorsitzende* è in grado di effettuare tale prognosi siano estremamente rari. L'incapacità, anzitutto, deve essere *manifesta*; e ciò esclude a mio avviso a priori che si possa trattare di un caso di incapacità per *Geisteskrankheit* ai sensi del §104 nr. 2 BGB, in cui sia la componente valutativa dell'accertamento, sia la delicatezza dello stesso, sia l'importanza delle sue conseguenze impongono necessariamente un esame in sede di *Verhandlung*, nel contraddittorio fra le parti. Manifesto e noto al *Vorsitzende* dev'essere, inoltre, il rifiuto da parte del rappresentante legale (dunque dei genitori, nel caso del minore, o del *Betreuer*, nel caso di persona sottoposta a *Betreuung* con *Einwilligungsvorbehalt*) di intervenire in seguito per ratificare gli atti processuali compiuti dal rappresentato: circostanza, questa, estremamente rara se non unica, considerato lo stadio embrionale del procedimento.

In sintesi, la tesi che appare più convincente è quella secondo cui, in linea di

¹⁵² L'argomento è di T. ODA, *op. cit.*, 67. V. i §§ 547 nr. 4 e 579 nr. 4 da cui si ricava la possibilità di effettuare la *Genehmigung* (ratifica) degli atti compiuti dall'incapace da parte del suo rappresentante legale.

¹⁵³ Schleswig-Holzsteinischen OLG 9.6.1958 (SchlHOLG SchlHA 1958, 230). La soluzione offerta dallo Schleswig-Holzsteinische OLG è valutata in termini positivi T. ODA, *op. cit.*, 69.

¹⁵⁴ E infatti il rappresentante legale ben può intervenire nel processo all'esclusivo scopo di far valere l'incapacità (soprattutto nei casi in cui il giudice non abbia avuto contezza di essa) e spingere il processo verso una chiusura in rito: v. ad es. BGH NJW-RR, 2004, 330, 331.

principio, il presidente è sempre tenuto a instaurare il contraddittorio con il convenuto e a discutere in sede di *mündliche Verhandlung*, indipendentemente dalle impressioni sulla capacità delle parti che già in questa sede possono emergere. L'unica eccezione che questa regola sembra tollerare è rappresentata dal caso in cui appaia manifesta sia l'incapacità di una delle parti sia la contrarietà del rappresentante a ratificare l'attività processuale del rappresentato; il quale caso, tuttavia, costituisce un'ipotesi raramente verificabile nella pratica.

3. *Interrogativi sulla capacità di una parte dopo l'instaurazione del contraddittorio. L'alternativa fra la "lite sulla capacità" (Zulassungsstreit) e la sanatoria tramite l'intervento del rappresentante legale (Genehmigung)*

Si può dunque affermare che di regola, anche laddove l'incapacità processuale di una parte si profili come possibile o persino come certa già prima che si completi la fase della *Klageerhebung*, l'atto introduttivo viene notificato al convenuto unitamente alla citazione all'udienza: la causa diviene in questo momento *rechtshängig*, e cioè pendente ad ogni effetto.

Può anche accadere però – e si ritiene anzi questa l'ipotesi più frequente – che i dubbi sulla capacità di una parte non emergano nella fase introduttiva che precede la pendenza della lite, e che invece la "questione capacità" si ponga all'attenzione del giudice soltanto successivamente: ciò può avvenire, per esempio, in seguito al rilievo effettuato dal convenuto nel proprio atto difensivo (*Klageerwiderung*), il quale può sollevare l'eccezione di difetto di capacità dell'attore o della propria, oppure su indicazione dello stesso attore, il quale riconosce l'errore compiuto in sede di redazione dello *Klageschrift* ed è intenzionato a porvi rimedio. Può darsi, infine, che né il convenuto né l'attore rilevino il difetto nei propri atti, e che il problema si ponga direttamente nella trattazione orale (*mündliche Verhandlung*), allorché le parti compaiono di fronte al giudice¹⁵⁵.

¹⁵⁵ La comparizione *personale* delle parti nella *mündliche Verhandlung*, nell'ambito di un *Anwaltsprozess*, è peraltro soltanto eventuale: ai sensi del § 141 Abs. 1° ZPO è ordinata dal giudice quando appare necessaria per il chiarimento di circostanze di fatto.

In tutti questi casi, superata la fase della *Klageerhebung*, e una volta avvenuta l'instaurazione del contraddittorio, il processo prosegue verso la *mündliche Verhandlung*. A questo punto entra in gioco il *Gericht*, in composizione monocratica o, eccezionalmente, collegiale in base alla ripartizione effettuata dai § 348 ZPO, che in prima battuta è chiamato a decidere se fissare il prima possibile un'udienza di trattazione orale e discutere in questa sede con le parti (via, questa, imboccata soprattutto nei processi in cui non vi è l'obbligo di patrocinio di un avvocato – c.d. *Anwaltszwang* – e le parti possono difendersi personalmente¹⁵⁶) oppure se far precedere alla fase di trattazione orale vera e propria una fase scritta “preparatoria”¹⁵⁷.

Per comprendere quali possibili strade può imboccare il procedimento giunto a questo punto, occorre riportare l'attenzione sulla *Prozessfähigkeit* e sulle sue caratteristiche.

Come si è già accennato più volte¹⁵⁸, il difetto di capacità processuale, nell'ordinamento tedesco come in quello italiano, è caratterizzato dalla “rimediabilità”; ciò, benché non espressamente sancito dalle disposizioni che propriamente della capacità processuale si occupano, si ricava chiaramente dai §§ 547 nr. 4 e 579 nr. 4 ZPO, che fanno riferimento all'avvenuta “ratifica” degli atti processuali compiuti dall'incapace come causa di esclusione delle impugnazioni per *Revision* e *Nichtigkeitsklage*. Lo strumento con cui tale ratifica è compiuta prende il nome di *Genehmigung*, atto processuale¹⁵⁹ con cui il rappresentante legale dell'incapace (oppure lo stesso soggetto incapace divenuto nel frattempo capace) in ogni stato e grado del processo¹⁶⁰ liberamente¹⁶¹ decide di “assumere su di sé” il

¹⁵⁶ Così L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 103 Rdnr. 3, 693, il quale precisa peraltro che la via del *frueher ester Termin* non esclude uno scambio di scritti fra le parti (L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., 693, § 103 Rdnr.5), ma semplicemente dà la priorità ad un confronto diretto con le parti che possa avvenire il prima possibile.

¹⁵⁷ Sempre L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., 694, § 103 Rdnr. 9-14.

¹⁵⁸ Soprattutto in questo capitolo, sez. B) par. 2.

¹⁵⁹ Si ritiene peraltro che la *Genehmigung* possa essere effettuata – oltre che in modo espreso, con un atto in cui il rappresentante dichiara di ratificare gli atti fino a quel momento compiuti e di “assumere su di sé” la conduzione del processo – anche attraverso un comportamento concludente (come quello con cui il rappresentante interviene nel processo e lo “prosegue” a nome del rappresentato: in tal senso R. BORK in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 3, e in giurisprudenza BGH NJW 1999, 3263).

¹⁶⁰ Si ritiene che essa sia ammissibile anche in *Revisioninstanz* e, secondo alcuni (ad esempio R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 3), persino dopo il passaggio in giudicato della sentenza (in questo caso avrebbe l'effetto di rendere inammissibile

processo condotto fino a quel momento dall'incapace¹⁶². Dunque, il processo instaurato da o contro una parte incapace, non è necessariamente destinato a chiudersi con un rigetto in rito della domanda in ragione del difetto di una *Prozessvoraussetzung*; al contrario le parti – o meglio, la parte interessata a far sì che ciò non accada – possono autonomamente attivarsi per fare in modo che il difetto sia sanato.

Una seconda caratteristica del presupposto processuale *Prozessfähigkeit* è la rilevabilità d'ufficio: questa caratteristica è sancita a chiare lettere dal § 56 Abs. 1 ZPO, rubricato *Prüfung von Amts wegen*, disposizione che si inserisce nel titolo dedicato alla capacità di essere parte e alla capacità processuale, e che stabilisce appunto il potere-dovere del giudice di rilevare autonomamente la sua mancanza. La capacità, dunque, non è lasciata nella disponibilità delle parti; la naturale conseguenza del suo difetto (laddove esso non venga sanato), vale a dire la declaratoria di inammissibilità della domanda, non è rimessa al comportamento e all'interesse di queste ultime.

Il significato della norma di cui al § 56 ZPO, e cioè di questa rilevabilità officiosa, per essere compreso appieno deve essere letto in combinato disposto con quello del § 139 Abs. 3 ZPO. Tale paragrafo, inserito nel titolo riferito alla fase di trattazione orale della causa (*mündliche Verhandlung*) è dedicato alla *materielle Prozessleitung*, istituto che – utilizzando le parole di un'autorevole voce della dottrina processualcivilista – “rappresenta la fondamentale presa di posizione della

un'eventuale azione di nullità della sentenza ai sensi del § 579 nr. 4 ZPO: in questo senso BGHZ 51, 27 = NJW 1969, 188).

¹⁶¹ La *Genehmigung* è “libera” in due sensi :

1) il rappresentante legale dell'incapace non è in alcun modo *tenuto* a intervenire nel processo e ratificare gli atti compiuti fino a quel momento da o nei confronti dell'incapace; la *Genehmigung* rappresenta una sua libera scelta, alternativa alla possibilità di intervenire nel processo all'esclusivo scopo di far valere l'incapacità (soprattutto nei casi in cui il giudice non abbia avuto contezza di essa) e spingere il processo verso una chiusura in rito (M. VOLLKOMMER in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 56 Rdnr. 12). Sulla possibilità del rappresentante legale di rifiutare la *Genehmigung* v., in giurisprudenza, BGH NJW-RR, 2004, 330, 331;

2) il rappresentante, laddove decida di intervenire e ratificare gli atti, non necessita del consenso della controparte: v. in questo senso BGH NJW 1991, 2961, e BGH NJW-RR 2009, 690 e R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 3.

¹⁶² Si ritiene non sia ammessa una *Genehmigung* “praziale” o “selettiva” di singoli atti o fasi del processo: cfr. P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 56 Rdnr. 9; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 42; R. BORK in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 3 (secondo il quale sarebbe però ammissibile una *Genehmigung* su una singola *Anspruch* che costituisca il possibile oggetto di una *Teilurteil* – cioè di una sentenza parziale che decide su una domanda in caso di cumulo oggettivo: cfr. § 260 ZPO).

ZPO circa i compiti del giudice nel rapporto con le parti”¹⁶³: la figura tratteggiata da tale disposizione è quella di un giudice che “non è responsabile soltanto del corretto svolgimento formale del processo” ma è “tenuto a fare il possibile affinché il processo raggiunga la sua meta” – cioè la decisione sul merito (“*in der Sache selbst*”) – e “a contribuire affinché il materiale processuale, sia in fatto che in diritto, venga chiarito ed elaborato in maniera esaustiva, e in questo modo si possa giungere a una soluzione del conflitto che sia la più equa possibile”¹⁶⁴.

In questo contesto si inserisce l’Abs. 3 della disposizione in questione, il quale stabilisce che il giudice è tenuto a informare le parti – o per meglio dire, a portare la loro attenzione¹⁶⁵ – sulle questioni rilevabili d’ufficio rispetto alle quali egli nutre dei dubbi. Dal momento che la *Prozessfähigkeit*, per espresso disposto del § 56 ZPO, è appunto una questione rilevabile d’ufficio, in caso di dubbio del giudice sulla capacità di una delle parti, l’obbligo di informare e sollecitare le parti, sancito dal § 138 Abs. 3 ZPO, è pienamente operante.

Di contenuto analogo al nostro art. 183 comma 6° c.p.c., la norma in questione impone al giudice di mettere le parti nella condizione di prendere posizione rispetto alle questioni (rilevabili d’ufficio) che a suo avviso risultano dubbie: e prendere posizione significa, secondo l’interpretazione della dottrina tedesca, sia allegare fatti e offrire prove a sostegno delle proprie affermazioni (e dunque nel senso della sussistenza o del difetto della capacità) sia provvedere a rimediare al difetto rilevato dal giudice¹⁶⁶.

Se ora si concatenano assieme gli aspetti appena menzionati e si torna all’interrogativo iniziale – quali sviluppi può avere il processo di primo grado nel quale, dopo la *Klageerhebung*, emergono dei dubbi sull’incapacità di una delle parti – si può con certezza affermare quanto segue:

- il possibile difetto della capacità di una parte può essere sollevato dall’attore o dal convenuto, oppure, in assenza di qualsiasi indicazione delle parti, può essere

¹⁶³ D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 139 Rdnr. 1, il quale significativamente intitola il paragrafo dedicato a chiarire lo scopo della disposizione “*Der aktive Richter*”.

¹⁶⁴ D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 139 Rdnr. 1.

¹⁶⁵ Più intenso del semplice “informare” o “avvertire” è l’espressione utilizzata dal legislatore tedesco “*aufmerksam machen*”, che appunto assomiglia piuttosto al nostro “rendere accorto”, “portare l’attenzione di qualcuno su qualche cosa”.

¹⁶⁶ Così sempre D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 139 Rdnr. 91.

rilevato d'ufficio dal giudice; sia che il rilievo avvenga su eccezione di parte, sia che esso avvenga *ex officio*, deve essere in ogni caso garantita alle parti la possibilità di prendere posizione e controvertere sulla questione offrendo allegazioni e prove, oppure di porre rimedio al difetto;

- se le parti hanno interesse a “trattare” e discutere sulla questione capacità (perché una di esse – in particolare quella interessata a evitare il rigetto in rito – ritiene e intende dimostrare che la capacità messa in dubbio sussiste), si instaura una vera e propria controversia sulla capacità (la già menzionata *Zulassungsstreit*), dove le parti possono allegare fatti e offrire prove a sostegno delle loro affermazioni, e tale controversia sfocia – nel caso in cui il dubbio sia confermato – in un rigetto in rito della domanda, oppure – nel caso di accertata sussistenza del presupposto processuale – nella prosecuzione del procedimento;

- le parti possono, all'opposto, aver interesse non già ad aprire una *Zulassungsstreit* – presumibilmente perché riconoscono o presumono che il difetto sussista e intendono evitare che la lite sulla capacità si chiuda con un rigetto in rito – ma a porre rimedio al difetto; tale “rimedio”, che consiste nella *Genehmigung* degli atti compiuti dall'incapace da parte del suo rappresentante o dello stesso incapace divenuto capace, può avvenire sia su sollecitazione del giudice (che avverte le parti dei propri dubbi sulla capacità), sia spontaneamente;

- in entrambi i casi, la conseguenza “naturale” del difetto della capacità processuale, vale a dire il rigetto in rito della domanda, non può prodursi (*id est*, il giudice deve astenersi dal decidere in questo senso) fintanto che alle parti non sia stata data *concretamente* la possibilità di “muoversi” nell'una o nell'altra direzione.

4. *La sanatoria del difetto di capacità. Gli strumenti attraverso i quali il giudice collabora con la parte interessata alla sanatoria, attuando la c.d. materielle Prozessleitung*

Il processo, quindi, imbrocca due strade diverse a seconda che le parti intendano dibattere e discutere sulla questione ovvero che la parte interessata, autonomamente o in seguito all'avvertimento del giudice, semplicemente (ed

implicitamente) riconosca il difetto della capacità propria o della controparte e intenda porvi rimedio.

Concentriamoci ora su quest'ultima ipotesi.

Se il dubbio sollevato dal giudice riguarda la capacità processuale di colui che ha proposto la domanda, questi ha ovviamente tutto l'interesse a che il processo non si arresti *in limine litis* con una decisione di *absolutio ab instantia*, ma che, all'opposto, esso prosegua e – per usare le parole di Leipold – giunga sino alla sua meta naturale, vale a dire la pronuncia sul merito. Nell'ipotesi in cui questi ritenga che il rilievo effettuato dal giudice sia fondato e intenda evitare il rischio di una pronuncia di rigetto in rito (che, per quanto non preclusiva rispetto alla futura riproposizione della domanda, ha comunque rilevanti conseguenze in termini di spese processuali e di traslazione temporale della effettiva soddisfazione della pretesa da tutelare), si attiverà per porre rimedio al difetto, e cioè, in concreto, per far sì che si costituisca il proprio rappresentante legale.

Se il dubbio riguarda invece la capacità del convenuto, occorre distinguere: nel caso in cui questi non si sia costituito, ovvero si sia costituito senza proporre a sua volta domanda riconvenzionale (*Widerklage*), sarà sempre l'attore ad avere interesse affinché il processo non si arresti *in limine litis*, e quindi sarà questi che normalmente si attiverà per provvedere a rimediare al difetto (ma non è escluso che il convenuto voglia evitare una pronuncia in rito perché punta ad un immediato rigetto nel merito); nel caso in cui il convenuto abbia a propria volta introdotto delle domande nel giudizio pendente attraverso la c.d. *Widerklage*, l'interesse a correggere il difetto sussisterà, chiaramente, da entrambe le parti.

Come è logico che sia, l'attore è sempre interessato a porre rimedio al difetto (sempre che, ovviamente, non sia persuaso della sussistenza della capacità e intenda dimostrarla), indipendentemente da quale sia la parte della cui capacità si dubita; il convenuto ha invece un interesse solo eventuale alla sanatoria del difetto di capacità, dipendente dalla sua condotta processuale.

Occorre ora capire che cosa significhi, concretamente, per l'attore (o, eventualmente, per il convenuto interessato) “attivarsi per porre rimedio al difetto della capacità” – propria o della controparte – e quali vie l'ordinamento metta a disposizione di costui per provvedervi.

In linea generale, se l'incapacità è dovuta a minore età o a *Betreuung* con *Einwilligungsvorbehalt*, l'attore dovrà fare in modo che il rappresentante legale della parte incapace (i genitori o il *Betreuer*) si costituisca nel processo e lo “assuma su di sé”. Più articolata l'ipotesi in cui l'incapacità derivi da una situazione di infermità mentale di cui al § 104 nr. 2 BGB; qui il rappresentante legale fisiologicamente non c'è, o meglio non c'è ancora, giacché si tratta di una condizione di fatto che acquista rilevanza giuridica soltanto *all'interno* del processo in cui viene accertata¹⁶⁷: la parte interessata alla prosecuzione del processo dovrà allora fare in modo che all'incapace sia nominato un rappresentante e che questi intervenga nel processo, conferendo così efficacia agli atti compiuti.

In entrambi i casi, ma in maniera più accentuata nel secondo, è evidente che l'attore necessita della collaborazione del giudice per poter rimediare alla situazione di incapacità – o, più precisamente, per potervi rimediare utilmente ed efficacemente per il processo in corso. La previsione del § 139 Abs. 3 ZPO, che impone al giudice di richiamare l'attenzione delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio che gli appaiano dubbie, affinché queste ne discutano oppure sanino le mancanze, rimarrebbe lettera morta se lo stesso giudice non agevolasse l'intenzione dell'attore di sanare il difetto e se, sulla base di ciò, non cercasse di “modulare” l'andamento del processo.

Nel nostro ordinamento processuale, dove pure il difetto della capacità è sanabile e allo stesso tempo rilevabile d'ufficio, la collaborazione del giudice in questo senso è esplicitamente prevista da una disposizione del codice di rito, l'art. 182 comma 2° c.p.c. ove si stabilisce che, al rilievo da parte del giudice di un difetto di rappresentanza assistenza o autorizzazione, si accompagna l'assegnazione alle parti di un termine per rimediare alla mancanza. Occorre ricordare, peraltro, che solo di recente il legislatore ha recepito l'orientamento dottrinale secondo cui il giudice

¹⁶⁷ Si può pensare però al caso di un soggetto già sottoposto a *Betreuung* semplice, senza *Einwilligungsvorbehalt*, che agisca in giudizio autonomamente, senza il proprio *Betreuer* (cosa che può naturalmente avvenire essendo la *Betreuung* semplice una forma di rappresentanza aggiuntiva e non sostitutiva) e che nell'ambito del giudizio sia ritenuto *Geisteskrank* ai sensi del § 104 nr. 2 BGB. In questa ipotesi non occorrerebbe instaurare un procedimento per la nomina di rappresentante del *Geisteskrank*, dato che il *Betreuer* già c'è; in questo caso non sembra necessario rivolgersi al giudice della *Betreuung* per trasformare la *Betreuung* semplice in *Betreuung* con *Einwilligungsvorbehalt*, ma sembra sufficiente che il *Betreuer*-rappresentante aggiuntivo sia informato e possa intervenire nel processo in corso (infatti, ai sensi del § 53 ZPO è comunque garantita l'unicità della “conduzione del processo”).

avrebbe un vero e proprio obbligo di assegnare il termine per la sanatoria, mentre in precedenza si è a lungo dubitato e dibattuto sulla natura discrezionale o obbligatoria di tale assegnazione¹⁶⁸; ma al di là di questo profilo, pur fondamentale, ciò che qui si vuol evidenziare è che il nostro legislatore processuale ha indicato una via attraverso la quale il giudice è chiamato a “cooperare” con la parte che intende sanare il difetto.

Nella ZPO non esiste una disposizione che, al pari dell'art. 182 comma 2° c.p.c., espressamente preveda l'assegnazione di un termine per rimediare all'incapacità; ciò non significa, tuttavia, che la “collaborazione” fra giudice e parti, auspicata e prescritta dai già menzionati §§ 138 e 139 ZPO, non abbia luogo. Si può dire, anzi, che se dal principio della *materielle Prozessleitung* deriva un dovere del giudice di collaborare con le parti affinché il processo giunga alla sua “meta naturale” (l'esame nel merito), questa collaborazione implica necessariamente un “attivarsi” del giudice al fine di agevolare le parti in questo compito, così da renderlo praticamente (e non solo formalmente) attuabile. La dottrina e la giurisprudenza tedesche hanno perciò individuato numerose vie e modalità per far sì che la disposizione del § 139 Abs. 3, il dovere del giudice di informare le parti, non rimanga privo di concreta utilità per l'attore interessato a rimediare al vizio. Tali modalità verranno di seguito analizzate separatamente in maniera sistematica, prendendo in considerazione le diverse “tipologie” di incapacità e i differenti ruoli (di attore o di convenuto) che la parte incapace può rivestire.

4.1. *Il rinvio della trattazione orale*

La prima possibilità, unanimemente riconosciuta dagli interpreti, è che il giudice disponga un rinvio al fine di consentire alle parti di emendare la

¹⁶⁸ Cfr. quanto si è detto nel cap. I par. 5. In precedenza si erano espressi in questo senso P. PAJARDI, *sub art. 182 (Della trattazione della causa)*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del cod. di proc. civ.*, II, Torino, 1980, 553; E.T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., I, 45; G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli, 1978, 162 ss. Cfr. anche la chiara presa di posizione delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. S.U. 19.4.2010 n. 9217), successiva alla novella del 2009 (L. 18 giugno 2009, n. 69, che ha modificato il comma 2° dell'art. 182 c.p.c. sostituendo il “può assegnare” con il perentorio “assegna”), secondo cui la soluzione normativa adottata dal legislatore della riforma deve “valere anche come criterio interpretativo del testo precedente”.

manca¹⁶⁹. Per capire cosa, concretamente, ciò significhi occorre distinguere il caso in cui l'incapace abbia già un rappresentante legale dal caso in cui questi non vi sia ancora (*rectius*, non sia stato ancora nominato).

Nella prima ipotesi (che riguarda il minore o il soggetto sottoposto a *Betreuung*) il rinvio verrà disposto per dare il tempo al rappresentante (i genitori o il *Betreute*) di intervenire “assumendo su di sé” il processo. Se l'incapace è l'attore, ciò concretamente potrà avvenire attraverso la semplice comparizione del rappresentante nella *mündliche Verhandlung*, il quale dichiarerà di voler far propri tutti gli atti compiuti fino a quel momento dall'incapace. Se invece l'attore capace ha convenuto in giudizio un minore o un soggetto sottoposto a *Betreuung* senza citare il rappresentante legale, la via per rimediare a tale errore sembra essere quella di effettuare subito (all'apertura della *Verhandlung*, prima che inizi la trattazione vera e propria) una rinnovazione dell'atto introduttivo e una nuova notifica dello stesso al rappresentante del convenuto¹⁷⁰.

Nella seconda ipotesi (che riguarda il caso dell'infermo di mente), il rinvio disposto dal giudice servirà per provvedere alla nomina di un rappresentante legale all'incapace, che ancora ne è sprovvisto, e far sì che questi intervenga nel processo. La via ordinaria per ottenere questo risultato è l'instaurazione di un procedimento di *Betreuung* presso il *Betreuungsgericht*¹⁷¹, disciplinato dai §§ 271 ss. FamFG. A questo proposito va evidenziato che la controparte processuale di un soggetto non rientra, di per sé, fra i soggetti c.d. *Beteiligte*, legittimati a proporre la domanda di *Betreuung* in favore di quest'ultimo e a partecipare al procedimento¹⁷²; tuttavia, potendo la *Betreuung* essere instaurata anche d'ufficio per espresso disposto del §1896 Abs. 1 BGB, la controparte interessata alla nomina di un rappresentante potrà

¹⁶⁹ Concordi in tal senso tutti i maggiori commentari: v. ad es. W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51-52 Rdnr. 38; R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 5 e 11; M. VOLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 56 Rdnr. 14 n.8.

¹⁷⁰ Soluzione che, secondo la dottrina, si ricava dall'applicazione analogica delle disposizioni dedicate alla *Klageänderung* (§ 263 ZPO) e al c.d. *Parteiwechsel*: v. R. GREGER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 263 Rdnr. 23.

¹⁷¹ Con la riforma dell'1.9.2009, con cui la FGG (*Freiwilligengerichtsbarkeitsgesetz*), è stata sostituita dalla FamFG (*Familien und Freiwilligengerichtsbarkeitsgesetz*) il giudice competente per i procedimenti di *Betreuung* è stato denominato *Betreuungsgericht*. In precedenza, nel vigore della FGG, lo era il *Vormundschaftsgericht*. V. art. 111 FGG *Reformgesetz*.

¹⁷² A meno che non si tratti del coniuge, del convivente o di uno dei soggetti tassativamente menzionati dal §271 Abs. 4 FamFG.

informalmente segnalare il caso al *Betreuungsgericht*, sollecitandolo affinché promuova il procedimento in questione¹⁷³.

4.2. *La sospensione del processo per pregiudizialità. Il Betreuungsverfahren come “procedimento pregiudicante”*

Il semplice rinvio della *mündliche Verhandlung* può, talvolta, non essere sufficiente per fare in modo che sia nominato un *Betreute* all'incapace infermo di mente e che questi faccia il suo ingresso nel processo¹⁷⁴. Altro strumento nelle mani del giudice che consente di agevolare la parte interessata a porre rimedio al difetto di capacità (e così si evitò la chiusura in rito) è la sospensione del processo ai sensi del § 148 ZPO. Tale paragrafo, rubricato “sospensione per pregiudizialità” (*Aussetzung bei Voreigentlichkeit*), stabilisce che “laddove la soluzione della controversia dipenda in tutto o in parte dall'esistenza o dall'inesistenza di un rapporto giuridico, il quale a sua volta è oggetto di una controversia giurisdizionale o di un accertamento amministrativo, il giudice può ordinare la sospensione della trattazione fino alla risoluzione (*Erledigung*) di tale controversia da parte del giudice o fino alla decisione dell'autorità amministrativa”. Istituto formalmente omologo a quello disciplinato dall'art. 295 del nostro codice di rito, la *Aussetzung bei Voreigentlichkeit* si differenzia in realtà in maniera netta dalla nostra “sospensione necessaria”: la sospensione prevista dal § 148 ZPO non è affatto necessitata, ma all'opposto è disposta dal giudice discrezionalmente, e anche d'ufficio, laddove

¹⁷³ Va notato che, diversamente dalla nostra amministrazione di sostegno, dove l'istanza può essere presentata anche dal pubblico ministero (v. art. 417, cui rinvia l'art. 406 c.c.), fra i *Beteiligte* legittimati a proporre l'istanza di *Betreuung* e a partecipare al procedimento relativo (§ 274 FamFG) non rientra lo *Staatsanwaltschaft*.

¹⁷⁴ I procedimenti di *Betreuung* sono, invero, molto rapidi e generalmente si giunge alla nomina del *Betreuer* nell'arco di pochi giorni (in base all'urgenza del caso); ciò non toglie che vi possano essere dei casi più complessi in cui la procedura si protrae per diverse settimane. Per un'idea sulla durata media dei *Betreuungsverfahren* v. ad esempio le informazioni del *Betreuungsbehörde* della città di Berlino (http://www.berlin.de/ba-tempelhof-schoeneberg/organisationseinheit/sozialamt/faq_bb.html), dove, al quesito sulla durata del *Betreuungsverfahren* si risponde così: “Grundsätzlich lässt sich sagen, dass eine Betreuung um so schneller eingerichtet wird, je dringlicher die Notwendigkeit tatsächlich ist. Dies kann bedeuten, dass innerhalb weniger Stunden vom Vormundschaftsgericht eine Betreuung im Wege der einstweiligen Anordnung eingerichtet wird. Andererseits kann es durchaus mehrere Wochen oder sogar Monate dauern, wenn sich beispielsweise Betroffene einer Untersuchung oder Anhörung entziehen oder das Verfahren durch Rechtsmittel verzögern”.

questi la ritenga opportuna; le parti non hanno un diritto ad ottenere la sospensione del processo e, al contempo il giudice non è vincolato all'eventuale dichiarazione delle parti di rinunciare alla sospensione stessa¹⁷⁵.

Benché la disposizione in questione nulla dica circa la propria applicabilità al di fuori dei confini della giurisdizione contenziosa, gli interpreti concordano su una sua operatività estesa, che abbracci anche altri tipi di procedimenti e in particolare anche quelli di giurisdizione volontaria¹⁷⁶; in questo caso si ritiene addirittura che la sospensione possa essere disposta, da parte del giudice del procedimento contenzioso pregiudicato, anche prima della effettiva pendenza¹⁷⁷ del procedimento volontario pregiudicante, laddove questo sia caratterizzato dalla procedibilità d'ufficio (come nel caso della *Betreuung*). Ne deriva che se, a seguito del rilievo dell'incapacità di una parte per infermità mentale (§ 104 nr. 2 BGB), la controparte intende fare in modo che alla stessa sia nominato un rappresentante e intenda perciò promuovere (*rectius*, sollecitare l'instaurazione di) un procedimento di *Betreuung* nei confronti della prima, il giudice, sulla base di una valutazione di opportunità, potrà sospendere il processo in attesa che detto procedimento sia instaurato e sia nominato il *Betreuer*.

Ciò avverrà, normalmente, nel caso in cui l'infermo di mente sia il convenuto e il procedimento di *Betreuung* sia sollecitato dall'attore, interessato all'ingresso del nominando *Betreute* nel processo pendente. Ma anche nel caso in cui l'incapace sia l'attore, è ipotizzabile che il giudice si attivi per evitare una chiusura in rito del

¹⁷⁵ H. ROTH, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., §148 Rdnr. 31, secondo cui sulla decisione del giudice di sospendere o meno il processo davanti a lui pendente influiscono la valutazione prognostica sull'esito della controversia pregiudiziale (v. a tal proposito la decisione di OLG Frankfurt, IPRax, 2002, 523-525) e sui tempi della sua definizione, nonché le esigenze di rapidità di definizione della causa pregiudicata. Va peraltro evidenziato che anche l'ordinamento processuale tedesco conosce dei casi di sospensione necessaria per pregiudizialità (si parla in questi casi di un vero e proprio obbligo di sospensione, *Aussetzungszwang*): si tratta dei casi descritti dai §§ 152-154 ZPO (la causa pregiudiziale riguarda l'annullamento del matrimonio, l'impugnazione della paternità, l'esistenza di un matrimonio, di una *Partnerschaft* o di un rapporto di filiazione).

¹⁷⁶ V. H. ROTH, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 148 Rdnr. 49, che ritiene inoltre che la disposizione sia applicabile ai "procedimenti pregiudicanti" pendenti innanzi all'*Arbeitsgericht* e anche innanzi ad arbitri (cfr. Rdnr. 55).

¹⁷⁷ Con "pendenza" si intende in questo caso il momento della *Anhängigkeit*, non quello della *Rechtshängigkeit*. Normalmente, infatti, la sospensione del processo ex § 148 ZPO può essere disposta purché il "procedimento pregiudicante" sia *anhängig*, mentre non occorre che sia *rechtshängig* (cfr., *ex multis*, C. WAGNER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 148 Rdnr. 11). Per i procedimenti di giurisdizione volontaria procedibili d'ufficio, tuttavia, si ritiene che non occorra attendere neppure l'*Anhängigkeit*: il processo pregiudicato, in pratica, è sospeso semplicemente confidando nel fatto che il procedimento volontario sarà instaurato. V. H. ROTH, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 148 Rdnr. 49.

processo che andrebbe a scapito di questi (quanto meno sotto il profilo delle spese), e – facendo uso della discrezionalità di cui dispone – sospenda il processo pendente dinanzi a sé, al contempo sollecitando il *Betreuungsgericht* affinché proceda d'ufficio alla nomina di un *Betreuer* per l'incapace.

4.3. *L'ammissione provvisoria dell'incapace alla trattazione*

Vi possono essere, tuttavia, dei casi in cui né il rinvio della trattazione né la sospensione del procedimento sono sufficienti alla tutela dell'interesse della parte (dell'attore, solitamente) alla prosecuzione del procedimento nel merito. Non solo: tali strumenti, avendo l'effetto di posticipare la trattazione e la decisione nel merito della controversia, possono essere inadeguati e controproducenti in caso d'urgenza, ove occorra evitare qualsiasi ritardo e giungere in tempi rapidi alla trattazione e decisione sul rapporto sostanziale controverso.

In tali ipotesi di urgenza altre norme e altri istituti giungono in soccorso.

La prima disposizione che viene in gioco è l'Abs. 2 del § 56 ZPO, il quale prevede che “la parte incapace (...) può essere ammessa alla conduzione del processo con riserva di successiva sanatoria del difetto, quando il ritardo comporti un pericolo per la parte”¹⁷⁸. La disposizione prosegue stabilendo che “la sentenza finale può essere emessa soltanto dopo che è decorso il termine concesso per la sanatoria del difetto”. Al ricorrere, dunque, del presupposto del *periculum in mora* per la parte incapace, il giudice può ammetterla provvisoriamente a partecipare al procedimento: in questo caso essa, benché incapace, compie atti processuali efficaci e il processo può proseguire anche spingendosi nell'esame del merito della controversia. Contestualmente all'adozione di tale provvedimento, il giudice deve fissare un termine entro il quale la sanatoria del difetto deve avvenire: allo spirare dello stesso, se al difetto non è stato ancora posto rimedio (vale a dire, se il rappresentante

¹⁷⁸ Va menzionato il fatto che l'intero § 56, dunque sia l'Abs. 1 riguardante il rilievo d'ufficio, sia il descritto Abs. 2, riguarda non solo il caso di difetto della capacità processuale (*Prozessfähigkeit*), ma anche quello del difetto della capacità di essere parte (*Parteifähigkeit*), del difetto di legittimazione del rappresentante legale (*Legitimation eines gesetzlichen Vertreters*) e di difetto di autorizzazione (*erforderliche Ermächtigung*).

dell'incapace non è intervenuto effettuando la *Genehmigung* degli atti compiuti), il giudice può rigettare la domanda come inammissibile.

In pratica, poiché l'ammissione con riserva è ritenuta una decisione avente carattere discrezionale¹⁷⁹, il giudice effettua una valutazione prognostica circa le probabilità che il difetto sia emendato entro un determinato termine (ragionevolmente breve, visto che altrimenti verrebbe meno il presupposto dell'urgenza) e in base ad essa decide se accogliere o meno la richiesta di ammissione provvisoria¹⁸⁰.

Con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione della disposizione, essa può teoricamente trovare applicazione sia nel caso in cui l'incapace abbia già un rappresentante legale, ma costui non abbia partecipato al processo (è il caso dei minori e del *Betreute*), sia nel caso in cui l'incapace sia sprovvisto di rappresentante legale (è il caso del *Geisteskranke*): in quest'ultima ipotesi, tuttavia, occorre mettere in conto la durata del procedimento di *Betreuung* e valutare la sua compatibilità con l'urgenza richiesta dal § 56 Abs. 2, oltre che considerare le concrete difficoltà per il giudice di avere come interlocutore una parte *Geisteskranke*¹⁸¹ – soprattutto nella trattazione orale della causa. Sempre il requisito dell'urgenza, poi, tende a limitare soggettivamente l'applicazione della regola ai casi in cui l'incapace rivesta il ruolo di attore oppure di convenuto che abbia proposto domanda riconvenzionale, poiché appare difficilmente immaginabile un pericolo nel ritardo allegato dall'incapace-convenuto che non abbia spiegato a sua volta alcuna domanda nel processo.

¹⁷⁹ Così P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 56 Rdnr. 21 (che parla di *Ermessen*).

¹⁸⁰ La disposizione in questione non parla di una vera e propria domanda della parte, ed è quindi da escludere che occorra una formale richiesta da parte dell'interessato; v., in giurisprudenza, Rostock FamRZ 2006, 554, che parla di *formlose Zulassung*, cioè di ammissione informale. Non sembra d'altra parte in alcun modo pensabile che il giudice possa disporre d'ufficio in tal senso, visto che, in primo luogo, spetta alla parte allegare i fatti che fondano il pericolo nel ritardo e che, in secondo luogo, se la parte non fosse interessata a sanare la mancanza tempestivamente, il provvedimento in esame non farebbe che danneggiarla (vista la necessaria fissazione di un termine perentorio per effettuare la sanatoria).

¹⁸¹ Secondo R. BORK, *Die Prozessfähigkeit nach neuem Recht*, cit., 99, la disposizione in questione è destinata in pratica a non essere applicata nel caso in cui il *Betreuer* non sia ancora stato nominato, in quanto "il giudice e la controparte processuale solitamente non hanno alcun interesse ad avere a che fare con un incapace processuale (specialmente se si tratta di un "*Querulant*")".

4.4. *La nomina di un curatore speciale all'incapace convenuto*

Un'ulteriore differente ipotesi, peraltro non infrequente nella prassi, in cui all'incapacità di una parte si sommano motivi di urgenza, e per la quale si rivelano inadatti gli strumenti finora descritti, è quella in cui l'attore capace conviene in giudizio un soggetto che, una volta instaurato il procedimento, scopre (o suppone) essere incapace ai sensi del § 104 nr. 2 BGB, cioè un infermo di mente. Come si è già visto, la via "ordinaria" che l'attore dovrebbe percorrere in questo caso per evitare il rigetto in rito della domanda sarebbe quella di sollecitare l'instaurazione del procedimento di *Betreuung* e attendere che il *Betreuer*, una volta nominato, faccia il suo ingresso nel processo pendente; tale meccanismo implica, tuttavia, un'attesa di durata variabile e si rivela inadatto nei casi in cui un ritardo nella decisione rischi di vanificare la possibilità di soddisfare la pretesa fatta valere dall'attore.

Lo strumento che l'ordinamento appresta per far fronte a tali situazioni è il § 57 Abs. 1° ZPO, che così recita: "se è convenuta una parte incapace priva di rappresentante legale, il presidente del *Prozessgericht* nomina a quest'ultima, previa istanza e se vi è pericolo nel ritardo, un curatore processuale che la rappresenti fino all'ingresso nel processo del rappresentante legale". I presupposti richiesti perché la nomina del curatore processuale possa aver luogo sono, dunque, l'incapacità del convenuto, la mancanza di un rappresentante legale, e – ancora una volta – l'urgenza. Quanto al primo, gli interpreti sono assolutamente concordi nell'affermare che la norma si riferisca espressamente e volutamente soltanto al caso in cui l'incapace sia il convenuto, e che pertanto non vi possa essere applicazione analogica all'ipotesi dell'incapace attore¹⁸²; in generale si ritiene, poi, che non occorra un positivo accertamento dell'incapacità del convenuto, ma che all'opposto siano sufficienti seri dubbi in proposito¹⁸³. Quanto al requisito della "mancanza" del rappresentante legale, esso si riferisce anzitutto e principalmente al caso dell'infermo di mente,

¹⁸² R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 57 Rdnr. 2 (cfr. ivi le numerose pronunce giurisprudenziali in tal senso citate), P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 57 Rdnr. 5.

¹⁸³ Così BHG NJW 1962, 1510. *Contra* però P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 57 Rdnr. 4, secondo il quale non sarebbero sufficienti dei meri dubbi sulla capacità (in questo senso, in giurisprudenza, Köln RR 2003, 758) – ma al contempo non sarebbe richiesta neppure una prova piena dell'incapacità perché la norma possa trovare applicazione, visto che le ragioni di urgenza, nella gran parte dei casi, non sarebbero compatibili con un accertamento approfondito ed esaustivo della capacità.

privo di rappresentante per definizione, ma può riguardare anche casi in cui il rappresentante c'è (minori, *Betreute*) ma è “impedito”¹⁸⁴ (e l'impedimento deve avere carattere duraturo, non meramente temporaneo) ad esercitare i propri poteri¹⁸⁵. L'urgenza, infine, deve riguardare l'attore che propone l'istanza¹⁸⁶, e deve consistere in un potenziale pregiudizio per il diritto fatto valere, nel caso in cui il curatore non fosse tempestivamente nominato e si procedesse per le vie ordinarie (procedimento di *Betreuung* ed eventuale sospensione del processo pendente). Anche qui, come per il § 56 Abs. 2 ZPO, al giudice è riconosciuto un potere discrezionale di apprezzare le circostanze del caso e accogliere o meno la domanda¹⁸⁷; l'attore non vanta alcun “diritto” alla nomina di un curatore speciale per il convenuto¹⁸⁸.

Se l'istanza viene accolta, il curatore speciale, nell'ambito del processo in cui è stato nominato, assume le stesse funzioni e dispone degli stessi poteri del rappresentante legale, e li esercita fino al momento in cui quest'ultimo, nel frattempo nominato (per il *Geistesranke*) o non più impedito (nel caso dei minori e del *Betreute*), faccia ingresso nel processo. È da notare, poi, che le funzioni del curatore non cessano automaticamente con la nomina del rappresentante legale, ma soltanto con il suo effettivo “ingresso” nel processo (ovvero con la revoca del curatore da

¹⁸⁴ L'impedimento deve avere natura esclusivamente giuridica secondo P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 57 Rdnr. 4, e W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 57 Rdnr. 6. Secondo R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 57 Rdnr. 3 può essere invece anche “di fatto”.

¹⁸⁵ Nel senso che non è sufficiente l'impedimento temporaneo, v. R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 57 Rdnr. 3. Secondo tale autore, inoltre, la disposizione in questione si applica non soltanto quando l'incapacità sussiste fin dall'inizio, ma anche quando è sopravvenuta nel corso del processo (sempre che ricorrano tutti gli altri presupposti, in particolare il pericolo nel ritardo). Secondo S. WETH, in J. MUSIELAK (diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, 2012, 9. Aufl., § 57 Rdnr. 2 invece, la regola troverebbe applicazione soltanto quando la capacità difetta fin dall'inizio, cioè fin da prima della pendenza della lite (“§ 57 greift, wenn die Prozessunfähigkeit vor Rechtshängigkeit vorliegt. Er ist entsprechend anwendbar, wenn sich die vor Rechtshängigkeit bereits vorliegende Prozessunfähigkeit erst im Laufe des Prozesses herausstellt, soll aber [...] nicht anwendbar sein, wenn die Prozessunfähigkeit erst nach Rechtshängigkeit eingetreten ist). In caso di incapacità sopravvenuta troverebbe applicazione invece il § 241 ZPO sull'interruzione del processo.

¹⁸⁶ R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 57 Rdnr. 4-5; P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 57 Rdnr. 4.

¹⁸⁷ Si ritiene inoltre che il giudice non abbia neppure l'obbligo di avvertire l'attore (soprattutto nel caso di *Anwaltsprozess*, laddove quindi questa sia assistita da un avvocato) della possibilità di fare istanza ai sensi del § 57 ZPO.

¹⁸⁸ Ma l'attore (soltanto lui) potrà impugnare il provvedimento con cui l'istanza è rigettata – con lo strumento del *sofortige Beschwerde* (§ 567 ZPO) secondo R. BORK in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 57 Rdnr. 8.

parte del giudice). D'altra parte, l'attore che ha richiesto e ottenuto la nomina del curatore speciale non ha alcun potere né alcuno strumento per forzare questo "passaggio di consegne" fra curatore speciale e rappresentante legale, e non è da escludere che tale passaggio non avvenga e che il processo prosegua (e si chiuda) nei confronti dell'incapace rappresentato dal curatore.

4.5. *La nomina di un Betreuer provvisorio da parte del Betreuungsgericht*

Può darsi infine che, pur sussistendo ragioni di urgenza per l'incapace (come previsto nel descritto § 56 Abs. 2 ZPO) o per la sua controparte (come presuppone il § 57 Abs. 1 ZPO), non ricorrano tutti i presupposti richiesti dalle disposizioni menzionate o che comunque il giudice, facendo uso della propria discrezionalità, decida di rigettare l'istanza proposta – rispettivamente, di ammissione alla trattazione "con riserva" o di nomina di un curatore processuale. In tal caso, salva la possibilità di impugnare il provvedimento di rigetto, un'altra possibilità per giungere in tempi rapidi alla nomina di un rappresentante della parte incapace e perché questi possa poi intervenire nel processo, è quella di ottenere la "designazione provvisoria" di un *Betrüer*, ai sensi del § 300 FamFG (*Einstweilige Anordnung*), da parte del giudice della *Betreuung* e nell'ambito del relativo procedimento. Qui il presupposto delle "ragioni impellenti", richiesto dal nr. 1 Abs. 1 § 300 FamFG affinché la designazione provvisoria possa aver luogo, non è riferito ad un soggetto determinato, e dunque non sembrano esservi ragioni che escludano la sua riferibilità tanto al futuro beneficiario di *Betreuung* quanto alla sua controparte processuale¹⁸⁹. Poiché tuttavia, come si è già visto¹⁹⁰, la controparte processuale di un incapace nei cui confronti è in corso un procedimento di *Betreuung* non rientra fra i soggetti legittimati a partecipare al procedimento (i c.d. *Beteiligte* ai sensi del § 274 FamFG), essa non potrà far valere tali esigenze di urgenza "direttamente", tramite un'istanza, dinanzi al

¹⁸⁹ V. le limpide riflessioni di R. BORK, *Die Prozessfähigkeit nach neuem Recht*, cit., 99: secondo l'Autore, poiché le spiegazioni alla bozza della *Betreuungsgesetz* non escludono ma anzi ammettono che un procedimento di *Betreuung* possa essere instaurato nell'interesse di un terzo, allora si può anche ipotizzare che la designazione provvisoria ex § 69 FGG (oggi § 300 FamFG) avvenga nell'interesse di un terzo (e in particolare della controparte processuale), quando per questi vi sia pericolo nel ritardo.

¹⁹⁰ Cfr., in questa sezione, par. 4.1.

Betreuungsgericht: dovrà invece fare in modo di sollecitare quest'ultimo affinché vi provveda d'ufficio¹⁹¹, facendo uso dei poteri che gli sono conferiti.

5. *La “lite sulla capacità”, le ragioni della sua autonomia concettuale nell'ordinamento tedesco e le possibili conclusioni*

Tutti gli strumenti descritti nel paragrafo precedente sono quelli previsti dall'ordinamento a disposizione della parte (e in particolare di quella parte interessata a evitare la chiusura in rito) che intende attivarsi per porre rimedio al difetto di capacità – rilevato dal giudice d'ufficio o su eccezione di parte – e per far sì che il processo prosegua fino alla trattazione e decisione sul merito delle domande azionate.

Può darsi però che la stessa parte interessata sia convinta della sussistenza della capacità processuale messa in discussione e dell'infondatezza delle impressioni del giudice o delle eccezioni di controparte: in questo caso non si attiverà per rimediare al difetto, che non crede esistente, e all'opposto si darà da fare per dimostrare le proprie convinzioni, confutare le affermazioni altrui e convincere il giudice della sussistenza della capacità.

In questo caso si apre la “lite sulla capacità”, la c.d. *Zulassungsstreit*¹⁹². Di essa si è già fatto cenno in precedenza, laddove si è parlato delle funzioni che la capacità processuale riveste nell'ordinamento tedesco: si è detto che la capacità è considerata dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie non solo come una condizione di decidibilità della causa nel merito, ma anche come un presupposto che condiziona l'efficacia degli atti compiuti nel processo; si è detto altresì che tale regola subisce una deviazione nella fase chiamata *Zulassungsstreit*, deputata

¹⁹¹ Così come il procedimento di *Betreuung* non richiede un'apposita domanda di parte per essere introdotto, ma può essere avviato d'ufficio, eventualmente previa segnalazione da parte di soggetti interessati che tuttavia non rientrano fra i “*Beteiligte*” previsti dalla legge, così anche la nomina del *Betreuer* provvisorio può essere effettuata d'ufficio, eventualmente in seguito ad informale sollecitazione: v. sempre R. BORK, *Die Prozessfähigkeit nach neuem Recht*, cit., 99.

¹⁹² Occorre precisare che il concetto di *Zulassungsstreit* nell'ordinamento processuale tedesco ricomprende non soltanto la “lite” sulla sussistenza della *Prozessfähigkeit*, ma anche quella sul regolare funzionamento del meccanismo rappresentativo, delle necessarie autorizzazioni da parte del rappresentante legale, nonché sull'esistenza della *Parteifähigkeit*, vale a dire della capacità di essere parte: v. L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 43 Rdnr. 39 e § 44 Rdnr.29.

all'accertamento della capacità controversa, nella quale gli atti processuali compiuti e ricevuti dall'incapace sono considerati efficaci, e ciò è funzionale sia allo svolgimento del processo (permette che si giunga a una decisione sulla capacità) sia ad un pieno esercizio dell'*Anspruch auf rechtliches Gehör* (che sarebbe altrimenti compromesso se una parte non potesse difendersi con atti processuali efficaci nella fase in cui si accerta la sua capacità).

La *Zulassungsstreit* può dunque essere sinteticamente definita come quella fase processuale deputata alla verifica della sussistenza della capacità controversa, alla quale anche la parte (che all'esito di questa fase si accerta essere) incapace è chiamata a partecipare con atti efficaci.

Un aspetto interessante di questo tema, soprattutto agli occhi di chi osserva l'ordinamento processuale tedesco dall'esterno, è il concetto stesso di "lite sulla capacità". Nel nostro ordinamento processuale la verifica della sussistenza della capacità processuale non si distingue da quella della sussistenza degli altri presupposti processuali, non presenta caratteristiche tali da differenziarla e da "meritare" un'apposita definizione. All'interprete italiano, pertanto, il concetto di *Zulassungsstreit* non può non balzare all'occhio; e ciò non tanto per il fatto in sé che la capacità possa essere oggetto di controversia (ovviamente anche nel nostro processo civile il giudice può trovarsi a dover verificare la capacità processuale di una parte che gli appare dubbia o è contestata dalle parti), quanto piuttosto per il fatto che la *Zulassungsstreit* è considerata in Germania come una vera e propria controversia nella controversia, con una propria autonomia anche concettuale, e ad essa gli interpreti hanno dedicato una notevole attenzione.

L'autonomia concettuale che la "lite sulla capacità" ha assunto nel processo tedesco deriva, a mio avviso, da due fattori.

Il primo consiste certamente nel fatto che la capacità processuale in Germania è di regola considerata *Prozesshandlungsvoraussetzung*, cioè condizione di efficacia degli atti compiuti e ricevuti nel processo, e che la *Zulassungsstreit* costituisce un'eccezione a tale regola – anche l'incapace, in questa fase, compie e riceve atti processuali efficaci. Diversamente, la capacità di stare in giudizio di cui all'art. 75 c.p.c non condiziona l'efficacia degli atti processuali compiuti (semmai, accogliendo

l'impostazione di una parte della dottrina, condiziona la loro validità¹⁹³) e perciò non vi è necessità di ritagliare un apposito contorno alla fase in cui proprio della capacità si discute.

Il secondo fattore si rinviene, a mio avviso, se si guarda all'aspetto soggettivo, cioè a chi sono i soggetti privi della capacità processuale. Come si è ampiamente chiarito in precedenza¹⁹⁴, nel nostro ordinamento l'incapacità – intesa sia come incapacità di agire sostanziale, sia come incapacità processuale – deriva, in via alternativa, da un provvedimento giudiziale ablativo della capacità e istitutivo di una misura di protezione (questo vale per l'interdetto, l'inabilitato, il beneficiario di amministrazione di sostegno) oppure direttamente da una disposizione di legge (è il caso del minore), ma non può invece discendere da un accertamento effettuato “caso per caso” dal giudice nell'ambito di un procedimento diverso da quelli di interdizione, inabilitazione o amministrazione di sostegno.

Questo tratto distintivo dei contorni soggettivi della capacità processuale italiana ha senza dubbio dei riflessi sul tipo di “attività” che il giudice è chiamato a compiere per accertare se la capacità delle parti sussiste o meno: la verifica della capacità processuale si traduce nella verifica dell'età anagrafica delle parti o nella verifica della sussistenza di una sentenza di interdizione o inabilitazione o di un decreto del giudice tutelare che dispone l'amministrazione di sostegno a carico di una di esse¹⁹⁵ – compiti, questi, che senza dubbio non sono caratterizzati da particolare complessità o delicatezza. Da ciò deriva che, nel nostro ordinamento processuale, il dubbio riguardante la sussistenza della capacità è, normalmente, di facile risoluzione; pertanto, una vera e propria “controversia” sulla capacità è piuttosto difficile da immaginare e in ogni caso non merita di assurgere a “fase processuale” dotata di proprie specificità e autonomia.

¹⁹³ Si fa riferimento all'orientamento dottrinale sinteticamente esposto nel par. 3, sez. B) di questo capitolo, le cui voci più autorevoli sono quelle di E. GRASSO, *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, cit., 321 ss.; F. AULETTA, *op. cit.*, 157 ss.; R. ORIANI, voce *Nullità degli atti processuali*, I) *Diritto processuale civile*, cit., 10.

¹⁹⁴ Cfr. sez. A) par. 2. ss. del presente capitolo.

¹⁹⁵ Nel caso dell'amministrazione di sostegno, naturalmente, la verifica si estende al contenuto del decreto, e l'accertamento della capacità processuale può in concreto rivelarsi più complesso che nei casi di interdizione o inabilitazione, perché occorre verificare per quali ambiti e attività l'amministratore ha funzioni di rappresentanza esclusiva o di assistenza e per quali invece il beneficiario “conserva” la capacità di agire e la capacità processuale.

Le cose stanno diversamente in Germania, dove – come già detto – fra i gli incapaci rientrano anche gli infermi di mente di cui al § 104 nr. 2 BGB; se la controversia sulla capacità di una parte riguarda la sua possibile appartenenza a tale categoria di soggetti, l'accertamento che il giudice deve compiere ha ben altro tenore. Anche in questo caso è la legge a stabilire i presupposti di fatto da verificare, ma qui – diversamente che nel caso dei minori – l'indagine che il giudice è chiamato ad effettuare va ben oltre la verifica di un semplice dato numerico e può sfociare in un'istruttoria molto complessa e delicata: la lite sulla capacità assume i contorni di una fase processuale con caratteristiche proprie e si trasforma in un vero e proprio “processo nel processo”.

Dopo questa riflessione sulle possibili ragioni del “fenomeno *Zulassungsstreit*” in Germania, occorre ora far luce su tre importanti questioni pratiche che il tema solleva: la prima, se l'incapace nell'ambito della *Zulassungsstreit* possa compiere e ricevere efficacemente tutti gli atti ovvero se vi siano delle limitazioni (a); la seconda, come si svolga concretamente la lite sulla capacità (b); la terza, quali siano i possibili modi in cui essa si chiude nell'ambito di un grado di giudizio (c).

a) Anzitutto, nella *Zulassungsstreit* le parti normalmente allegano i fatti rilevanti per l'affermazione della capacità o dell'incapacità processuale e chiedono di essere ammesse a provare quanto affermano: vengono quindi depositati documenti, può essere disposta una consulenza tecnica¹⁹⁶, e non è escluso che nell'istruzione probatoria della *Zulassungsstreit* rientri anche l'assunzione di prove testimoniali¹⁹⁷. A tutte queste attività è ammessa a partecipare efficacemente anche la parte presunta (e poi accertata, all'esito dell'istruttoria) incapace, per le già menzionate ragioni di tutela del suo diritto al *rechtliches Gehör*.

Più complesso è stabilire se il presunto incapace, oltre che compiere gli atti strettamente finalizzati a condurre verso la decisione della questione (sussistenza o meno della capacità), possa anche efficacemente compiere altri atti, se per esempio possa ricusare il giudice investito della controversia, o se possa sollevare eccezioni di

¹⁹⁶ La *Sachverständige* ai sensi dei §§ 402 ss. ZPO.

¹⁹⁷ Cfr. R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 7: la capacità processuale può essere provata con tutti i mezzi di prova ordinari, fra esse anche la prova per testimoni. Sul tema della prova della capacità e delle regole operanti in quest'ambito, v. più approfonditamente cap. III sez. A).

rito diverse dal difetto della capacità. La soluzione maggiormente accolta nel panorama dottrinale e giurisprudenziale è quella secondo cui l'incapace può compiere efficacemente *tutti* gli atti tendenti ad una corretta decisione sulla capacità, e fra questi rientrerebbero non solo quelli direttamente finalizzati alla dimostrazione della sussistenza del presupposto processuale in questione (o del suo difetto), ma anche quelli che mirano ad una decisione corretta e obiettiva: dunque, per esempio, anche la ricusazione del giudice, che è efficace anche quando è compiuta dall'incapace¹⁹⁸. Non sembra invece che il presunto incapace possa, in tale fase, sollevare eccezioni di incompetenza o di difetto di giurisdizione: lo impedisce, in questo caso, l'ordine di decisione delle questioni di rito e la priorità che al suo interno hanno le questioni "soggettive", riguardanti le parti, rispetto a quelle "oggettive", attinenti il processo¹⁹⁹.

Come si è già accennato, poi, la *Zulassungsstreit* non si conclude necessariamente nell'ambito di un grado di giudizio: essa termina definitivamente soltanto nel momento in cui la sentenza che pronuncia sulla capacità (sia che la affermi, sia che la neghi) diviene definitiva. Perciò anche le impugnazioni proposte contro la sentenza che, verificata l'incapacità di una parte, rigetta in rito la domanda, sono efficaci pure se proposte dalla parte incapace, cui è garantita in tal modo la possibilità di esercitare il proprio diritto di difesa anche nei gradi di giudizio successivi al primo.

b) La *Zulassungsstreit* può svolgersi, concretamente, seguendo due vie alternative: trattazione e decisione separata (*abgesonderte Verhandlung*, § 280 Abs. 1 ZPO) oppure contestuale alla trattazione e decisione del merito²⁰⁰. Il termine *Zulassungsstreit* non indica dunque, necessariamente, un preciso "scomparto" del processo civile, cronologicamente e oggettivamente ben definito e separato, in cui è trattata, istruita e decisa in maniera esclusiva la questione relativa alla sussistenza della capacità delle parti; la lite sulla capacità può, invece, essere contestuale alla

¹⁹⁸ Così W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 45: "er [der Prozessunfähige, ndr.] kann deshalb beispielsweise im Zulassungsstreit den Richter als befangen ablehnen". In tal senso OLG Koblenz JurBüro 1977, 113.

¹⁹⁹ Così L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., 514, § 93 Rdnr. 42, secondo cui quest'ordine è dovuto al fatto che "anche prima di una pronuncia di rigetto in rito, alle parti deve essere garantito il diritto al *rechtliches Gehör* di cui all'art. 103 Abs. 1 GG".

²⁰⁰ W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 45.

trattazione sul merito della causa, e ciononostante mantenere intatte le sue caratteristiche specifiche e le sue peculiarità – *in primis* quella dell'efficacia degli atti compiuti e ricevuti dalla parte incapace.

Ebbene, la scelta se effettuare una *abgesonderte Verhandlung* per la lite sulla capacità ovvero se trattare e decidere la questione unitamente al merito è rimessa alla discrezionalità del giudice²⁰¹, il quale – indipendentemente da qualsiasi domanda di parte in un senso o nell'altro²⁰² – decide sul punto con un'ordinanza revocabile e modificabile, ma non soggetta a impugnazione²⁰³.

Il fattore che maggiormente influisce su tale scelta è, naturalmente, la valutazione prognostica sull'esito della *Zulassungsstreit* che il giudice è in grado di effettuare nel momento in cui si profila il dubbio sulla capacità di una delle parti. La via della trattazione separata della questione capacità è di regola imboccata nei casi in cui il giudice, ad un primo sommario esame, ritenga vi siano buone probabilità che la causa sia dichiarata inammissibile per difetto della capacità; diversamente, se fin dal principio ritiene improbabile che la controversia sulla capacità sfoci in un rigetto in rito, dispone che la trattazione e l'istruzione della questione capacità avvenga unitamente al merito (ed, eventualmente, unitamente alle altre questioni di rito sollevate nel processo)²⁰⁴.

c) Le decisioni che chiudono²⁰⁵ la *Zulassungsstreit* sono differenti a seconda del percorso seguito.

²⁰¹ Si tratta del *Prozessgericht*: v. H. PRÜTTING, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 280 Rdnr. 2, che parla di “Ermessensausübung des Gerichts”.

²⁰² U. FOERSTE, in H. J. MUSIELAK (diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁹, cit., § 280 Rdnr. 3, che afferma che le eventuali istanze di parte possono al più essere considerate come dei solleciti (“entsprechende Anträge der Parteien gelten daher als Anregung”). Anche la giurisprudenza è unanime nel senso della sostanziale irrilevanza di apposite istanze di parte in un senso o nell'altro: v. ad esempio BGH NJW-RR 2001, 930.

²⁰³ Così sempre U. FOERSTE, in H. J. MUSIELAK (diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁹, cit., § 280 Rdnr. 3.

²⁰⁴ V. D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 280 Rdnr. 1, secondo cui la decisione unitamente al merito è la regola, ma il giudice ha la possibilità di ordinare la trattazione e decisione separata per evitare inutili attività quando vi sono buone probabilità che la causa sia rigettata in rito in quanto inammissibile. Va notato che questo meccanismo, che rimette al giudice la scelta della trattazione e decisione separata, oppure unitamente al merito, non è molto diverso da quanto avviene nel nostro processo, dove pure è lasciata alla discrezionalità del giudice la decisione sull'alternativa fra trattare e poi decidere separatamente la questione pregiudiziale di rito, oppure deciderla unitamente al merito (art. 187 comma 3° c.p.c.).

²⁰⁵ In realtà, come si è già chiarito, la *Zulassungsstreit* (e così la eccezionale efficacia degli atti compiuti dall'incapace) è definitivamente conclusa soltanto nel momento in cui la sentenza che dichiara il difetto di capacità passa in giudicato: in tal modo si garantisce l'efficacia delle impugnazioni proposte dal (soggetto che poi si accerta essere) incapace contro la sentenza che

Se si è imboccata la via della *abgesonderte Verhandlung*, gli esiti possibili sono i seguenti:

- se il giudice, a seguito dell'istruttoria, si convince del fatto che la parte è capace, e che dunque il presupposto processuale in esame sussiste, pronuncia immediatamente una *Zwischenurteil* ai sensi del § 280 Abs. 2 ZPO (letteralmente, sentenza “intermedia”)²⁰⁶ con cui afferma la sussistenza della capacità. Tale sentenza è immediatamente ed autonomamente impugnabile; contestualmente alla sua pronuncia il giudice può disporre – su istanza di parte o anche d'ufficio, sulla base di una valutazione prognostica discrezionale – che la prosecuzione del processo nel merito avvenga immediatamente ovvero soltanto nel momento in cui la *Zwischenurteil* passa in giudicato formale²⁰⁷;

- se il giudice accerta che la parte è effettivamente priva della capacità processuale, e se nel frattempo non è intervenuta la sanatoria del difetto attraverso la *Genehmigung* del rappresentante legale, la logica e naturale conseguenza della qualificazione della *Prozessfähigkeit* come *Prozessvoraussetzung* è una pronuncia di rigetto in rito per inammissibilità. Il tipo di provvedimento che il giudice adotta in questo caso è una sentenza finale (*Endurteil*) conclusiva del grado di giudizio davanti al giudice che la pronunzia, che rigetta la domanda in rito per difetto di un presupposto processuale (e perciò è chiamata *Prozess-Endurteil*).

Se, invece, la via seguita è quella della trattazione e decisione della *Zulassungsstreit* assieme al merito, si prospetta l'alternativa fra una sentenza di merito (*Endurteil*), nella cui motivazione è contenuta la decisione sulla

appunto ne accerta l'incapacità. Qui ci si riferisce invece ai modi in cui la *Zulassungsstreit* si conclude nell'ambito di un singolo grado di giudizio.

²⁰⁶ È utile precisare che il termine *Zwischenurteil* indica il *genus* delle sentenze non definitive, nel senso di “non conclusive del processo” (*nicht prozessbeendigend*) ed esso ricomprende a) le sentenze sull'ammissibilità della *Klage*, ai sensi del § 280 Abs. 2 ZPO (affermano l'esistenza di una *Prozessvoraussetzung* o l'inesistenza di un *Prozesshindernis*); b) le *Zwischenstreiturteil*, disciplinate dal § 303 ZPO (vi rientrano ad es. quelle sull'ammissibilità di una *Klageänderung*). Cfr. sul punto la chiara esposizione di L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*, cit., § 59 Rdnr. 28 ss. Le *Zwischenurteile* di cui al § 280 Abs. 2 ZPO, fra cui rientra appunto anche la sentenza che, a seguito di *abgesonderte Verhandlung*, dichiara la sussistenza della capacità, sono impugnabili autonomamente e dunque autonomamente passano in giudicato formale: v. *ex multis* H. PRÜTTING, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 280 Rdnr. 7. Sulla loro inidoneità al giudicato materiale in quanto “non contengono una pronuncia definitiva sulla *Klage*” (D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322 Rdnr. 58) si tornerà nel paragrafo seguente.

²⁰⁷ In quest'ultimo caso non si ha una vera e propria sospensione del processo ma si parla di situazione di *tatsächlicher Stillstand*: v. D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 280 Rdnr. 30.

Zulassungsstreit (nel senso, ovviamente, della accertata sussistenza della *Prozessfähigkeit*)²⁰⁸, e una *Prozess- Endurteil* (identica a quella che chiude la *Zulassungsstreit* con *abgesonderte Verhandlung*) che dichiara l'inammissibilità della domanda per difetto della *Prozessfähigkeit* di una parte.

6. *Il giudicato materiale delle pronunce sulla capacità processuale. Idoneità alla materielle Rechtskraft della pronuncia di rigetto in rito che accerta l'insussistenza del presupposto e (secondo parte della dottrina) dell'affermazione implicita della sua sussistenza contenuta nella sentenza di merito*

Come si è già più volte menzionato, gli interpreti sono concordi nell'affermare che “la lite sulla capacità” prosegue fino al momento in cui l'accertamento della sussistenza-insussistenza della capacità diviene definitivo, cioè passa in giudicato: fino a questo momento, dunque, valgono i principi che regolano la *Zulassungsstreit*, e in particolare la regola (*rectius*, l'eccezione alla regola più generale) dell'efficacia degli atti compiuti e ricevuti dall'incapace.

Occorre adesso capire che cosa significhi questo “divenire definitivo” delle pronunce sulla capacità, e cioè se l'accertamento dell'esistenza ovvero dell'inesistenza del presupposto processuale in questione possa essere coperto dall'effetto di cosa giudicata materiale.

In via preliminare, poiché si è parlato di *accertamento* sulla capacità, è opportuno effettuare una precisazione che permetta di dipanare subito dei possibili dubbi sull'accezione in cui tale espressione è utilizzata. La dottrina tedesca²⁰⁹ utilizza costantemente i termini *Feststellung* e *fest-stellen* (cioè “accertamento” e “accertare”) quando fa riferimento all'attività che il giudice è chiamato a compiere nella *Zulassungsstreit*, con l'intento di indicare la verifica della sussistenza della capacità; stessa parola utilizza il legislatore della ZPO laddove indica l'azione di accertamento (*Feststellungsklage*, § 256 ZPO) e gli interpreti quando parlano di accertamento in senso tecnico. Va evidenziato però che il *fest-stellen* riferito alla

²⁰⁸ Si parla perciò di “Entscheidung in des Gründen des Endurteils” (H. PRÜTTING, *op. ult. cit.*, § 280 Rdnr. 45).

²⁰⁹ V. ad esempio T. ODA, *op. cit.*, 48-49 ss.; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52, 49.

capacità processuale nella *Zulassungsstreit* nulla ha a che vedere con quest'ultima accezione e con il concetto di accertamento inteso in senso proprio: ciò che il giudice compie nel momento in cui “accerta” la capacità o l'incapacità è una semplice verifica sulla sussistenza di elementi di fatto (l'età per i minori, le condizioni personali descritte dal § 104 nr. 2 BGB per i *Geisteskranke*, l'esistenza di un provvedimento giudiziale con determinati contenuti nel caso del *Betreute*) e tale verifica porta a negare o ad affermare unicamente la sussistenza di una condizione di decidibilità della causa nel merito. Oggetto dell'accertamento effettuato nella *Zulassungsstreit* non è invece un rapporto giuridico – requisito, questo, necessario perché si possa parlare di *Feststellung* in senso tecnico, sia che si tratti di accertamento in via principale (§ 256 Abs. 1), sia che si tratti di accertamento incidentale (§ 256 Abs. 2)²¹⁰.

Questa considerazione permette, dunque, di escludere senza esitazioni che la sussistenza della capacità, verificata dal giudice nella *Zulassungsstreit*, possa essere oggetto di accertamento (incidentale) in senso proprio; essa non consente però di rispondere alla domanda se questo “accertamento” sulla capacità contenuto nelle sentenze elencate nel paragrafo precedente (*Zwischenurteil* che ne afferma la sussistenza, *Prozess-endurteil* che la nega e rigetta in rito la domanda, *Endurteil* sul merito), sia coperto dagli effetti della cosa giudicata materiale.

Per rispondere a tale quesito è necessario compiere una rapida ricognizione sull'istituto della cosa giudicata materiale in Germania, finalizzata a comprendere, in primo luogo, quali tipi di pronunce sono suscettibili di passare in cosa giudicata materiale e, in secondo luogo, che contenuto esse debbono avere per essere coperte dalla *materielle Rechtskraft*.

Sul primo quesito la norma contenuta nel § 322 Abs. 1 ZPO (paragrafo rubricato appunto *materielle Rechtskraft*, che recita: “le sentenze sono suscettibili di passare in cosa giudicata materiale soltanto se in esse si decide sulla pretesa fatta valere con la domanda o con la domanda riconvenzionale”) non aiuta a fare chiarezza: essa infatti non dice, né esplicitamente né implicitamente, *quali* tipologie

²¹⁰ V. per tutti L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 96 Rdnr. 35 ss., 644 (in particolare Rdnr. 41).

di sentenze²¹¹ sono coperte da tale effetto²¹². Nonostante questo vuoto normativo, gli interpreti sono sostanzialmente concordi nell'affermare che possono passare in cosa giudicata materiale le sentenze dotate di due caratteristiche: l'essere ideonee al giudicato formale e l'essere "definitive, in base al loro scopo e alla struttura dei procedimenti in cui sono emesse"²¹³. Questi tratti che la sentenza, da un punto di vista formale (prescindendo ora dal contenuto), deve necessariamente presentare per poter passare in giudicato materiale, consentono di effettuare una prima "scrematura" e di rispondere già parzialmente al quesito che ci siamo posti: il requisito della definitività esclude le già menzionate *Zwischenurteile* – cioè quelle emesse ai sensi del § 280 Abs. 2 ZPO a seguito di trattazione separata e vertenti sulla sussistenza di un presupposto processuale – poiché esse non chiudono il grado di giudizio davanti al giudice che le ha pronunciate e non possono dirsi, pertanto, definitive²¹⁴.

Neppure con riferimento al secondo quesito (quale è il contenuto che una sentenza – non più impugnabile e definitiva – deve avere perché l'accertamento ivi contenuto sia coperto dalla *materielle Rechtskraft*), la norma di cui al § 322 ZPO sembra dare direttive esplicite e chiare. Ma anche in questo caso, alla domanda hanno risposto gli interpreti, cercando di tratteggiare dei contorni precisi al concetto di *Anspruch* ("pretesa") cui fa riferimento la norma in questione.

La letteratura tedesca oggi assolutamente prevalente²¹⁵ concorda sul fatto che la "pretesa" cui tale norma si riferisce sia non già la pretesa *materiale* volta

²¹¹ La norma non chiarisce, peraltro, neppure se soltanto le sentenze siano interessate dal giudicato materiale o se lo siano altri tipi di pronunce. La dottrina e la giurisprudenza (v. ad es. D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322 Rdnr. 60, P. GOTTWALD, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 322 Rdnr. 29; BGH Rpfleger 1997, 231) ritengono che il fenomeno riguardi anche i *Beschlüsse* che presentino determinate caratteristiche (che siano cioè idonei alla cosa giudicata formale e che abbiano un "rechtskraftfähigen Inhalt").

²¹² D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322 Rdnr. 47, secondo cui il § 322 ZPO non ha il compito di determinare quali sono le pronunce idonee al giudicato materiale, ma piuttosto quello di sancire i confini della cosa giudicata all'interno del contenuto della sentenza.

²¹³ D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322, Rdnr. 51 ss. e nello stesso senso L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 152 Rdnr. 1.

²¹⁴ L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 152 Rdnr. 9 e D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322, Rdnr. 58 che precisa che l'idoneità al giudicato materiale "gilt auch für jene Zwischenurteile die formell rechtskräftig werden können", cioè vale anche per le *Zwischenurteile* aventi ad oggetto la sussistenza di un presupposto processuale (§ 280 ZPO), che pure passano in cosa giudicata formale.

²¹⁵ P. GOTTWALD, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 320 Rdnr. 112; D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322

all'ottenimento del bene della vita²¹⁶, bensì la pretesa “processuale”, cui fa riferimento il § 253 Abs. 2 nr. 2 ZPO laddove disciplina il contenuto dell'atto introduttivo (*Klageschrift*). Tale pretesa processuale, coincidente unitariamente con l'oggetto del giudizio (*Streitgegenstand*)²¹⁷, si reputa formata da due distinte “affermazioni giuridiche”: la “affermazione” del diritto acchè il giudice prenda in esame e decida sulla situazione sostanziale dedotta (*Verfahrensbehauptung*)²¹⁸ – sulla quale il giudice pronuncia sentenza di rito se ritiene che tale diritto nel caso di specie non sussista – e la “affermazione” del diritto materiale fatto valere e di cui si richiede la tutela (*materielles Recht betreffende Behauptung*), sulla quale il giudice pronuncia sentenza di merito. Poiché, si sostiene, la cosa giudicata materiale copre lo *Streitgegenstand* nella sua interezza, essa afferisce sia al suo contenuto sostanziale sia a quello processuale²¹⁹.

Da questa ricostruzione, divenuta dominante, del concetto di *Anspruch* di cui al § 322 ZPO, discendono due relevantissime conseguenze:

a) secondo la dottrina e la giurisprudenza unanimi²²⁰, anche la sentenza di rito che rigetta la domanda come inammissibile, poiché pronuncia sulla “affermazione

Rdnr. 99 ss, che parla di un ampio consenso degli interpreti sul punto (“weitgehende Einigkeit”). Nello stesso senso anche la giurisprudenza: v. ad es. BGH NJW 1996, 3151, 3152.

²¹⁶ E così non coincide con la materiell-rechtliche Anspruch di cui al § 194 Abs. 1 BGB: D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322 Rdnr. 100.

²¹⁷ Sulla coincidenza fra *Anspruch* ai sensi del § 322 ZPO e oggetto della lite v. H. HABSCHIED, *Zur materiellen Rechtskraft des Unzuständigkeitsentscheids. Eine Rechtsvergleichende Skizze*, in A. HELDRICH, T. UCHIDA (Hrsg.), in *Festschrift für H. Nakamura zum 70 Geburtstag*, Tokyo, 1996, 203 ss. e in particolare, sul punto, 208 ss. Nel suo scritto l'Autore si preoccupa in particolare di capire qual è il rapporto fra cosa giudicata materiale e pronunce sulla competenza, tracciando uno schizzo su quanto avviene in diversi ordinamenti (Germania, Austria, Francia, Italia, Spagna, Svizzera, ordinamenti di *common law* e Giappone). Lo scritto di Habschied è interessante sia nell'ottica del comparatista sia nell'ottica di chi vuole comprendere il perché del passaggio in giudicato delle sentenze di rito nell'ordinamento tedesco: regola, questa, che non emerge affatto dal dato normativo (come lo stesso Habschied afferma chiaramente) e che molto spesso la dottrina tedesca dà per scontato senza motivare adeguatamente.

²¹⁸ La distinzione fra *Verfahrensbehauptung* e *materielles Recht betreffende Behauptung* è di H. HABSCHIED, *op.cit.*, 208 ss. Con la *Verfahrensbehauptung*, afferma l'Autore, *op. cit.*, 217, “der Kläger behauptet, dieses Gericht habe sachlichen Rechtsschutz zu gewähren”.

²¹⁹ V. sul punto anche C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 176-177 e nt. 108, che partendo dalla teorizzazione di Henckel (W. HENCKEL, *Parteilchre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1961, 194 ss.) ricostruisce la posizione oggi dominante in Germania sull'idoneità delle sentenze di rito al giudicato materiale.

²²⁰ D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322 Rdnr. 55 (v. in particolare la nt. 7 in cui è riportata la più autorevole dottrina, anche quella contraria ormai risalente); P. GOTTWALD, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 322 Rdnr. 27; M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 322 Rdnr. 1; L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 151 Rdnr. 4 ss. Per la giurisprudenza più recente v. ad es. BGH NJW-RR 2007, 578, 579, e OLG Brandenburg NJW-RR 2000, 1735, 1736.

processuale” (relativa al diritto a vedere tutelata in via giurisdizionale una situazione giuridica sostanziale), interviene su una parte dello *Streitgegenstand* ed è perciò interessata dal fenomeno della cosa giudicata materiale. In altri e più concreti termini, la *Prozess- Endurteil* che rigetta in rito la domanda per difetto di un presupposto processuale, ha – secondo il diritto vivente – contenuto idoneo alla *materielle Rechtskraft*²²¹;

b) secondo l'opinione di un'autorevole dottrina (tuttavia non incontrastata), ad essere interessato dal fenomeno del giudicato materiale, e in particolare del “giudicato esterno”, non è soltanto l'accertamento esplicito del difetto di un presupposto processuale contenuto in una *Prozess- Endurteil*, ma anche l'affermazione implicita della presenza dei presupposti processuali contenuta in una sentenza di merito²²². In altre parole, secondo questa ricostruzione, la pronuncia di merito conterrebbe un implicito accertamento dell'ammissibilità della causa e anch'esso (oltre che quello relativo alla pretesa sostanziale azionata) diverrebbe incontrovertibile con il passaggio in giudicato della sentenza.

I due punti richiedono qualche precisazione.

Con riferimento alla conseguenza sub a), va subito chiarito come la cosa giudicata materiale “a contenuto processuale” che riguarda le sentenze di rito in Germania, ha delle logiche limitazioni in termini di effetti che essa è idonea a produrre. Mentre ad essa si ricollega senza difficoltà l'effetto negativo-preclusivo (il passaggio in giudicato di una *Prozessurteil* che dichiara la causa fra A e B avente ad oggetto il rapporto giuridico x inammissibile per il difetto di un presupposto processuale, implica che il giudice di un eventuale secondo processo fra A e B

²²¹ A questo proposito non si può fare a meno di notare che il pensiero dominante della lettura e della prassi tedesche è opposto rispetto a quello della dottrina italiana classica, orientata nel senso di escludere le sentenze di mero rito dall'ambito di operatività del fenomeno “giudicato materiale”(v. per tutti G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 912: “[...] le sentenze sui presupposti processuali, non garantendo alcun bene della vita fuori del processo, ma riguardando un *rapporto che si consuma nel processo stesso*, limitano il loro effetto al rapporto processuale per cui sono state emanate, e non vincolano il giudice nei processi futuri”). Negli ultimi decenni, per la verità, diversi autori hanno manifestato segnali di apertura verso “un riconoscimento, almeno in via di principio, della generale portata del fenomeno del giudicato materiale” (così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 178 nt. 101, che ricostruisce sinteticamente il dibattito, con ampia bibliografia di riferimento); tuttavia, la tradizionale ritrosia a parlare di cosa giudicata sostanziale per le pronunce di rito non sembra affatto superata (cfr. ad es. L. MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *riv. Dir. civ.* 1971, 17 ss. che ribadisce come il giudicato materiale sia limitato alle sole sentenze di merito).

²²² V. D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322 Rdnr. 145-146.

vertente sul medesimo rapporto x non abbia altra scelta che dichiararla inammissibile applicando il principio del *ne bis in idem*), è invece, naturalmente, da escludere che il giudicato materiale che interessa una simile pronuncia abbia anche un effetto positivo-conformativo sui processi dipendenti. L'accertamento incontrovertibile contenuto nella sentenza di rigetto in rito non ha ad oggetto, infatti, il rapporto giuridico dedotto in giudizio (la sentenza di rigetto in rito indica, all'opposto, l'impossibilità per il giudice di "occuparsi" del rapporto sostanziale dedotto), ma riguarda semplicemente l'esistenza di una *Prozessvoraussetzung*; è evidente, pertanto, che nessuna efficacia conformativa può prodursi rispetto a rapporti controversi dipendenti²²³.

Con riferimento alla conseguenza sub b) – giudicato implicito con rilevanza esterna sulla sussistenza dei presupposti processuali, contenuto nella sentenza di merito – è ben evidente che la portata pratica di tale conseguenza (su cui peraltro la dottrina tedesca non è unanime: v. *infra*) è ridimensionata dalla considerazione che l'effetto negativo-preclusivo è normalmente prodotto direttamente dalla statuizione di merito, che ricopre l'intero *Streitgegenstand*, e che quindi, nella generalità dei casi, non serve "scomodare" il concetto di giudicato implicito sui presupposti processuali per precludere la riproposizione di un'identica domanda fra le medesime parti in un secondo processo.

Per affermare l'utilità pratica di questa ricostruzione, oltre che la sua correttezza teorica, si è fatto tuttavia riferimento all'ipotesi in cui il giudicato materiale formatosi sulla pronuncia di merito lascia aperto uno spiraglio per la riproposizione di un'identica domanda fra le stesse parti - come avviene, ad esempio, nel caso in cui la domanda di condanna al pagamento di un credito è rigettata nel merito perché il credito fatto valere non è ancora esigibile²²⁴. Qui il giudicato di merito non impedisce la riproposizione di un'identica domanda una volta che l'esigibilità è conseguita; cionondimeno, secondo questo punto di vista, nel secondo processo fra le medesime parti non sarebbe più possibile rimettere in discussione la

²²³ V. infatti D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322 Rdnr. 63, che assegna alla *materielle Rechtskraft* delle *Prozessurteile* soltanto lo scopo di "die formell rechtskräftig Entscheidung im Verhältnis der Parteien und im Verhältnis zum Gericht endgültig, auch bei Wiederholung der Klage [corsivo mio, ndr.], verbindlich zu machen": l'obiettivo è, dunque, l'effetto di *ne bis in idem* rispetto alla questione processuale decisa.

²²⁴ D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322 Rdnr. 145.

precedente affermazione implicita dell'ammissibilità della causa e della sussistenza dei presupposti processuali, perché tale affermazione sarebbe "tacitamente" contenuta nella sentenza di merito e sarebbe, pertanto, coperta dal giudicato. In questo particolare caso si potrebbe misurare il rilievo pratico di questo "giudicato esterno implicito" sull'ammissibilità della domanda racchiuso in una sentenza di merito.

Come si è accennato, l'orientamento ora descritto non è affatto incontrastato. Autorevole dottrina ha diversamente sostenuto, infatti, che mentre sarebbe suscettibile di passare autonomamente in giudicato l'affermazione *esplicita* della sussistenza di un determinato presupposto contenuta nelle motivazioni di una *Sachurteil* divenuta definitiva, non lo sarebbe invece l'affermazione *implicita*²²⁵: ciò in ragione del fatto che non sempre la pronuncia sul merito consegue a un implicito rigetto per infondatezza delle questioni di rito e non necessariamente significa, perciò, un responso positivo (seppur implicito) sull'ammissibilità della domanda²²⁶. Secondo questo diverso punto di vista, dunque, l'esame della sussistenza di una *Prozessvoraussetzung* non sarebbe precluso in un secondo processo fra le medesime parti dalla semplice sussistenza di un giudicato di merito su identico *Streitgegenstand* che nulla dice sull'esistenza di quel presupposto (esclusi, beninteso, i casi in cui è lo stesso giudicato di merito a precludere la riproposizione della domanda).

È evidente che, su questo punto, non è facile giungere a una sintesi del pensiero degli interpreti, vista anche l'assenza di pronunce giurisprudenziali che toccano il tema della rilevanza esterna del giudicato implicito sulle *Prozessvoraussetzungen*²²⁷.

²²⁵ H. J. MUSIELAK, in H. J. MUSIELAK (diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁹, cit., § 322 Rdnr. 45

²²⁶ H. J. MUSIELAK, *op. cit., loc. ult. cit.*, e P. GOTTWALD in NJW 1974, 2241 in nota a OLG Köln NJW 1974 1515: secondo tale punto di vista sarebbe ammissibile il rigetto della domanda perché "auf jeden Fall unbegründet", cioè "in ogni caso infondata", nel caso in cui la questione che conduce all'infondatezza sia di più pronta soluzione di quella che conduce all'inammissibilità; per questo il rigetto nel merito non implicherebbe sempre e necessariamente un accertamento positivo della sussistenza dei presupposti.

²²⁷ La complessità di questo quadro si fa ancora maggiore se si effettua un confronto – soltanto in punta di penna, senza pretesa di entrare in profondità a un problema vasto e articolato – con la posizione espressa dalla maggioranza degli interpreti italiani sul punto, che si discosta sia dal primo che dal secondo degli orientamenti finora descritti: secondo la letteratura dominante nel nostro ordinamento, infatti, l'esame della questione di rito non sarebbe bloccato dalla precedente decisione implicita contenuta nella sentenza di merito, ma sarebbe "ostacolato dalla immutabilità della

Ne emerge un quadro piuttosto frastagliato e complesso, ove si scorgono essenzialmente due ordini di posizioni: il primo, che afferma l'esistenza di un vero e proprio giudicato implicito con rilevanza esterna sulla sussistenza delle *Prozessvoraussetzungen*; il secondo, che nega che una sentenza di merito passata in giudicato, non contenente un'esplicita pronuncia sulla sussistenza dei presupposti processuali, possa precludere in un secondo processo la discussione sull'ammissibilità della domanda²²⁸.

Per rispondere nella maniera più schematica e concisa possibile all'interrogativo che ci si è posti in principio al presente paragrafo, e cioè se l'"accertamento" sulla capacità contenuto nelle sentenze conclusive della *Zulassungsstreit* (*Zwischenurteil* che ne afferma la sussistenza, *Prozess-endurteil* che la nega e rigetta in rito la domanda, *Endurteil* sul merito), sia coperto dagli effetti della cosa giudicata materiale, è necessario compiere un ultimo sforzo di sintesi. Ebbene:

- la *Zwischenurteil* emessa a seguito di trattazione separata, con la quale è affermata la sussistenza della capacità processuale, benché suscettibile di passare in

pronuncia relativa alla questione di merito" (S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, Torino, 1988, 256. Nello stesso senso, v. F. LANCELOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1980, 465 ss., spec. 477; F. AMIRANTE, *La giurisdizione e la sua verifica in Cassazione*, in AA. VV., *La Cassazione civile*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, I, Torino, 1998, 745; A. A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. It.*, 2001, 292 ss., spec. §§ 15 e 16). Anche l'orientamento espresso sul punto dalla dottrina classica più risalente era nel senso di escludere che le questioni processuali potessero essere discusse in un secondo processo, ma non perché oggetto di decisione implicita, bensì perché "inammissibilmente rivolte ad ottenere il disconoscimento del bene della vita ormai riconosciuto dalla sentenza passata in giudicato": così G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 374, e similmente E. ALLORIO, *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 215). In sintesi, secondo il pensiero dominante in dottrina, nel nostro ordinamento non vi sarebbe spazio per alcun rilievo del giudicato esplicito (con rilevanza esterna) su questioni processuali in quanto la preclusione al loro esame in un secondo processo sarebbe determinata direttamente – e in maniera assorbente – dal giudicato di merito.

²²⁸ Va notato, in ogni caso, che i due orientamenti conducono a differenti soluzioni su un piano pratico soltanto se la richiesta di esaminare la questione di rito nel secondo processo si fonda su presupposti di fatto immutati rispetto al primo processo. Non si dubita, invece, del fatto che, laddove la necessità di verificare l'esistenza di una *Prozessvoraussetzung* si fonda su circostanze di fatto mutate rispetto al primo processo, la verifica non sia in nessun caso impedita dal precedente giudicato di merito. Come noto, infatti, anche l'ordinamento tedesco (così come tutti gli ordinamenti che privilegiano la ricerca della verità all'esigenza di certezza dei rapporti giuridici) accoglie il principio dei limiti cronologici del giudicato materiale, in base al quale il giudicato non copre i fatti verificatisi in un momento in cui non possono più "fare ingresso nel processo": v. ad es. L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., 1074, § 153 Rdnr. 5. D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 322 Rdnr. 135 e P. GOTTWALD, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 322 Rdnr. 172 affermano la vigenza del principio anche con riferimento al giudicato "a contenuto processuale".

giudicato formale se non impugnata, non è idonea al giudicato sostanziale in quanto non è definitiva – non è conclusiva, cioè, del grado di giudizio dinanzi al giudice che l'ha pronunciata. L'affermazione a contenuto processuale ivi contenuta, pertanto, non è coperta dall'effetto di *ne bis in idem* che caratterizza il giudicato materiale; se, dunque, dopo la pronuncia della sentenza “intermedia” il processo non dovesse proseguire o si arrestasse successivamente senza giungere al suo sbocco fisiologico (la sentenza di merito), l'accertamento sulla capacità contenuto nella *Zwischenurteil* non potrebbe impedire al giudice di un eventuale secondo processo fra le medesime parti di tornare a decidere sulla questione. Va precisato, tuttavia, che, benché l'affermazione processuale contenuta nella *Zwischenurteil* non sia idonea al giudicato “esterno”, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritengono che su di essa si formi il giudicato “interno”, e che dunque la sussistenza della capacità non possa più essere messa in discussione nell'ambito di quel medesimo processo una volta che la *Zwischenurteil* sia passata in giudicato formale²²⁹;

- se è pronunciata *Prozess- Endurteil* di rigetto per difetto della capacità processuale di una parte e tale sentenza diviene non più impugnabile, l'affermazione di tale difetto è coperta da giudicato materiale. Ciò con la conseguenza che l'effetto negativo-preclusivo impedisce la riproposizione di identica causa fra le medesime parti a situazione di fatto immutata (oppure, detto altrimenti, l'identica causa è da dichiararsi inammissibile in ragione del presupposto processuale negativo del precedente giudicato);

- meno chiare sono le ripercussioni del passaggio in giudicato formale di una sentenza di merito, sia essa di accoglimento oppure di rigetto, sulla possibilità di riesaminare, in un secondo processo fra le medesime parti e con identico *Streitgegenstand*, la sussistenza della capacità in capo alle parti. Parte della dottrina tedesca ritiene che ciò sia impedito dal giudicato implicito sull'ammissibilità della domanda formatosi con il passaggio in giudicato della sentenza di merito; altra parte degli interpreti ritiene invece che in questo caso non vi sia preclusione al riesame della questione – a meno che l'affermazione della sussistenza della *Prozessfähigkeit*

²²⁹ La dottrina parla di *innere Bindungswirkung* dell'accertamento processuale contenuto nella *Zwischenurteil*: v. H. PRÜTTING, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 280 Rdnr. 10. Cfr. anche D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 280 Rdnr. 28.

(e così l'ammissibilità della domanda) non sia esplicitata nella motivazione della stessa *Sachurteil*.

CAPITOLO TERZO

L'ONERE DELLA PROVA DELLA *PROZESSFÄHIGKEIT* (PROFILO ISTRUTTORIO)

Dopo aver ricostruito il concetto di *Prozessfähigkeit* nell'ordinamento tedesco (profilo definitorio) e aver seguito i contorni delle categorie che la nozione delinea (profilo soggettivo), dopo aver indagato sulle funzioni che essa svolge (profilo statico) e su come il suo difetto o il dubbio sulla sua presenza condiziona lo svolgimento del processo (profilo dinamico), si passa ora ad affrontare l'ultimo dei profili d'interesse della capacità processuale menzionati nel capitolo d'apertura, vale a dire il profilo "istruttorio", che riguarda la capacità come oggetto di allegazione e di prova.

Come si è già visto, infatti, la capacità assume rilevanza non solo come elemento condizionante rispetto all'incedere del processo e rispetto ai suoi atti; l'interprete è chiamato a confrontarsi con essa anche come oggetto dell'accertamento giudiziale, come "materia" di trattazione e di istruzione probatoria, come questione su cui – in presenza o in assenza di prove – il giudice è chiamato a decidere.

Benché il profilo istruttorio sia strettamente connesso con gli altri appena esaminati, e in particolare con quello "dinamico" (è nel contesto della più volte menzionata *Zulassungsstreit* che l'istruttoria sulla capacità, da un punto di vista logico, si inserisce), ad esso si è scelto di dedicare un autonomo capitolo.

Le ragioni di questa trattazione separata sono essenzialmente due.

In primo luogo, il profilo in questione va a toccare – in maniera più consistente rispetto agli altri finora trattati – importanti temi di teoria generale del processo che fuoriescono dai confini della capacità processuale e che riguardano, in generale, la ripartizione dei poteri di allegazione e prova fra il giudice e le parti nell'ambito del rilievo d'ufficio e l'onere della prova dei presupposti processuali.

In secondo luogo, mentre la dottrina italiana – come si è detto nel capitolo introduttivo¹ – ha dimostrato scarsissimo interesse per il profilo in questione, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi nel contesto tedesco, si presenta estremamente ricco e articolato; ciò rende opportuno dedicare al tema un'attenzione

¹ Cfr. cap. I par. 6.

particolare, nel tentativo di ricostruire tale dibattito nella maniera più completa e sistematica possibile.

Nell'affrontare il profilo istruttorio della capacità processuale si è voluto mantenere la distinzione classica operata dalla dottrina processualistica tedesca fra onere della prova soggettivo e onere della prova oggettivo²: nel primo concetto (*subjektive Beweislast* o *Beweisführungslast*) si intendono ricomprese le problematiche riguardanti i soggetti che operano nel processo ai quali spetta introdurre i fatti da provare e offrirne le prove; la nozione di onere oggettivo (*objektive Beweislast* o *Feststellungslast*) ha invece come perno il problema della decisione sul fatto incerto e dell'individuazione di una regola che permetta al giudice di giudicare in mancanza di prova.

SEZIONE A) - CAPACITÀ E ONERE DELLA PROVA "SOGGETTIVO"

1. *Il rilievo d'ufficio del difetto della capacità processuale e le questioni che esso pone. Posizioni espresse dalla dottrina e dalla giurisprudenza sull'onere di allegazione dei fatti, sulle regole applicabili al procedimento probatorio e sull'onere di iniziativa probatoria (Beweisführungslast)*

Si è visto nel capitolo precedente che la "lite sulla capacità" (la c.d. *Zulassungsstreit*) si apre quando, nel corso di processo, emergono dei dubbi sulla sussistenza della capacità processuale di una parte e si rende necessario procedere al suo accertamento. Si è pure accennato al fatto che questi "dubbi" possono sorgere in seguito al rilievo formulato da una delle parti, ma che anche il giudice, in assenza di qualsiasi eccezione di parte, facendo uso dei poteri conferitigli può rilevare d'ufficio il difetto della capacità.

Ebbene, questi poteri sono attribuiti al giudice dal § 56 comma 1° ZPO, rubricato *Prüfung von Amts wegen*, norma che sancisce espressamente la rilevabilità

² Su cui v. ad es. L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 11 ss., che ripercorre lo sviluppo di questa concettualizzazione. È da notare che in luogo delle espressioni *subjektive* e *objektive Beweislast* oppure *Beweisführungslast* (che letteralmente significa "onere di addurre le prove") e *Feststellungslast* ("onere di accertamento") la dottrina è solita anche parlare di *formelle* e *materielle Beweislast*.

ex officio non soltanto della mancanza di capacità processuale, ma anche del difetto della capacità di essere parte (*Parteifähigkeit*), del difetto di legittimazione del rappresentante legale e della mancanza di autorizzazione di quest'ultimo alla conduzione del processo.

La disposizione, peraltro, non fa altro che mettere nero su bianco una regola più generale unanimemente riconosciuta nel panorama tedesco, sia in dottrina che in giurisprudenza: quella della rilevabilità d'ufficio della sussistenza/insussistenza delle *Prozessvoraussetzungen*³.

Dal chiaro dettato normativo – oltre che dalle solide e incontestate ricostruzioni della dottrina – un dato emerge dunque con chiarezza: nell'ordinamento tedesco il giudice non è vincolato alle affermazioni delle parti sulla sussistenza della capacità processuale, ma ha dei poteri propri che gli consentono di “far luce” sul punto.

Non altrettanto chiaro è in che cosa consistano questi poteri e, in breve, quale sia il significato effettivo dell'espressione *Prüfung von Amts wegen* (traducibile come “rilievo d'ufficio”) utilizzata dal legislatore. Se e in che modo il giudice possa intervenire nella sfera che attiene all'introduzione in giudizio dei fatti rilevanti e nella sfera della prova di tali fatti; se, come contropartita a questo potere d'intervento del giudice, i poteri delle parti subiscano delle limitazioni; come sia regolata e a quali principi risponda l'assunzione dei mezzi di prova nell'ambito della *Prüfung von Amts wegen*; se il rilievo d'ufficio (qualunque sia il significato che gli deve essere attribuito) possa essere effettuato sempre, senza limiti di tempo, o se vi sia una termine oltre il quale non può più essere compiuto: ecco le principali questioni che il rilievo d'ufficio della capacità processuale pone e che la norma contenuta nel § 56 ZPO non contribuisce a chiarire.

Nel silenzio del dettato normativo, lo sforzo ricostruttivo del significato di *Prüfung von Amts wegen* è stato compiuto dai formanti dottrinale e giurisprudenziale; prassi e *Rechtslehre* sono giunte a soluzioni condivise su alcuni punti, mentre su altri hanno assunto (e mantengono tutt'oggi) posizioni difformi. Si cercherà ora di ricostruire questo vivace e articolato dibattito, prendendo in esame

³ R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56, rn, 1.

per prime le questioni su cui gli interpreti hanno raggiunto un sostanziale accordo, per poi sviscerare quelle più complesse e ancora oggi dibattute.

Anzitutto, fra gli interpreti vi è assoluta concordia sul fatto che la *Prüfung von Amts wegen* della capacità processuale comporta, per il giudice, il *dovere* di comunicare alle parti i propri dubbi sulla sussistenza della capacità: più precisamente, l'oggetto di tale dovere non si esaurisce in una semplice "attività di informazione" ma comprende anche l'obbligo di esortare le parti a "contovertere" e ad attivarsi per fornire la prova della capacità o dell'incapacità⁴. Questo primo importante tassello che va a riempire di significato il concetto di "rilievo d'ufficio" di cui al § 56 ZPO, è riferibile, peraltro, non soltanto al rilievo della capacità processuale, ma in generale a tutti i casi di rilievo d'ufficio conosciuti dall'ordinamento processuale tedesco: è ciò che stabilisce in maniera inequivoca il § 139 Abs. 3 ZPO, disposizione che – come si è visto in precedenza⁵ – attribuisce al giudice poteri di coordinamento e conduzione "attiva" del processo. Si può insomma affermare con certezza che, quando il giudice dubita della capacità processuale di una parte non può tacere la questione e attendere che siano le parti ad attivarsi, ma deve anzitutto richiamare la loro attenzione e sollecitare il contraddittorio sul punto.

Oltre che sull'attività che il giudice è chiamato a svolgere, un punto fermo nel dibattito sul rilievo d'ufficio della capacità processuale vi è anche per ciò che riguarda il potere dispositivo delle parti: è indubbio che la capacità processuale (così come gli altri presupposti processuali rilevabili d'ufficio) non può essere oggetto di confessione⁶ né di accordi processuali fra le parti (*Prozessvereinbarungen*), e che nessun rilievo ai fini dell'affermazione o della negazione della *Prozessfähigkeit* può avere la non contestazione dei suoi presupposti di fatto o la contumacia di una parte⁷. In breve, le parti non hanno alcun potere di disporre della prova sulla capacità e

⁴ Così B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Schwartz, 1966, 149; nello stesso senso W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 56 Rdnr. 2; L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 77 Rdnr. 45, 407; M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 56 Rdnr. 4.

⁵ Cfr. cap. II sez. C) par. 4.

⁶ Per meglio dire, si ritiene che la confessione sulla capacità processuale e sui presupposti processuali in generale possa eventualmente valere come elemento di prova: v. D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 288, Rdnr. 18.

⁷ Cfr. D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., Vor § 128 Rdnr. 169: la contumacia, nell'ambito del rilievo di ufficio in generale (dunque non soltanto per la *Prozessfähigkeit*), non equivale a *facta confessio*, come altrimenti la regola generale di cui al § 331 Abs. 1° ZPO imporrebbe.

nessuna tattica processuale può influire sulla necessità di procedere al suo accertamento⁸.

È interessante notare, a questo proposito, come l'indisponibilità sia ritenuta direttamente collegata agli scopi che l'istituto della capacità persegue e alle situazioni soggettive che essa mira a tutelare. Autorevole dottrina⁹ ha sostenuto, infatti, che la protezione della parte incapace (consistente nell'evitare che i suoi interessi siano pregiudicati da una difesa in giudizio inappropriata) non costituisce l'unica *ratio* che sta a fondamento della figura della *Prozessfähigkeit*: accanto ad essa va considerato anche l'intento di garantire la controparte dell'incapace¹⁰ – la quale ha certamente interesse affinché il giudicato a sé favorevole non possa in seguito essere aggredito e “spazzato via” da un'azione di nullità per incapacità¹¹ – e l'intera collettività – che sopporta i costi dell'apparato giurisdizionale e ha perciò interesse ad avere processi rapidi ed efficienti, che si chiudano con decisioni stabili¹². Il fatto che “i dubbi del giudice [*sulla capacità processuale, ndr.*] non possono essere cancellati dagli atti di disposizione delle parti (accordi processuali, non contestazione, confessione)”¹³ è considerato dunque come un effetto della molteplicità di situazioni e interessi alla cui tutela la capacità processuale è preposta.

Un altro elemento su cui la dottrina¹⁴ e la giurisprudenza¹⁵ si trovano concordi è il tempo in cui il rilievo d'ufficio dell'incapacità processuale può

⁸ Si parla infatti dell'assenza di qualsiasi potere di disposizione sulla “necessità di prova” (*Beweisnotwendigkeit*) della capacità processuale: D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 6; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 56 Rdnr. 3; B. RIMMELSPACHER, *op. cit.*, 33. Nello stesso senso della dottrina citata v., in giurisprudenza, BGH, NJW, 1995, 1032.

⁹ B. RIMMELSPACHER, *op. cit.*, 70-71, e nello stesso senso R. LUKES, *Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozessvertreter*, in ZZP 69, 1956, 144 ss..

¹⁰ B. RIMMELSPACHER, *op. cit.*, 70, parla di “*Schutzgedanke*”.

¹¹ Si fa riferimento alla già più volte menzionata impugnazione straordinaria costituita dalla *Nichtigkeitsklage* per incapacità, proponibile dall'incapace, ai sensi del § 579 nr. 4 ZPO, su cui v., più approfonditamente, nt. 98 di questo capitolo.

¹² V. R. LUKES, *Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozessvertreter*, cit., 147.

¹³ L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 77 Rdnr. 47, 407. L'Autore traccia, sotto questo profilo, la distinzione fra presupposti processuali disponibili, come la competenza del giudice adito (*Zuständigkeit*) e presupposti processuali indisponibili, come la capacità processuale appunto, la legittimazione ad agire (*Prozessführungsbefugnis*), l'interesse ad agire (*rectius*, interesse all'accertamento: è il c.d. *Feststellungsinteresse*), i presupposti di ammissibilità delle impugnazioni ordinarie e straordinarie.

¹⁴ V. ad esempio: M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 56 Rdnr. 2; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 37; R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 4.

avvenire: costantemente e unanimemente si afferma che il difetto della capacità può essere rilevato in ogni stato e grado del procedimento, dunque anche in fase di impugnazione, inclusa la *Revision*¹⁶. Questa nozione estesa di *Prüfung von Amts wegen*, che ricomprende anche i gradi di giudizio successivi al primo, ha anche un corollario in termini di formazione del giudicato “interno”: essa comporta che non si possa mai formare un giudicato “implicito” sulla sussistenza della capacità processuale per il solo fatto che sia stata pronunciata una sentenza di merito successivamente impugnata per motivi diversi dal difetto di capacità. In altre parole, la conseguenza di un rilievo d’ufficio sempre possibile consiste in ciò, che l’affermazione implicita della capacità processuale contenuta in una sentenza di merito non può mai precludere l’esame della questione in un successivo grado di giudizio.

Se si eccettuano le questioni sinora menzionate, sui restanti tasselli che compongono il significato da attribuire alla *Prüfung von Amts wegen* di cui al § 56 ZPO si registrano contrasti (più o meno estesi e profondi) fra gli interpreti. Questi, sostanzialmente, i punti oggetto di controversia, in ordine di complessità crescente:

- se il giudice, nell’ambito del rilievo d’ufficio della capacità, possa introdurre o fare riferimento a fatti che non sono stati allegati dalle parti (a);

- se la prova disposta d’ufficio dal giudice conduca ad un’istruttoria deformalizzata, in deroga alla disciplina dettata dalla ZPO in tema di assunzione dei mezzi di prova (c.d. *Freibeweis*) o se, all’opposto, non influisca sulla applicabilità delle disposizioni ordinarie della ZPO (c.d. *Strengbeweis*)¹⁷(b);

- se il giudice, per verificare la sussistenza della capacità, abbia il potere o financo il dovere di disporre prove d’ufficio nel caso in cui le parti non si attivino per provare la capacità o l’incapacità, oppure nel caso in cui, a seguito dell’istruttoria esperita su richiesta delle parti, non si raggiunga la “prova provata” della capacità o del suo difetto (c).

¹⁵ V. ad es. BGH, ZZP, 1997, 109, ove si parla di “in jeder Lage des Rechtsstreits zu prüfende Prozessfähigkeit”; BGH, NJW 1983, 996, 997; BGH, NJW-RR 1986, 157.

¹⁶ W. F. LINDACHER, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*, si sofferma sul problema della necessità di eventuali nuovi accertamenti di fatto sulla capacità nel caso in cui il rilievo avvenga in sede di *Revisioninstanz*.

¹⁷ Sulla distinzione fra *Strengbeweis* e *Freibeweis* v. L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 110, Rdnr. 7-11, 615.

Com'è evidente, il punto sub a) attiene alla sfera dell'introduzione in giudizio dei fatti (c.d. *Tatsacheneinführung*), mentre gli altri due punti attengono più propriamente alla sfera della prova: il quesito b) riguarda i principi ispiratori e le regole applicabili al procedimento probatorio, mentre il quesito c) attiene precisamente alla c.d. *Beweisführungslast*, cioè all'onere della prova soggettivo, all'individuazione del soggetto su cui grava l'onere di offrire le prove di una determinata circostanza.

a) Al quesito cioè “a chi spetta introdurre in giudizio i fatti rilevanti ai fini della capacità processuale o dell'incapacità” la dottrina maggioritaria ha risposto e tuttora risponde in questi termini: il rilievo d'ufficio (sia della capacità processuale, sia di altri presupposti processuali) non incide in alcun modo sul dominio assoluto che le parti hanno in questa sfera, e dunque il giudice non può autonomamente introdurre nel processo fatti relativi alla capacità o all'incapacità di una parte¹⁸. La *Prüfung von Amts wegen* non includerebbe, dunque, il potere di condurre autonomamente “indagini” sui fatti e non comporterebbe alcuna deroga al principio dispositivo (la c.d. *Verhandlungsgrundsatz*) – che quindi, per ciò che concerne la sfera dei fatti¹⁹, rimarrebbe pienamente operante anche nell'ambito del rilievo d'ufficio.

In senso parzialmente difforme, un autorevole esponente della *Rechtslehre*, pur convenendo che “rilievo d'ufficio non significa indagine d'ufficio nel senso [dell'applicazione, ndr.] del principio inquisitorio”²⁰, ha sostenuto che il dominio esclusivo delle parti nella sfera del fatto non copra *tutti* i fatti rilevanti nell'ambito della *Prüfung von Amts wegen*: mentre quelli su cui si fonda la *ammissibilität* della domanda potrebbero “fare ingresso” nel processo soltanto attraverso le allegazioni delle parti, sarebbe invece consentito al giudice introdurre i fatti (di segno contrario) che conducono alla *inammissibilität* della domanda stessa.

Il fondamento di questa tesi – rimasta minoritaria – sarebbe da rinvenire nel più volte menzionato § 139 Abs. 3 ZPO, che impone al giudice il dovere di

¹⁸ L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 77 Rdnr. 45, 407; T. ODA, *op. cit.*, 51; B. RIMMELSPACHER, *op. cit.*, 150; R. STÜRNER, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, Tübingen, 1982, 43.

¹⁹ Il *Verhandlungsgrundsatz* (cui si contrappone il *Untersuchungsgrundsatz*) riguarda sia l'allegazione dei fatti sia la prova degli stessi: v. ad esempio L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 77 Rdnr. 45 ss, 407.

²⁰ D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., Vor 128 Rdnr. 168.

comunicare alle parti i propri dubbi sull'ammissibilità della domanda: il giudice sarebbe tenuto, in base a tale norma, non soltanto a sollecitare il dibattito sugli elementi di diritto, ma anche e soprattutto a richiamare l'attenzione delle parti sui fatti, inclusi quelli secondari, da cui potrebbe emergere l'inammissibilità; ed in ciò sarebbe implicito il potere di introdurre autonomamente in giudizio tali fatti, a prescindere dalla circostanza se essi abbiano o meno fatto ingresso nel processo ad opera delle parti. Il giudice non potrebbe, dunque, far riferimento a circostanze non allegare, volte a dimostrare la sussistenza della *capacità*, ma potrebbe invece riferirsi a fatti rimasti estranei al materiale di causa che mostrerebbero il *difetto* della capacità; in questo limitato ambito il divieto di *scientia privata* del giudice non troverebbe applicazione²¹.

Le considerazioni e i rilievi della dottrina minoritaria non hanno fatto breccia nella prassi delle corti e, in definitiva, il dibattito sulla *Tatsacheneinführung* è rimasto confinato su un piano esclusivamente teorico: la giurisprudenza tedesca ha sposato in blocco la tesi della dottrina maggioritaria e ha ritenuto che il potere di introdurre in giudizio circostanze di fatto finalizzate al rilievo della capacità o dell'incapacità processuale, rimanga di dominio esclusivo delle parti²².

In ogni caso, se si focalizza l'attenzione sul rilievo d'ufficio riferito alla capacità processuale, tenendo a mente le caratteristiche peculiari che tale presupposto processuale presenta, non sembra che l'adesione all'orientamento minoritario potrebbe condurre a soluzioni radicalmente diverse, nella prassi, rispetto a quelle cui si giunge applicando la tesi maggioritaria. La *Prozessfähigkeit*, infatti, è un presupposto processuale con un'alta "componente umana", direttamente legato alle condizioni psicofisiche della persona, ed è ragionevole e verosimile ritenere che nessuno meglio delle parti – neppure il giudice dotato di autonomi poteri di indagine – possa conoscere (e quindi introdurre nel processo) i fatti rilevanti ai fini della prova della sua sussistenza o insussistenza. Appare invece un'eventualità remota quella per cui il giudice arrivi a dubitare della capacità di una parte basandosi su fatti di cui

²¹ Si rammenta che il principio del divieto di *scientia privata* è generalmente riconosciuto ed operante nell'ordinamento processuale tedesco: v. a questo proposito quanto si è detto nel cap. II sez. C) par. 2; cfr. sul punto L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., 762, § 111, Rdnr. 25 ss.

²² V. ad esempio BGH NJW 2001, 1581, 1582.

viene a conoscenza autonomamente, su fatti – cioè – che non sono “entrati” nel processo attraverso le allegazioni delle parti.

b) e c) Se ci si sposta dall'ambito dell'allegazione a quello della prova della *Prozessfähigkeit*, si assiste invece a una forte contrapposizione fra il formante dottrinale, compatto in un senso, e quello giurisprudenziale, massicciamente orientato in senso opposto.

La posizione del BGH è volta in maniera decisa a riconoscere al giudice un ruolo forte e incisivo nell'istruzione probatoria della capacità processuale.

Con riguardo alle modalità di assunzione della prova e alle prove esperibili per acclarare la capacità processuale (quesito b), il BGH²³ ritiene che il giudice, nel suo compito di “fare chiarezza” sulla capacità dubbia, non sia vincolato a seguire il rigido e formale procedimento probatorio stabilito dalla ZPO²⁴. In ragione dell'interesse pubblico sotteso alla necessità di accertare la capacità processuale, nonché in ossequio del principio di economia processuale²⁵, il regime applicabile all'istruzione probatoria nella *Zulassungsstreit* dovrebbe seguire i canoni del c.d. *Freibeweis*, tipico del processo penale (contrapposto al c.d. *Strengbeweis* che ordinariamente opera nel processo civile): il procedimento probatorio sarebbe libero, deformalizzato, e soprattutto aperto alle prove atipiche²⁶.

Sul punto, peraltro, l'orientamento della Suprema Corte tedesca non diverge da quello seguito per l'intera categoria dei presupposti processuali²⁷.

Ancora più radicale è la posizione assunta dalla giurisprudenza tedesca con riferimento alla questione dell'onere di iniziativa probatoria o onere della prova soggettivo (quesito c). Il giudice che nutre dei dubbi sulla capacità processuale di una parte sarebbe *tenuto* a fare tutto il possibile per accertarne la fondatezza o l'infondatezza; non sarebbe vincolato alle istanze istruttorie presentate dalle parti ma, all'opposto, sarebbe chiamato a disporre d'ufficio tutte le prove ritenute opportune

²³ V. ad esempio BGH, NJW 2000, 290 e BGH, NJW 1987, 2875, 2876.

²⁴ Si tratta delle regole dettate dalla ZPO per la c.d. *Beweisaufnahme*, regolata dai §§ 355-484.

²⁵ Al principio di *Prozessökonomie* fa riferimento, ad esempio, la pronuncia del BGH, NJW 1987, 2875, 2876.

²⁶ Cfr., sul significato di *Freibeweis*, L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 110 Rdnr. 7-11. Al tema è anche stato dedicato un approfondito (anche se piuttosto datato) studio monografico: E. PETERS, *Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess*, Köln, Berlin, 1962.

²⁷ Per la vigenza del modello del *Freibeweis* nell'accertamento dei presupposti processuali (diversi dalla capacità), v. ad es. BGHZ 143, 122, 124; BGH, NJW 1987, 2875.

ed utili per eliminare le incertezze²⁸. In altre parole il giudice, indipendentemente dagli sforzi probatori delle parti, avrebbe un vero e proprio *dovere* (si parla infatti di *prozessuale Pflicht*²⁹) di “fare tutto il possibile” per giungere alla prova positiva della capacità o del suo difetto. A questo dovere sarebbero ricollegate, poi, importanti conseguenze: una decisione sulla capacità basata sull'onere della prova sarebbe da considerarsi legittima soltanto quando, anche in seguito all'esperimento di prove disposte d'ufficio, il giudice non fosse in grado di affermare o negare la sussistenza della capacità³⁰; il venir meno a questo *prozessuale Pflicht* da parte del giudice si tradurrebbe in un vizio processuale (*Verfahrensfehler*) che determina l'invalidità della sentenza e ne giustifica l'annullamento³¹.

Va notato che, su quest'ultimo punto, la posizione della corte sulla prova della *Prozessfähigkeit* si differenzia nettamente non solo rispetto all'orientamento assunto sulla prova del merito, ma anche rispetto a quello relativo agli altri presupposti processuali, per l'accertamento dei quali al giudice è normalmente riconosciuto un *potere* discrezionale e insindacabile di disporre prove d'ufficio³², mai un dovere.³³

²⁸ Esemplici per la loro chiarezza in questo senso sono le pronunce del BGH, NJW 2000, 289 ss. e BGH, ZJP, 1997, 110, 109 ss.

²⁹ BGH ZJP, 1997, 110, 111, dove si fa riferimento esplicito a una “prozessuale Pflicht zur Beweiserhebung”.

³⁰ V. BGH, NJW 2000, 290, che dopo aver affermato il dovere del giudice di disporre prove d'ufficio per acclarare la capacità dubbia, prosegue dichiarando: “verbleiben nach Erschöpfung aller [corsivo mio, ndr.] erschliessbaren Erkenntnisquellen hinreichende Anhaltspunkte für eine Prozessunfähigkeit, so gehen etwa noch vorhandene Zweifel nach der ständigen Rechtsprechung des BGH zu Lasten der betroffenen Partei”. Nello stesso senso BGH NJW 1962, 1510 e BGH ZJP 109 ss. (spec. 110).

³¹ BGH, ZJP, 1997, 109 ss., spec. 111, dove la sentenza d'appello viene annullata proprio perché il giudice della *Berufung* aveva pronunciato sulla capacità in applicazione della regola dell'onere della prova, mentre secondo il BGH avrebbe dovuto disporre d'ufficio una consulenza medico-psichiatrica diretta a far luce sulle condizioni psichiche della parte e così ad accertare la sussistenza della sua *Prozessfähigkeit* (“Diese prozessuale Pflicht zur Beweiserhebung von Amts wegen hat das Berufungsgericht verkannt [...] Das Berufungsurteil war daher aufzuheben”).

³² V. ad esempio, fra le più recenti, BGH, NJW-RR 2000, 1156, e BGH, NJW 2001, 1581, 1582, che afferma che la rilevabilità d'ufficio (relativa, in questo caso, alla decadenza dal termine per motivare la *Berufung*) non significa l'operatività del *Untersuchungsgrundsatz* e non significa che i fatti costitutivi (*Sachverhalt*) debbano essere oggetto di indagine e di prova officiosa. Cfr. D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., Vor § 128 Rdnr. 171 e 174.

³³ Va notato, peraltro, che proprio questo differente trattamento della capacità processuale rispetto agli altri presupposti mette in luce un profilo di debolezza della tesi sostenuta dal BGH. Questa la critica di Leipold (D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., Vor § 128 Rdnr. 172): il BGH afferma che il giudice è tenuto a disporre d'ufficio tutte le prove atte a dimostrare la capacità “poiché che si tratta di un presupposto processuale”; con quest'inciso la corte, anziché offrire un solido punto d'appoggio al pensiero esposto, presta il fianco alle critiche, dato che, sotto questo profilo, la capacità processuale non è affatto trattata allo stesso modo degli altri presupposti per la decidibilità nel merito.

La dottrina unanime si pone in netto contrasto con l'orientamento del BGH e respinge in coro sia l'affermata applicabilità del c.d. *Freibeweis*, sia l'idea che il giudice sia gravato del dovere di disporre prove d'ufficio a supplenza dell'iniziativa delle parti, e che, dunque, contemporaneamente queste ultime siano sgravate dell'onere di "impulso probatorio".

Il rigetto opposto dalla dottrina alle soluzioni offerte dalla giurisprudenza e al modello radicale di *Prüfung von Amts wegen* da quest'ultima accolto, si fonda, ad avviso di chi scrive, su argomentazioni valide e persuasive, che lo stesso BGH, nelle molteplici occasioni in cui si è pronunciato sul punto, non è riuscito a smentire.

Riguardo al primo aspetto (sub b), il rifiuto del modello del *Freibeweis*³⁴ da parte della quasi totalità degli autori è perlopiù motivato in base del fatto che un suo accoglimento porterebbe alla sostanziale disapplicazione dei principi di immediatezza (§ 355 ZPO) e di pubblicità nei confronti delle parti (§ 357 ZPO, *Parteiöffentlichkeit*), con conseguente compromissione del diritto di queste ultime alla partecipazione al procedimento di assunzione delle prove (diritto che si ricava sempre dal § 357 ZPO³⁵); tale compromissione non sarebbe peraltro giustificata dalla tutela di altri interessi meritevoli di protezione, e certamente non dall'ossequio al principio di economia processuale (cui il BGH ha fatto talvolta riferimento a sostegno del modello del *Freibeweis*³⁶). Non vi sarebbero, insomma, ragioni sufficienti per derogare alle regole dettate dal codice di rito sul procedimento probatorio e per dare ingresso a prove ivi non previste.

Relativamente al tema dell'onere della prova soggettivo (sub c), la dottrina attribuisce al rilievo d'ufficio di cui al § 56 ZPO un significato che sta, per così dire, a metà strada fra il principio dispositivo (*Verhandlungsmaxime*) e quello inquisitorio (*Untersuchungsmaxime*)³⁷: da un lato, alle parti sarebbe sottratto il potere di

³⁴ E. PETERS, *Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess*, op. cit., 133; B. RIMMELSPACHER, op. cit., 171; R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 7; D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., Vor § 128 Rdnr. 174; T. ODA, *Anmerkung zu BGH 9.1.1996*, in ZZZP 1997, 115-117; T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 51.

³⁵ T. ODA, *Anmerkung zu BGH 9.1.1996*, in ZZZP, 1997, 117; D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., Vor § 128 Rdnr. 174.

³⁶ V. ad es. BGH 9.7.1987 cui fa riferimento T. ODA, op. ult. cit., 117.

³⁷ Affermazione, questa, (v. spec. T. ODA, op. ult. cit., 114: "Prüfung von Amts wegen liegt [...] zwischen Verhandlungs- und Amtsermittlungsgrundsatz") che ha qualche assonanza con quella di F. CARNELUTTI, *La prova civile, Parte generale, Il concetto giuridico della prova*, Milano, rist. 1992,

disposizione delle prove, in ragione dell'interesse pubblico sotteso alla necessità di verificare la capacità (o il suo difetto) – elemento, questo, tipico della *Untersuchungsmaxime*; dall'altro lato, però, la sfera del fatto e della prova rimarrebbe essenzialmente di dominio delle parti, sulle quali graverebbe in via esclusiva l'onere di offrire le prove dei fatti allegati, e in capo al giudice non vi sarebbe alcun dovere di ricercare la prova della capacità, ma semmai un potere discrezionale di disporre prove d'ufficio – così come avviene in qualsiasi processo regolato dalla *Verhandlungsmaxime*³⁸. In definitiva, nessun dovere avrebbe il giudice oltre a quello di richiamare l'attenzione delle parti sulla capacità che appare incerta, ai sensi del § 139 Abs. 3 ZPO³⁹.

In un certo senso, la dottrina sembra cercare e trovare nella soluzione descritta, nella commistione fra elementi propri del modello dispositivo ed elementi propri del modello inquisitorio, il giusto equilibrio fra la “componente” di interesse pubblico che l'istituto della capacità processuale sottende (cui è connessa la necessità di fare il possibile per giungere a un effettivo accertamento della sua sussistenza ed evitare una decisione sulla base dell'onere della prova), e l'opportunità di non far ricadere sulle spalle del giudice un compito gravoso e, al contempo, controproducente (per il pericolo che conduca alla deresponsabilizzazione delle parti). In quest'ottica, uno spostamento dell'onere di iniziativa probatoria dalle parti al giudice si rivela privo di giustificazione: l'interesse pubblico sotteso all'accertamento della capacità è salvaguardato in ogni caso poiché, per un verso,

21, secondo cui, in relazione ai presupposti processuali, “il principio dispositivo è soverchiato in notevole misura dal principio di officialità”, ma non sino ad essere totalmente escluso.

³⁸ Così B. RIMMELSPACHER, *op. cit.*, 33; T. ODA, *op. ult. cit.*, 114; T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 51; L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 77 Rdnr. 45, 407, D. LEIPOLD, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., Vor § 128 Rdnr. 171 e rRdnr. 168; P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 56 Rdnr. 5; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 56 Rdnr. 2.

³⁹ V. tutta la dottrina citata nella nota precedente e in particolare T. ODA, *Anmerkung zu BGH 9.1.1996*, in ZZP 1997, 115. Come si è accennato nel cap. I par. 7, la dottrina italiana non si è occupata in maniera approfondita del significato da attribuire al rilievo d'ufficio della capacità processuale; benché, dunque, il quadro delle opinioni espresse sia piuttosto scarno e frammentario, sembra tuttavia possibile individuare un pensiero maggioritario in linea con la posizione della *Rechtslehre* tedesca, orientato ad escludere che il giudice abbia un obbligo di disporre prove *ex officio* al fine di raggiungere la *probatio probata* della capacità (o di un altro presupposto rilevabile d'ufficio) che le parti non sono riuscite ad ottenere (così, fra gli autori più risalenti G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 658 ss., spec. 737-738; G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 400; quindi F. TOMMASEO, voce *Capacità processuale*, cit., 4; recentemente P. NAPPI, *sub art. 75*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice*, cit., 864 e DE LUCA, *Sulla prova dei presupposti processuali (a proposito della legittimazione ad processum)*, cit., 11 ss., spec. nt. 21.)

alle parti è sottratto il potere di disporre delle prove sulla capacità e, per altro verso, il giudice ha comunque il potere di ordinare prove *ex officio* laddove lo reputi necessario. In sintesi, seguendo il lineare percorso argomentativo tracciato dalla dottrina, si giunge alla seguente conclusione: il fatto che il *potere* di iniziativa probatoria officiosa rimanga tale e non si trasformi in un *dovere* è sufficiente (ai fini della tutela dell'interesse generale) e al contempo necessario (per evitare di sgravare le parti dell'onere di iniziativa probatoria e così deresponsabilizzarle).

Rimane a questo punto da chiedersi se la linea seguita dal BGH, benché priva di valide giustificazioni logiche e teoriche, sia motivata da ragioni pratiche di *efficacia* nel raggiungimento della prova; se, in altri termini, il conferimento al giudice di un dovere di iniziativa probatoria sia veramente decisivo per il positivo accertamento della capacità o dell'incapacità, e dunque per evitare una decisione sulla base dell'onere della prova, laddove l'iniziativa probatoria delle parti si sia dimostrata carente.

Anche a questo interrogativo la dottrina⁴⁰ risponde in senso negativo, contraddicendo *in toto* le motivazioni offerte dalla giurisprudenza a sostegno della propria linea. Le argomentazioni dottrinali appaiono, pure in questo caso, convincenti.

Ebbene, se il dubbio sulla capacità è dato da un'incertezza sull'età della parte, una prova disposta d'ufficio – per esempio una richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione (si parla di *Anfrage* allo *Standesamt*) – potrebbe, teoricamente, essere utile per far luce sul punto; in pratica, tuttavia, l'età di una persona è un fatto in genere facilmente accertabile, e l'eventualità che le parti non riescano a fornire alcuna prova positiva della capacità o del suo difetto e che il giudice, per evitare una decisione sulla base dell'onere della prova, debba intervenire con prove d'ufficio, appare estremamente rara.

Diversa e ben più frequente è invece l'eventualità che il dubbio sulla capacità riguardi le condizioni mentali di una parte (la c.d. *Geisteskrankheit*) e che le prove offerte dalle parti falliscano nell'intento di dimostrare i numerosi presupposti di fatto richiesti dal § 104 nr. 2 BGB. In questo caso il giudice, esercitando i suoi poteri istruttori officiosi, ben potrebbe disporre una consulenza medico-psichiatrica (nella

⁴⁰ Ci si riferisce a T. ODA, *Anmerkung zu* BGH 9.1.1996, in ZZP 1997, 116.

forma della *Begutachtung durch Sachverständige*, §§ 402 ss. ZPO⁴¹) al fine di accertare, ad esempio, l'infermità mentale patologica e le sue ripercussioni sulla libera volontà della parte. Tuttavia, se quest'ultima opponesse il proprio rifiuto a sottoporsi all'accertamento, il giudice non avrebbe alcuno strumento coercitivo per imporglielo – visto che, secondo l'opinione concorde della giurisprudenza e della dottrina, la perizia medico-psichiatrica rappresenta un'ingerenza in una sfera altamente intima e personale e non può essere effettuata in modo coattivo⁴². Pertanto, la consulenza medico-psichiatrica disposta dal giudice d'ufficio (così come quella eventualmente disposta su istanza di parte) non potrebbe essere esperita di fronte al fermo rifiuto della parte di sottoporvisi e – in assenza di altre prove che dimostrino la capacità o il suo difetto – la decisione sulla capacità in applicazione della regola dell'onere della prova costituirebbe una via obbligata.

In definitiva, la prova disposta dal giudice d'ufficio non appare decisiva ai fini dell'accertamento della capacità processuale: essa può essere efficace nei casi più semplici (quelli in cui il dubbio riguarda la minore età della parte), nei quali, peraltro, altrettanto efficaci possono essere le prove *ex parte*; non è invece “risolutiva” nei casi più complessi (quelli in cui il dubbio riguarda la possibile infermità mentale della parte), in cui essa incontra gli stessi limiti delle prove richieste dalle parti. Pertanto, l'esistenza di un dovere del giudice di attivarsi per giungere alla prova della capacità anche al di fuori delle regole e dei limiti previsti dalla ZPO, così come teorizzata dal BGH, oltre che criticabile per le malferme basi teoriche su cui poggia, appare anche di dubbia utilità pratica.

⁴¹ In entrambi i casi, tuttavia, la *Begutachtung* per l'accertamento della capacità processuale può essere disposta soltanto dopo l'audizione personale della parte (*persönliche Anhörung*): così L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 77 Rdnr. 31, 223; nello stesso senso BGH NJW-RR 2009, 1223 (Rz. 6).

⁴² Così D. ADOLPH, A. FOSTER, *Prozessfähigkeit und unerwünschte Prozesse*, in *BtPrax*, 2005, 129: l'accertamento coatto sarebbe possibile soltanto ai sensi del § 372a ZPO per l'accertamento della paternità e in materia di *Betreuung* (v. § 68b Abs. 3 e § 70e FGG). V. in tal senso: P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 56 Rdnr. 6 e Vor § 371 Rdnr. 6, 8; T. ODA, *op. ult. cit.*, 115-117; W. ZIMMERMANN, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 372a Rdnr. 17, che parla di un vero e proprio *Duldungspflicht* in questi casi. Nella giurisprudenza v. OLG Frankfurt, NJW –RR 1992, 763, 765; BayObLG MDR 1972, 871; BGH, NJW 1962, 1511.

SEZIONE B) - CAPACITÀ E ONERE DELLA PROVA “OGGETTIVO”

1. *Premessa*

Come si è visto nel paragrafo precedente, non è esclusa l'eventualità che le prove esperite per acclarare se la parte è *prozessfähig* – sia che si tratti di prove disposte d'ufficio, sia che si tratti di prove su istanza di parte – non conducano al risultato sperato, e cioè non consentano di stabilire né la sussistenza della capacità processuale né il suo difetto. È possibile, insomma, che la “questione capacità”, al termine dell'istruttoria effettuata nella *Zulassungsstreit*, rimanga incerta.

Poiché è indubbio che il giudice deve pervenire a una decisione anche in questo caso – il divieto di *non liquet* vige anche nell'ordinamento tedesco, e riguarda tanto il merito della causa quanto le questioni di rito⁴³ – occorre capire come questa decisione vada presa e che direzione debba avere⁴⁴.

Il problema che ci si pone attiene al tema dell'onere “oggettivo” riferito alla capacità processuale. L'interrogativo al quale si cercherà di rispondere nel corso della presente sezione riguarda l'esistenza nell'ordinamento tedesco di una regola di giudizio applicabile in caso di mancata prova positiva della *Prozessfähigkeit* e di mancata prova negativa del suo difetto.

Va detto subito che nella ZPO tedesca – non diversamente che nel nostro codice di rito – non vi è alcuna disposizione normativa che affronti il problema specifico (o dalla quale si possano ricavare indicazioni sul tema) dell'onere della prova della capacità processuale; e anche allargando lo sguardo all'intero *genus* dei presupposti processuali, cui la *Prozessfähigkeit* appartiene, nel diritto positivo non si rinviene traccia di indicazioni in proposito. L'indagine che si effettuerà nelle pagine

⁴³ Si parla a tal proposito di *Rechtsverweigerungsverbot* (divieto di diniego di giustizia), come di un corollario del *Justizgewährungsanspruch*, sancito dall'art. 101 I 32 GG: v. P. GOTTWALD, *Grundprobleme der Beweislastverteilung*, Jura 1980, 225; L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 115 Rdnr.1.

⁴⁴ Il tema dell'onere della prova come noi lo intendiamo prende il nome, nell'ordinamento tedesco, di *objektive Beweislast* (onere della prova “oggettivo”). La ragione dell'attributo “oggettivo” si rinviene nella contrapposizione con la *subjektive Beweislast* (onere della prova soggettivo), la quale ultima afferisce alla tematica dell'onere di iniziativa probatoria (chi ha l'onere di introdurre i mezzi di prova) e si riferisce al rapporto parti-giudice. Cfr. sul punto nt. 2 di questo capitolo.

seguenti si fonda, pertanto, sull'attività interpretativa e sulle elaborazioni concettuali del formante dottrinale e della giurisprudenza.

Il dibattito sull'onere della prova riferito alla *Prozessfähigkeit* e, più concretamente, la fisionomia della regola di giudizio applicabile nel caso di incertezza sulla capacità, saranno ricostruiti seguendo due diversi percorsi: in primo luogo si esaminerà per sommi capi il panorama di opinioni espresse dagli interpreti sul tema dell'onere della prova dei presupposti processuali in generale; in secondo luogo si analizzeranno le posizioni assunte riguardo all'onere della prova della capacità negoziale (la *Geschäftsfähigkeit* di cui ai §§ 104 ss. BGB), che è il "parente più prossimo" della *Prozessfähigkeit* nel diritto sostanziale. Le idee e le visioni attinte dai due diversi percorsi andranno poi a intersecarsi e a concatenarsi per offrire un quadro il più possibile esaustivo delle soluzioni offerte dagli interpreti al problema specifico dell'onere probatorio della capacità processuale.

Benché il riferimento al *genus* dei presupposti processuali, da un lato, e alla capacità negoziale, dall'altro, possa apparire intuitivo, alcune precisazioni in proposito sembrano comunque opportune.

Anzitutto, è importante sottolineare che, fra il dibattito sull'onere della prova della categoria delle *Prozessvoraussetzungen* e quello sull'onere della prova della capacità processuale è intercorso un legame biunivoco e vi è stata un'influenza reciproca: è vero infatti che il primo (la disputa sul *genus*) ha condizionato il secondo (la disputa sulla *species*) e che gli argomenti spesi sul piano generale a sostegno delle soluzioni proposte hanno avuto impiego anche sul piano particolare, cioè sul piano specifico della *Prozessfähigkeit*; ma è vero anche che il dibattito sulla regola di giudizio applicabile all'intera categoria dei presupposti processuali ha spesso attinto proprio dal dibattito sulla *species* "capacità processuale" e si è alimentato delle opinioni espresse in quel contesto particolare.

Si può dunque affermare che il progressivo sviluppo del dibattito sull'onere della prova riferito alle *Prozessvoraussetzungen* non ha sempre seguito un percorso di tipo deduttivo (dal generale al particolare) ma talvolta è proceduto in maniera induttiva (dal particolare al generale, dove il particolare è appunto la *Prozessfähigkeit*): la capacità processuale, molto più di altri presupposti, ha rappresentato il concreto terreno di scontro delle diverse teorie sull'onere della prova

dei presupposti processuali elaborate dalla dottrina ed è stata, per così dire, la cartina di tornasole per vagliarne la validità.

Perché proprio la *Prozessfähigkeit*, nel grande insieme delle *Prozessvoraussetzungen*, abbia giocato un ruolo importante nella costruzione di una teoria generale dell'onere della prova dei presupposti processuali, è una questione che gli interpreti non sembrano porsi – quanto meno, non in maniera esplicita. A chi scrive sembra però che, se si guarda alle caratteristiche specifiche della capacità processuale, così come delineata dal combinato disposto delle disposizioni della ZPO e del BGB, una risposta si delinea spontaneamente: l'eventualità che il dubbio sulla capacità processuale all'esito dell'istruttoria non sia chiarito, che dunque permanga l'incertezza e che – in definitiva – la questione debba essere decisa applicando la regola sull'onere della prova, non è affatto remota ed è certamente più probabile rispetto ad altri presupposti processuali. Più precisamente, mentre è piuttosto inverosimile che non si riesca ad acclarare se una parte è minore o maggiore di età, è assolutamente possibile e non infrequente che l'istruttoria non riesca a far luce sulle condizioni psichiche della parte e sulla sussistenza dell'infermità mentale patologica richiesta dal § 104 nr. 2 BGB per poter dichiarare che una parte è *prozessunfähig*⁴⁵. In questo caso, infatti, la complessità della prova della *Geisteskrankheit* e la sua estrema delicatezza – che legittima, per esempio, il rifiuto della parte di sottoporsi ad accertamento medico-psichiatrico – rendono tutt'altro che improbabile l'eventualità che, esaurita l'istruttoria, sia la sussistenza dei presupposti di cui al § 104 nr. 2 BGB, sia la loro insussistenza, risultino indimostrate. Si può dire, dunque, che è lo stesso modo di essere della *Prozessfähigkeit*, i tratti fondamentali della sua fisionomia, a renderla un “terreno ideale” per indagare sull'onere della prova dei presupposti processuali e per “testare” in concreto la bontà delle teorie formulate sul piano generale.

Abbastanza intuitivo è, poi, il riferimento all'onere della prova della capacità negoziale. Come si è visto, infatti, il legislatore della ZPO ha forgiato la capacità processuale sul modello della capacità negoziale, imprimendo alla prima i medesimi “tratti somatici” della seconda: è sull'estensione soggettiva di tale figura che si ritagliano i contorni soggettivi della *Prozessfähigkeit*, e il ruolo che essa ricopre

⁴⁵ V. anche, in questo senso, H. J. MUSIELAK, *Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozessfähigkeit*, NJW, 1997, 1739 nt. 38.

all'interno della dinamica contrattuale costituisce il termine di paragone per delineare il ruolo che la *Prozessfähigkeit* riveste nel meccanismo processuale. In ragione di questo stretto legame fra piano sostanziale e piano processuale, fra l'attitudine soggettiva a concludere contratti e l'attitudine soggettiva a compiere e ricevere atti processuali efficaci, anche un'indagine sulla regola di giudizio applicabile alla *Prozessfähigkeit* non può prescindere dall'osservazione delle "interazioni" fra *Geschäftsfähigkeit* e onere della prova.

2. *La regola di giudizio applicabile ai presupposti processuali in generale. L'onere generale in capo all'attore quale punto di convergenza di differenti percorsi argomentativi*

Al tema dell'onere della prova dei presupposti processuali e, in termini più concreti, al problema dell'individuazione della regola applicabile nel caso di incertezza sull'esistenza di una *Prozessvoraussetzung*, la dottrina tedesca, nell'arco di oltre un secolo, si è sempre mostrata sensibile.

Da a Leonhard⁴⁶ a Rosenberg⁴⁷, fino a Rimmelpacher⁴⁸, i maggiori autori che si sono occupati del tema dell'onere della prova, anche in maniera tangenziale⁴⁹, si sono interrogati anche sulle declinazioni che esso viene ad assumere se riferito alle questioni processuali e, in particolare alla categoria delle condizioni di decidibilità della causa nel merito.

Se si osserva il panorama di opinioni espresse sul tema non si può fare a meno di notare una certa continuità di pensiero, un nucleo comune alle soluzioni offerte dai vari autori: il pensiero generale era ed è tuttora quello secondo cui le

⁴⁶ F. LEONHARD, *Die Beweislast*, 2. Aufl., Berlin, 1926, 422 ss.

⁴⁷ L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, 5. Aufl., München, 1965, 391 ss. (III Insbesondere die sog. Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse).

⁴⁸ B. RIMMELSPACHER, *Die Prüfung von Amts wegen*, cit., 174 ss. ("§ 13 Die Beweislastverteilung bei den prozessualen Urteilerlassvoraussetzungen"). Ma v. anche D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen Zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Berlin 1966, 107 ss., e H. J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1965, 323 ss., che hanno affrontato nello specifico il tema della prova della capacità processuale.

⁴⁹ Mi riferisco qui alla monografia di B. RIMMELSPACHER, *Die Prüfung von Amts wegen*, cit., che non è dedicata al tema dell'onere della prova, e in cui, tuttavia, l'Autore si sofferma ampiamente sul criterio di ripartizione dell'onere probatorio dei presupposti (*rectius*, di quelle che l'Autore chiama *Urteilerlassvoraussetzungen*).

conseguenze negative della mancata prova di un presupposto (*rectius*, di una condizione di decidibilità nel merito) devono essere sopportate dalla parte che mira ad ottenere la pronuncia sul merito – dunque, nella generalità dei casi, dalla parte che ha proposto la domanda⁵⁰.

La presenza di questo tratto comune alle varie opinioni espresse non è, tuttavia, indice di assenza di contrasti o di uniformità di vedute. Va evidenziato, infatti, che questo minimo comune denominatore è il prodotto di impostazioni diversissime, di percorsi concettuali molto lontani fra loro, e spesso anche di soluzioni non del tutto coincidenti.

La via più conosciuta e ancora oggi più calpestata è quella che fa riferimento alla c.d. *Normentheorie*⁵¹, cioè la teoria “normativa” cui fa capo Leo Rosenberg per inquadrare il tema generale dell’onere della prova. Secondo la teoria normativa⁵² le norme dell’ordinamento giuridico sarebbero fra loro intimamente connesse e si completerebbero a vicenda; rispetto a un determinato effetto giuridico vi sarebbero norme costitutive (*rechtsbegründende Normen*), norme impeditive (*rechtshindernde*) e norme estintive (*rechtvernichtende*) ed esse, nel loro reciproco interagire, nel completarsi e contrastarsi a vicenda (si parla di *Zusammenwirken verschiedener Rechtssätze*), andrebbero a formare la “vicenda normativa”⁵³ completa di una determinata fattispecie. Sarebbero le stesse norme sostanziali applicabili al caso concreto a stabilire, in base alla loro formulazione, anche la ripartizione dell’onere della prova (la c.d. *Beweislastverteilung*): i presupposti di fatto della norma costitutiva andrebbero provati dalla parte che fa valere l’esistenza del diritto, i presupposti di fatto della norma impeditiva e estintiva dovrebbero invece essere

⁵⁰ La constatazione che questo sia un dato generalmente riconosciuto e comune alle varie teorie sull’onere della prova si ritrova sia in L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 391 (“es ist allgemein anerkannt,...”), sia in B. RIMMELSPACHER, *Die Prüfung von Amts wegen*, cit., 175 (che parla di “einhellige Auffassung”), sia, più recentemente, in L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 93 Rdnr. 35. La giurisprudenza, in linea generale, concorda con la soluzione secondo cui è l’attore la parte gravata dell’onere della prova dei presupposti processuali: v. ad es. BGH, NJW 2000, 289, 290 (nella sentenza si fa riferimento all’onere della prova della capacità processuale).

⁵¹ La teoria di Rosenberg è generalmente conosciuta con il nome di *Normentheorie* (v. H. J. MUSIELAK, *Die Beweislast*, cit., 286); F. LEONHARD, *op. cit.*, 84 ss. l’aveva invece denominata *Minimaltheorie*, in contrapposizione alla sua *Vollständigkeitstheorie*.

⁵² I suoi tratti fondamentali sono delineati dal suo principale sostenitore, Leo Rosenberg, in L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 98 ss. Un sunto efficace della *Normentheorie* di Rosenberg è quello effettuato da H. J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast*, cit., 286 ss.

⁵³ Per esprimere questa completezza data dal reciproco completarsi delle norme, L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 105, utilizza l’interessante concetto di *Ergänzungsnorm*.

provati dalla parte che, all'opposto, ne lamenta l'inesistenza⁵⁴. In breve, ciascuna parte avrebbe l'onere di provare gli elementi di fatto richiesti dalla norma a sé favorevole, di cui chiede l'applicazione.

Questa impostazione generale viene mantenuta anche per la prova dei presupposti processuali⁵⁵. Anche in quest'ambito occorrerebbe distinguere fra *Sachurteilvoraussetzungen* di carattere positivo (fra cui rientrerebbero ad esempio la legittimazione ad agire, la giurisdizione, la competenza, il bisogno di tutela giuridica, la capacità di essere parte, la capacità processuale, la legittimazione del rappresentante legale) e di carattere negativo (come la litispendenza e il precedente giudicato): le prime sarebbero previste da norme *costitutive* del diritto alla decisione sul merito, mentre le norme disciplinanti le seconde opererebbero quali norme *impeditiva* rispetto al sorgere di tale diritto. Le circostanze di fatto alla base dei presupposti processuali positivi dovrebbero dunque essere provate dalla parte che intende ottenere una pronuncia sul merito: di regola, quindi, dall'attore; dal convenuto, invece, soltanto nel caso in cui l'attore rimanga contumace (§ 330 ZPO⁵⁶) o rinunci alla domanda (§306 ZPO⁵⁷) e sia il convenuto a chiedere il rigetto della

⁵⁴ In Italia la teorizzazione generale effettuata da Rosenberg è stata accolta e seguita in parte da Gian Antonio Micheli nella sua importante monografia sul tema dell'onere della prova (G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit.). Come per Rosenberg, anche per Micheli occorre sempre tener ben distinta la fase della valutazione delle prove dalla decisione sul fatto incerto, ed è necessario guardare al diritto sostanziale per dare rilevanza agli elementi della fattispecie ai fini dell'onere della prova: è il diritto civile a stabilire quali fatti sono da qualificare come costitutivi e quali come impeditivi rispetto al diritto fatto valere (v. *loc. cit.*, 281). Micheli, tuttavia, si discosta dal pensiero di Rosenberg laddove afferma che le indicazioni provenienti dal diritto sostanziale non sono sufficienti a individuare la regola di giudizio applicabile in caso di mancata prova e che la ripartizione del carico probatorio non può essere determinata se non in base alla "posizione occupata dalle parti nel processo rispetto all'effetto giuridico richiesto" e "tenendo conto della pretesa avanzata da ciascuna" (*loc. cit.*, 370). In altri termini, Micheli sostiene che mentre la qualifica dei fatti è da desumersi dalla norma sostanziale (in accordo con Rosenberg), la concreta ripartizione del carico probatorio avviene invece in base alla "concreta pretesa" che le parti fanno valere in giudizio, e dunque in base alla "posizione processuale che le parti rivestono" (*loc. cit.*, 417).

Quanto al tema specifico dell'onere della prova dei presupposti processuale, si è già accennato nel capitolo introduttivo (cap. I par. 7) al fatto che Micheli (non diversamente dal resto della dottrina italiana) non dedica all'argomento che poche considerazioni. Le sue conclusioni non sembrano essere dissimili da quelle cui perviene Rosenberg: per i presupposti processuali rilevabili d'ufficio è l'attore a dover sopportare l'onere della prova dei presupposti (che egli chiama onere "primario"), è l'attore la parte chiamata a "dimostrare la legalità della via perseguita" (*loc. cit.*, 401); per i presupposti rilevabili solo su eccezione di parte l'onere ricadrebbe invece sul convenuto.

⁵⁵ L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 391 ss.

⁵⁶ La *Versäumnisurteil gegen den Kläger* è emessa quando l'attore non compare all'udienza di trattazione orale ("Erscheint der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht,...") e il convenuto fa richiesta (*auf Antrag*) di sentenza contumaciale di rigetto (nel merito) della domanda.

⁵⁷ Si tratta dell'istituto (sconosciuto al nostro ordinamento) della rinuncia alla "pretesa" fatta valere in giudizio (*Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch*).

domanda nel merito. I presupposti negativi, fondati su una norma impeditiva, dovrebbero invece essere provati dalla parte che ha interesse ad impedire una pronuncia sul merito: e dunque dal convenuto. Stesso trattamento dei presupposti negativi avrebbero, poi, le c.d. *Prozesshindernisse*⁵⁸ – presupposti non rilevabili d'ufficio ma solo su eccezione di parte (fra i quali Rosenberg annovera ad es. l'eccezione di compromesso): le norme che li prevedono sarebbero anch'esse da considerarsi norme impeditive, ed essi andrebbero dunque provati dalla parte che vuole impedire la decisione sul merito.

A una conclusione simile in punto di ripartizione dell'onere della prova dei presupposti processuali, pur partendo da premesse diversissime da quelle della *Normentheorie*, erano giunti anche i sostenitori della c.d. *Vollständigkeitsstheorie*⁵⁹ (teoria della completezza). In base ad essa, ciascuna parte dovrebbe provare *tutte* le circostanze richieste dalla legge perché l'effetto giuridico (*Rechtswirkung*) che fa valere in giudizio possa prodursi, e in caso di incertezza su una soltanto di tali circostanze il giudice dovrebbe considerare tale effetto come non prodottosi. In quest'ottica, non vi sarebbe alcuna distinzione funzionale fra norme costitutive, impeditive, estintive, e dunque fra fatti costitutivi del diritto e fatti che ne impediscono il sorgere o che lo fanno venir meno: le *rechtshindernde Normen* non divergerebbero dalle *rechtsbegründende Normen* se non per la loro formulazione (negativa anziché positiva); in realtà, entrambe avrebbero un contenuto affermativo e una portata costitutiva rispetto all'effetto giuridico invocato in giudizio. La parte che fa valere un determinato diritto – di regola, l'attore – dovrebbe perciò fornire sia la

⁵⁸ L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 393. È opportuno rilevare che la distinzione fra *Prozessvoraussetzungen* e *Prozesshindernisse* è stata recepita dalla dottrina italiana: cfr. ad esempio G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., 57, che, con riferimento ai presupposti processuali non rilevabili d'ufficio (per i quali “è rimesso al convenuto di chiedere che non si proceda”), afferma che “alcuni quindi considerano giustamente questi presupposti a sé, sotto il nome di *eccezioni processuali*”, e fra esse annovera “la litispendenza, il compromesso, l'inesecuzione della precedente sentenza”. L'Autore, tuttavia, non fa riferimento alcuno al tema dell'onere della prova dei fatti che stanno alla base di tali eccezioni. Chi invece esprime un parere sul punto è G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 401-402: per “quegli “impedimenti” ad una trattazione e decisione nel merito che fondano in generale nel convenuto [...] il potere di opporre un'eccezione in senso proprio” l'onere della prova ricadrebbe sul convenuto stesso; Micheli conclude, tuttavia, che in concreto “non è sempre agevole addivenire a una soddisfacente classificazione dei vari fatti processuali” come fatti impeditivi (costituenti eccezioni in senso stretto e da provarsi dal convenuto) o fatti costitutivi (per cui opera la regola dell'onere “primario” in capo all'attore).

⁵⁹ La *Vollständigkeitsstheorie* è stata teorizzata da F. LEONHARD, *op. cit.*, 84 ss. Per un una sintesi del pensiero di Leonhard e dei suoi seguaci v. H. J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast*, *op. cit.*, 283 ss.

prova dell'esistenza dei presupposti (positivi) che ne determinano la nascita, sia la prova dell'inesistenza dei presupposti (negativi) che ne impediscono il sorgere o che ne inibiscono il successivo dispiegarsi⁶⁰. Questa conclusione varrebbe non soltanto per le circostanze di fatto su cui si fonda il diritto sostanziale azionato, ma anche per le condizioni di decidibilità della causa nel merito. Le *Sachurteilvoraussetzungen* rappresenterebbero, infatti, condizioni richieste dalla legge affinché l'effetto giuridico "a contenuto processuale" fatto valere dall'attore, ossia la pronuncia sul merito, possa prodursi: sarebbe quindi l'attore a doverne fornire la prova – eccettuato il caso in cui questi rimanga contumace o rinunci alla domanda, e contestualmente il convenuto chieda una pronuncia di rigetto nel merito⁶¹.

Come si vede, in termini strettamente pratici la conclusione cui perviene la *Vollständigkeitstheorie* diverge da quella della *Normentheorie* soltanto per quel che riguarda i presupposti negativi della litispendenza e del precedente giudicato, della cui prova sarebbe onerato sempre l'attore – secondo la prima – e non il convenuto – come invece sostiene la seconda. Per tutti gli altri presupposti – fra cui rientra anche la capacità processuale – le soluzioni delle due scuole non si differenziano: sarebbe sempre l'attore costituitosi in giudizio a dover dimostrare la sussistenza delle condizioni richieste dalla legge affinché si possa avere una pronuncia sul merito.

Un percorso ancora diverso per giungere all'affermazione di un generale onere probatorio in capo all'attore per la prova dei presupposti processuali, è quello seguito dai sostenitori dell'unicità dell'oggetto del giudizio, la cui posizione in tema di presupposti processuali e regola probatoria applicabile non deriva da una teorizzazione generale sull'onere della prova, ma rappresenta l'immediato riflesso della fisionomia attribuita allo *Streitgegenstand*⁶². Come noto, secondo questa dottrina, fra pronunce di rito e pronunce di merito non esisterebbe distinzione di oggetto, ma soltanto una distinzione di concreto contenuto; vi sarebbe dunque una sostanziale "saldatura"⁶³ fra rito e merito, e la pronuncia di rito in nulla divergerebbe da quella di merito (neppure in punto di passaggio in giudicato) se non per i motivi

⁶⁰ F. LEONHARD, *op. cit.*, 138 ss., 145 ss.

⁶¹ F. LEONHARD, *op. cit.*, 422 ss.

⁶² Si fa riferimento, in particolare, a B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, cit., 174 ss.

⁶³ Termine utilizzato da C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, 199 per indicare la ricongiunzione operata da Rimmelspacher fra rito e merito.

concreti e contingenti che la determinano; “ammissibilità” e “fondatezza” dovrebbero essere inquadrati non come oggetti di cognizioni separate, ma come “quesiti di rilievo parziale, la cui soluzione è destinata a confluire in un ulteriore riassuntivo interrogativo”⁶⁴, quello della fruttuosità della tutela richiesta dall’attore che ha proposto la domanda. Partendo da queste premesse, non avrebbe più senso parlare di *Sachurteilvoraussetzungen*, cioè di presupposti per la decisione nel merito – categoria che implica l’esistenza di un accertamento separato sul rito, precedente all’accertamento del merito, e la duplicità dell’oggetto del giudizio. L’unica categoria dotata di autonomia concettuale e di giustificazione pratica e teorica sarebbe quella delle *Urteilerlassvoraussetzungen*⁶⁵ o *Klageerfolgsvoraussetzungen*⁶⁶: insieme unitario di presupposti di diritto processuale (*prozessuale Voraussetzungen*) e di diritto sostanziale (*materiell-rechtliche Voraussetzungen*) che l’ordinamento giuridico richiede affinché possa essere accordata la tutela giurisdizionale richiesta e, dunque, la domanda proposta possa essere accolta.

Questa ricostruzione, che ha come perno l’unitarietà dello *Streitgegenstand*, ha delle evidenti ripercussioni sul piano dell’onere della prova. In primo luogo, non si potrebbe più parlare di una regola di giudizio per i presupposti processuali in contrapposizione a una regola di giudizio per il merito – visto che la distinzione fra rito e merito è pressoché azzerata – ma soltanto di una regola probatoria unica, valida in modo generale per tutte le *Klageerfolgsvoraussetzungen*, cioè per tutti i presupposti di fruttuosità della domanda – e quindi tanto per quelli di diritto sostanziale quanto per quelli di diritto materiale. In secondo luogo, sarebbe la stessa qualificazione dei presupposti come di condizioni di *fruttuosità* della domanda, cioè di presupposti per la pronuncia di una sentenza di *accoglimento*, a determinare in maniera automatica la

⁶⁴ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, cit., 196, che così riassume la teorizzazione di Rimmelspacher sullo *Streitgegenstand*.

⁶⁵ B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen*, cit., 121 e in tutto il prosieguo della monografia. Qui l’Autore chiarisce che con il concetto di *Urteilerlassvoraussetzung* si intendono i presupposti di diritto materiale e processuale che devono essere presenti perché (e prima che) possa essere pronunciata una sentenza di accoglimento (*stattgebendes Urteil*).

⁶⁶ L’espressione *Klageerfolgsvoraussetzung* è utilizzata dall’Autore in B. RIMMELSPACHER, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, Göttingen, 1970, 169 nt. 2 e ID., *Prozessvoraussetzungen in der Revisioninstanz*, ZZP 88 (1975), 246. Giustamente C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., 199 nt. 130 rileva come l’espressione *Klageerfolgsvoraussetzung* sia più plastica e chiara rispetto a quella *Urteilerlassvoraussetzung* per indicare presupposti “non per l’emanazione di una qualunque sentenza, ma solo di una sentenza favorevole”.

ripartizione dell'onere della loro prova: poiché è l'attore la parte interessata all'accoglimento della domanda, sarebbe questi a doverli provare. Questa conclusione varrebbe per tutte le *Klageerfolgsvoraussetzungen*, senza eccezione per quei presupposti che la *Normentheorie* aveva definito "negativi" (la litispendenza e il giudicato: anch'essi dovrebbero essere provati dalla parte che chiede l'accoglimento della domanda⁶⁷) e varrebbe anche nel caso di contumacia dell'attore o di rinuncia alla domanda (perché anche in questo caso non potrebbe addossarsi l'onere di provare circostanze per l'accoglimento della domanda ad un soggetto – il convenuto – che chiede proprio il contrario, cioè una pronuncia di rigetto)⁶⁸. In definitiva, l'attore sarebbe onerato senza eccezioni della prova di tutte le *prozessuale Klageerfolgsvoraussetzungen* – e, fra esse, anche della prova della capacità processuale⁶⁹.

Come si vede, pur partendo da punti di vista molto diversi, le dottrine esaminate sono pervenute a conclusioni sostanzialmente analoghe: sia che si parli di *Sachurteilvoraussetzungen*, cioè di presupposti per la decidibilità della causa nel merito, sia che si faccia riferimento alla categoria generale delle *Klageerfolgsvoraussetzungen*, cioè delle condizioni (sostanziali e processuali) per la pronuncia di una sentenza di accoglimento della domanda, è tendenzialmente l'attore la parte cui spetta dimostrarne la sussistenza, ed è dunque sull'attore che gravano le conseguenze della loro mancata prova.

Certo, la sovrapposizione fra le conclusioni cui le differenti teorie dottrinali sono pervenute non è totale: in base alla *Normentheorie* questa regola non vale per i presupposti "negativi", per le *Prozesshindernisse*, e per l'ipotesi di contumacia o rinuncia alla domanda da parte del convenuto (eccezione, quest'ultima, riconosciuta anche dalla *Vollständigkeitstheorie*); secondo l'impostazione della dottrina che afferma l'unitarietà dell'oggetto del giudizio, invece, tale conclusione è valida sempre, per tutti i presupposti di fruttuosità della domanda, e indipendentemente dalla condotta processuale delle parti.

⁶⁷ B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen*, cit., 185.

⁶⁸ B. RIMMELSPACHER, *Prüfung von Amts wegen*, cit., 177: "beweisbelastet ist bei den prozessualen Voraussetzungen vielmehr allein der Kläger, und er bleibt es auch, wenn er säumig ist".

⁶⁹ L'Autore, peraltro, dedica al tema dell'onere della prova della *Prozessfähigkeit* un'attenzione particolare in ragione della disputa (particolarmente vivace soprattutto negli anni in cui Rimmelspacher ha scritto la sua monografia) sulla regola di giudizio ad essa applicabile: V. B. RIMMELSPACHER, *Prüfung von Amts wegen*, cit., 180-181.

Tuttavia, se si circoscrive l'indagine all'ambito della capacità processuale (che comunque rientrerebbe fra i presupposti processuali rilevabili d'ufficio e *positivi*) e alle ipotesi più frequenti nella pratica, in cui è l'attore costituito a chiedere una pronuncia sul merito, il dato che ne deriva è una totale sovrapposibilità di risultati.

3. *L'onere della prova della capacità negoziale. Chi contesta la capacità è chiamato a dimostrarne il difetto: genesi ed evoluzione di una regola risalente*

La seconda direttrice di ricerca che ci si è proposti di seguire, al fine di ricostruire in maniera sistematica il dibattito sull'onere della prova della capacità processuale, è quella che riguarda la capacità negoziale e le opinioni espresse sulla regola di giudizio ad essa applicabile.

In proposito, il primo dato da evidenziare è che il codice civile tedesco non ha preso posizione sul punto: non vi è nel BGB alcuna disposizione che espressamente si preoccupi di chiarire come il giudice debba decidere nel caso in cui la prova della *Geschäftsfähigkeit* – e, al contempo, anche la prova della *Geschäftsunfähigkeit* – non sia stata raggiunta. Nel silenzio del dettato normativo, il dibattito sull'argomento ha visto direttamente coinvolti i formanti giurisprudenziale e (soprattutto) dottrinale.

Un secondo dato che occorre subito mettere in luce è che, se si fotografa il panorama attuale delle posizioni assunte dagli interpreti sul tema della regola di giudizio applicabile alla capacità negoziale, ne emerge un quadro di assoluta uniformità: la dottrina civilistica unanime, seguita dalla giurisprudenza⁷⁰, appare consolidata nell'affermare che la sussistenza della capacità negoziale ai sensi dei §§ 104 ss. BGB non richiede di essere dimostrata in termini positivi, e che, al contrario, è il difetto della capacità – totale (la *Geschäftsunfähigkeit*) o parziale (la *beschränkte Geschäftsfähigkeit*) – a dover essere provato. In altre parole, secondo gli interpreti è la parte che fa valere il difetto di capacità⁷¹ – sia esso dovuto a minore età, a

⁷⁰ V. ad es.: OLG München, FamRZ 2010, 756, 757; OLG München, FGPrax 2010, 29, 30; BGH, NJOZ 2004, 3894; BAG, NJW 1994, 2501, 2502; BverwG, NJW 1994, 2633, 2634; BGH, WM 1984, 1063, 1064; BayObLG, Rpfleger 1982, 286; BayObLG MDR 1968, 149; BGH, WM 1965, 895, 896.

⁷¹ Gli autori che si sono occupati del tema in esame (che saranno citati nelle note successive) hanno fatto riferimento precipuo all'ipotesi in cui il difetto di capacità negoziale sia fatto valere dal

Betreuung con *Einwilligungsvorbehalt* ovvero a infermità mentale – ad essere gravata dell'onere probatorio di tali circostanze.

Se questa tesi appare oggi incontrastata, va rilevato però che, nell'arco dell'ultimo secolo, il tema dell'onere della prova della capacità negoziale non è stato privo di contrasti e che le risposte fornite al problema della regola di giudizio applicabile non sono sempre state concordi.

Dalla ricostruzione del dibattito sull'onere della prova della *Geschäftsfähigkeit* effettuata da Rosenberg⁷², si evince che, al principio del secolo scorso, la tesi secondo cui è il difetto della capacità negoziale (e non la sua sussistenza) a dover essere provato, era generalmente riconosciuta e indiscussa; tanto indiscussa che i lavori preparatori al BGB motivavano come “non necessario” l'inserimento di un'apposita norma che mettesse nero su bianco una regola già costantemente applicata⁷³. Con l'entrata in vigore del BGB, e con l'affacciarsi di nuove ricostruzioni teoriche del tema dell'onere probatorio, questa certezza ha cominciato a incrinarsi e a essere messa in discussione.

Chi per primo ha effettuato una ricostruzione alternativa rispetto quella tradizionale sono stati i sostenitori della già menzionata *Vollständigkeitsstheorie*⁷⁴ – la teoria dell'onere della prova in base alla quale la parte che fa valere in giudizio un diritto deve fornire sia la prova dell'esistenza dei presupposti (positivi) che ne determinano la nascita, sia la prova dell'inesistenza dei presupposti (negativi) che ne impediscono il sorgere. In base a questa linea di pensiero, che non riconosceva autonomia concettuale ai fatti impeditivi, la sussistenza della capacità negoziale doveva sempre essere provata dalla parte che propone la domanda (dunque di regola dall'attore), in quanto circostanza costitutiva del diritto fatto valere⁷⁵.

convenuto in via di eccezione, a fronte, ad esempio, di una domanda di adempimento contrattuale svolta nei suoi confronti. Ciò non esclude, tuttavia, che la *Geschäftsunfähigkeit* possa costituire la ragione su cui si fonda la pretesa dell'attore (che propone, ad esempio, una domanda di accertamento negativo della nullità del contratto ai sensi del § 105 BGB): in questo caso, naturalmente, applicando la regola di giudizio descritta, è l'attore la parte su cui ricade l'onere della prova, in quanto parte interessata a provare il difetto della capacità negoziale.

⁷² L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 337 ss.

⁷³ Alle argomentazioni contenute nella prima bozza del BGB (Motive zum Entwurf I § 194) fa riferimento sempre L. ROSENBERG, *op. cit.*, *loc. ult. cit.*

⁷⁴ Come si è già visto nel paragrafo precedente, si tratta dell'orientamento che fa capo a F. LEONHARD, *op. cit.* 84 ss. I tratti fondamentali della *Vollständigkeitsstheorie* sono ricostruiti da H. J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast*, cit., 283 ss.

⁷⁵ Salvo poi prevedere delle attenuazioni al carico probatorio dell'attore, sulla base della considerazione che, normalmente, se la capacità contestata è quella del convenuto, è questi il soggetto

In contrasto con la tesi tradizionale si è posta anche, per tutt'altri motivi, una parte autorevole della dottrina che ha ritenuto opportuno distinguere, ai fini dell'onere della prova, fra incapacità per infermità mentale (la *Geisteskrankheit* descritta dal § 104 nr. 2 BGB) e incapacità per minore età. Si è sostenuto che, nel caso in cui il dubbio attiene alla possibile *Geisteskrankheit* della parte, sarebbe il difetto di capacità (e dunque l'infermità mentale patologica) a dover essere provato dalla parte che lo eccepisce (normalmente, il convenuto); nel caso in cui, invece, il dubbio concerne l'età della parte, oggetto di prova sarebbe la maggiore età e l'onere ricadrebbe, dunque, sulla parte che ha interesse ad affermare la sussistenza della capacità (di regola, l'attore)⁷⁶.

Sulle ragioni di tale distinzione non vi è stata, tuttavia, uniformità di pensiero.

Qualcuno⁷⁷ ha spiegato la necessità di differenziare la prova dell'incapacità per *Geisteskrankheit* e prova dell'incapacità per minore età nei seguenti termini: la *Geisteskrankheit* sarebbe una sopravvenuta modifica (*Veränderung*) della normale condizione di sanità mentale, allo stesso modo in cui la maggiore età rappresenterebbe un sopraggiunto cambiamento della preesistente condizione di minore età; poiché ogni alterazione della condizione preesistente dovrebbe essere provata da chi la afferma, oggetto di prova dovrebbero essere la malattia mentale (dunque l'incapacità), da un lato, e la maggiore età (dunque la capacità), dall'altro.

Secondo altri⁷⁸, invece, il fondamento di questo *discrimen* sarebbe da individuare, in una considerazione di comune esperienza⁷⁹. In base al principio dell'*id quod plerumque accidit*, l'infermità mentale rappresenterebbe un'eccezione, un'anomalia, un caso straordinario, e al contrario la "sanità mentale" (l'assenza di infermità) costituirebbe la regola, la normalità, l'ordinarietà; sarebbe perciò logico e

più vicino alla prova: v. L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 338 che descrive (e critica) gli espedienti utilizzati da Leonhard per attenuare il carico probatorio in capo all'attore.

⁷⁶ Questo è stato sostenuto (come si vedrà, sulla base di differenti argomentazioni) da autori come K. HELLWIG, *System des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1912, I, 475, 476; S. SCHLOSSMANN, *Die Lehre von der Stellvertretung: insbesondere bei obligatorischen Verträgen: Kritik und wissenschaftliche Grundlegung*, Leipzig, 1900, 579; H. BECKH, *Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1899, 135 ss.

⁷⁷ H. BECKH, *op. cit. loc. ult. cit.*

⁷⁸ In partiolare K. HELLWIG, *System*, cit., I, 475, e S. SCHLOSSMANN, *op. cit., loc. ult. cit.*

⁷⁹ Il concetto utilizzato da K. HELLWIG, *System*, cit., 475, è quello di *Lebenserfahrung* (esperienza di vita), mentre S. SCHLOSSMANN, *op. cit., loc. ult. cit.* fa riferimento alla nozione di *Wahrscheinlichkeit* (cioè di probabilità) e parla di *Ausnahmestände* (cioè di condizioni eccezionali) per riferirsi alla malattia mentale.

conforme alla natura delle cose ritenere che la normalità non necessiti di essere provata e che l'onere della prova debba ricadere sulla parte che intende far valere una "rottura" di tale normalità. Di un rapporto regola-eccezione o normalità-anormalità non potrebbe invece parlarsi con riguardo alla proporzione fra soggetti maggiori e soggetti minori di età: nell'esperienza comune, entrambe le condizioni sarebbero da considerarsi "normali", e sarebbe quindi la capacità, intesa in termini positivi (la maggiore età), a dover essere dimostrata.

Nonostante gli sforzi concettuali dei loro sostenitori, le due tesi cui si è fatto cenno (sia quella che affermava la necessità di provare sempre la sussistenza della capacità, portata avanti dai sostenitori della *Vollständigkeitsstheorie*, sia le teorizzazioni fondate su una distinzione fra tipi di incapacità negoziale) hanno avuto uno scarso successo applicativo e si sono mostrate, in definitiva, recessive rispetto all'orientamento tradizionale. Nei loro confronti sono state mosse forti critiche, che ne hanno minato le fondamenta.

Con il declino della *Vollständigkeitsstheorie*, ritenuta "impraticabile" dalla quasi totalità della dottrina e della prassi per l'eccessivo carico probatorio in capo all'attore che la sua applicazione avrebbe comportato⁸⁰, è tramontata l'ipotesi che fosse sempre la capacità (la sua positiva sussistenza) a dover essere provata e che, in caso di mancata prova, il giudice dovesse in ogni caso ritenerla insussistente.

Le teorie fondate sulla distinzione fra i due tipi di incapacità (per minore età e per infermità mentale) sono state fortemente contestate dai sostenitori della *Normentheorie* e in particolare da Leo Rosenberg⁸¹.

Al pensiero che distingueva i tipi di incapacità sulla base del comune connotato di "alterazione sopravvenuta" della maggiore età, da un lato, e dell'infermità mentale, dall'altro, Rosenberg ha ribattuto che questa teorizzazione non sarebbe in grado di spiegare e di giustificare i casi in cui la *Geisteskrankheit*, anziché costituire una modifica sopraggiunta di un preesistente stato di sanità

⁸⁰ V. H. J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, cit., 286, secondo cui Leonhard era costretto a mitigare il pesante onere probatorio in capo all'attore che l'applicazione della sua teoria comportava attraverso "l'introduzione di specifici obblighi e oneri" da addossare al convenuto (ad es. l'onere di "fornire informazioni" su fatti e circostanze rispetto alle quali fosse stato "più vicino"). La conclusione dell'Autore è che la teoria di Leonhard non è stata accolta dalla prassi ed è andata scomparendo ("Die *Vollständigkeitsstheorie* hat sich nicht durchsetzen können: Zustimmung hat sie nur wenig erhalten, ganz überwiegend wurde sie abgelehnt").

⁸¹ L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 339 ss.

mentale, sussiste fin dalla nascita: tali ipotesi mostrerebbero che la rappresentazione dell'infermità mentale come *Veränderung* è fallace, e dunque fallace pure è la regola di giudizio fondata su queste premesse.⁸²

All'opinione che fondava la regola probatoria della *Geschäftsfähigkeit* sull'esperienza comune e sull'*id quod plerumque accidit*, Rosenberg ha replicato che non è il dato statistico, non sono le massime di esperienza a determinare le regole di giudizio da applicare in caso di incertezza su un determinato fatto: tali massime guiderebbero e orienterebbero il giudice nella fase della libera valutazione delle prove, ma non giocherebbero alcun ruolo nel momento in cui, dopo che i mezzi di prova esperiti si sono dimostrati infruttuosi, il giudice è chiamato a decidere sulla base dell'onere della prova⁸³. Secondo l'autore, la tesi criticata cade in errore perché "scambia le regole della vita con le regole della legge"⁸⁴: in realtà, *non* in base alle prime, ma soltanto in base alle seconde – cioè in base alla formulazione delle disposizioni normative applicabili – dovrebbe stabilirsi quale circostanza richiede di essere provata, se si tratta della sussistenza del fatto positivo-costitutivo o dell'insussistenza del fatto negativo-impeditivo. Poiché dal dettato normativo (il § 104 BGB) non emergerebbe traccia di distinzione fra l'età, da un lato, e le condizioni mentali, dall'altro, rivelatrice di una loro differente efficacia (costitutiva o impeditiva) rispetto all'effetto giuridico descritto, vale a dire il sorgere della capacità negoziale, si dovrebbe concludere nel senso dell'identità della regola di giudizio applicabile nelle due ipotesi. Inoltre, sempre dal tenore del § 104 BGB, contenute

⁸² L. ROSENBERG, *op. cit. loc. ult. cit.*: "...diese gründe zu wiederlegen fällt nicht schwer [...] Welcher Partei wohl Beckh die Behauptung angeborener Geisteskrankheit zur Beweislast stellen würde?"

⁸³ Secondo L. ROSENBERG, *op. cit. loc. ult. cit.*, 339, la regola di esperienza (il criterio regola-eccezione) svolgerebbe un ruolo soltanto nella fase (precedente) di libera valutazione delle prove da parte del giudice, e non invece in quella (eventuale e successiva) di decisione sul fatto incerto ("Die Regel des Lebens leitet den Richter in der freien Beweiswürdigung, die Beweislast aber bestimmt die Regel des Gesetzes"). È interessante notare che lo stesso ragionamento si ritrova in G. A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., 288-289, a proposito del criterio che egli chiama "della normalità": "non mi sembra che tale criterio possa riuscire granché utile per la teorica della ripartizione dell'onere della prova. È pur vero che spesso lo stesso legislatore si rifà alle ipotesi normali per fissare concetti giuridici [...], ma in tali ipotesi si rimane al di qua della teorica della decisione sul fatto incerto. [...] è allora evidente che la teorica della normalità non ha di per sé alcuna rilevanza, se non quella di richiamare la disciplina concreta della fattispecie, di fare recepire cioè dal diritto processuale la regolamentazione, dettata per altri campi del diritto. [...] Molto spesso del resto si invoca il criterio della regola-eccezione, confondendo il fenomeno della interpretazione con quello della prova"; e ancora più chiaramente (p. 295) "apparenza, normalità [...] sono tutti spediti per dare una rilevanza giuridica, in un certo senso fissa, a criteri di valutazione, di per sé non suscettibili di una formulazione generale e astratta".

⁸⁴ L. ROSENBERG, *op. cit. loc. ult. cit.*: "Bei Hellwig und Schlossmann zeigt sich die Verwechslung der Regel des Lebens mit der Regel des Gesetzes".

l'elencazione non già dei soggetti dotati, bensì di quelli *privi* dell'attitudine soggettiva a concludere validi negozi giuridici, discenderebbe che non è la sussistenza della capacità a dover essere provata, bensì la sua insussistenza⁸⁵.

In definitiva, anche grazie all'opera di “ripristino” e di critica delle tesi contrarie portata avanti da Rosenberg, è infine prevalsa la tesi tradizionale secondo cui è il difetto della capacità negoziale – a prescindere dalla sua causa – a dover essere provato da chi lo allega.

Occorre evidenziare, tuttavia, che gli argomenti spesi da Rosenberg e dalla *Normentheorie* in favore della regola in questione non sono stati gli unici ad aver trovato accoglienza presso gli interpreti. In dottrina⁸⁶ si registra, piuttosto, la tendenza a fornire due ordini di motivazioni alla regola di giudizio in base alla quale è l'incapacità che necessita di essere dimostrata. Oltre all'argomento strettamente “normativo” sviluppato da Rosenberg, in base al quale sarebbe la formulazione stessa del § 104 BGB – la sua attenzione al *difetto* di capacità negoziale – a stabilire che cosa dev'essere provato e su chi ricade l'onere della mancata prova, è generalmente addotto anche l'argomento “statistico”, legato all'esperienza comune – quello che proprio Rosenberg e la *Normentheorie* avevano cercato di contrastare: il rapporto capacità-incapacità sarebbe configurato come un rapporto regola-eccezione e la regola di giudizio applicabile alla *Geschäftsfähigkeit* non farebbe che riflettere questa proporzione. Alcuni autori sembrano dare maggior peso al primo⁸⁷, altri invece accordano un'importanza preponderante al secondo⁸⁸; la tendenza generale è,

⁸⁵ L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 340.

⁸⁶ V. a es. J. SCHMITT, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 104, Rdnr. 21-22; M. WOLF, in H. T. SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., Vor § 104 Rdnr. 8; S. LUBE, *Prozessfähigkeit eines Querulanten im Verfahren*, in MDR 2009, 63: secondo gli autori citati, l'argomento “normativo” avrebbe un'influenza *diretta* sulla conformazione della regola di giudizio applicabile, mentre l'argomento “statistico” (la regola di esperienza) condizionerebbe anzitutto la formulazione del § 104 BGB, e quindi in via *indiretta* inciderebbe sull'onere della prova.

⁸⁷ Così ad es. H. J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1975, 326, il quale afferma che l'oggetto della prova sono, nei §§ 104 ss., i presupposti di fatto della *Geschäftsunfähigkeit*, e che, pertanto, in caso di difetto di prova, la parte è da considerarsi capace (“im Zweifelsfall ist der Einzelne als geschäftsfähig zu behandeln”).

⁸⁸ A questo gruppo appartiene certamente D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen (insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten)*, Berlin, 1966, 112 ss., spec. 114-115; l'Autore si interroga sul fondamento della regola di giudizio unanimemente riconosciuta applicabile per la *Geschäftsfähigkeit*, e conclude, dopo un'approfondita analisi delle possibili ragioni, che esso sia da individuare soprattutto nella regola di probabilità, ovvero nel principio dell'*id quod plerumque accidit* (“die tatsächliche Wahrscheinlichkeit als Grund der Beweislast für die Geschäftsfähigkeit”) e nel principio di libertà e auto-responsabilità delle persone, in base al quale ogni

in ogni caso, quella di affermare che sia la componente puramente normativa sia la componente legata al principio dell'*id quod plerumque accidit* influiscano nel delineare la regola di giudizio applicabile alla *Geschäftsfähigkeit*.

4. *Sull'onere della prova della capacità processuale*

Prima di entrare nel vivo del dibattito sul tema della capacità processuale è opportuno riepilogare e focalizzare l'attenzione su ciò che è emerso nei paragrafi precedenti, dall'osservazione del modo in cui la regola dell'onere della prova interagisce con la categoria dei presupposti processuali, da un lato, e con l'istituto della capacità negoziale, dall'altro.

Con riguardo ai presupposti processuali in generale (siano essi intesi come *Sachurteilvoraussetzungen* ovvero come *prozessuale Klageerfolgsvoraussetzungen*⁸⁹), si è visto che, secondo il pensiero prevalente, è l'attore – in quanto parte interessata ad ottenere una pronuncia sul merito, o in quanto soggetto interessato all'accoglimento della domanda – a doverne provare la sussistenza; nel caso in cui il dubbio sull'esistenza di una *Prozessvoraussetzung* permanga all'esito dell'istruttoria, essa deve considerarsi mancante (e la domanda dev'essere pertanto rigettata per difetto di un presupposto di decidibilità nel merito).

Con riguardo alla capacità negoziale, invece, la dottrina e la giurisprudenza affermano oggi concordemente che non è la sua presenza, bensì il suo difetto a dover essere provato dalla parte che lo afferma, e che nel caso in cui né la prova della *Geschäftsfähigkeit* né la prova della *Geschäftsunfähigkeit* siano raggiunte attraverso i mezzi probatori esperiti, il soggetto è da considerarsi capace.

Non è difficile notare che la regola di giudizio ritenuta applicabile alla categoria dei presupposti processuali e quella operante per la capacità negoziale sono di segno opposto: se per i primi il dubbio (*rectius*, il permanere del dubbio) equivale

uomo in quanto tale ha, di regola, diritto a esercitare direttamente i propri diritti (salvo il ricorrere di circostanze eccezionali). Il pensiero di Leibold sarà oggetto di analisi nel par. 4.2.

⁸⁹ Si fa riferimento alla categoria utilizzata da B. RIMMELSPACHER, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, cit., 169 nt. 2 (cfr. par. 2 di questa sezione).

alla prova provata del loro difetto, per la seconda un esito probatorio incerto ha le stesse conseguenze di un positivo accertamento della sua sussistenza.

Alla luce di questa constatazione, se si considera che la capacità processuale non è soltanto un presupposto processuale ma che, al contempo, essa rappresenta l'equivalente nel processo della capacità negoziale nell'ambito contrattuale; se si tiene conto del fatto che fra la capacità processuale e la categoria delle *Prozessvoraussetzungen* intercorre un rapporto *genus-species*, mentre fra *Prozessfähigkeit* e *Geschäftsfähigkeit* vi è un legame di "specularità" che unisce due figure omologhe operanti in differenti ambiti del diritto, non sorprende il fatto che il tema dell'onere della prova della capacità processuale sia stato particolarmente problematico e dibattuto e che abbia costituito il terreno di scontro di opposte linee di pensiero.

Si può anzi dire che l'interrogativo che ha fatto da sfondo alla disputa sull'onere della prova della *Prozessfähigkeit* è stato proprio questo: se la regola di giudizio da applicare in caso di mancata prova della capacità processuale sia maggiormente influenzata dalla sua funzione di presupposto per la decidibilità della causa nel merito, e dunque dalla natura tipicamente processuale, oppure dal suo attributo di attitudine soggettiva legata alle caratteristiche psicofisiche della persona, analoga a quella che contraddistingue la *Geschäftsfähigkeit* nel diritto materiale.

Il dibattito, sviluppatosi all'interno della dottrina processualcivilistica tedesca soprattutto nella seconda metà del secolo scorso, ha visto contrapposti due orientamenti: uno ha evidenziato le differenze fra le due "capacità", ha messo in risalto le peculiarità della *Prozessfähigkeit* come istituto del processo, regolato dal diritto processuale, e ha concluso per l'operare di una regola diversa, di segno opposto, rispetto a quella applicata nel caso di incertezza sulla *Geschäftsfähigkeit*; l'altro ha sottolineato, invece, il legame fra capacità processuale e capacità negoziale e ha sostenuto l'applicazione, per la prima, della medesima regola di giudizio ritenuta operante per la seconda. La nettezza di questa contrapposizione, unita al fatto che entrambe le posizioni hanno potuto vantare il supporto di esponenti autorevoli della scienza giuridica tedesca, ha fatto sì che, per lungo tempo, non fosse possibile individuare una linea di pensiero unitaria e che il tema dell'onere della prova della capacità processuale fosse caratterizzato da una profonda spaccatura.

Il contrasto sembra oggi essersi ricomposto: il primo degli orientamenti menzionati ha riscosso consensi sempre più numerosi e ha infine prevalso, mentre il secondo – rimasto praticamente estraneo alla prassi giurisprudenziale – nel lungo periodo si è mostrato recessivo.

Nelle pagine seguenti si ripercorreranno le principali articolazioni di questo dibattito, si esamineranno le argomentazioni addotte dall'uno e dall'altro indirizzo dottrinale a sostegno delle rispettive posizioni, e quindi si cercherà di comprendere le ragioni che hanno portato al prevalere di una linea di pensiero sull'altra. Da ultimo, si osserveranno alcune conseguenze che l'applicazione della regola divenuta dominante porta con sé e le sue "interazioni" con l'istituto della *Betreuung*.

5. (segue) *L'onere in capo all'attore. Argomenti formali e argomenti "di principio" a sostegno della tesi dominante*

Secondo il primo degli indirizzi menzionati – accolto dalla prassi giurisprudenziale e divenuto prevalente –, l'onere della prova della *Prozessfähigkeit* ricade sulla parte che, all'esito del processo, mira a ottenere una sentenza di merito; dunque, nella generalità dei casi, sull'attore⁹⁰. Ciò significa, in concreto, che se, all'esito dell'istruttoria, dopo l'esperimento dei mezzi di prova richiesti dalle parti ed eventualmente disposti d'ufficio, nessuna delle prove raccolte risulta in grado di influire sul convincimento del giudice nel senso della sussistenza positiva della capacità o nel senso del suo difetto, la capacità deve ritenersi insussistente.

⁹⁰ Questi i maggiori autori che hanno seguito tale indirizzo: L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 392; B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, cit., 180 ss.; M. REINICKE, *Entspricht die objektive Beweislast bei der Prozessfähigkeit derjenigen bei der Geschäftsfähigkeit?*, in H. LESSMANN, B. GROSSFELD, L. VOLLMER (Hrsg.) *Festschrift für R. Lukes zum 65. Geburtstag*, Köln 1989, 767; T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 56 ss.; L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 44 Rdnr. 32, 232; R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 9 ss.; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 46; M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 56 Rdnr. 9; P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 56 Rdnr. 5. Come si è anticipato, la giurisprudenza si è sempre mostrata fedele a questa linea di pensiero: v. ad es. BGH, MDR 2005, 1306 ss., BGH, NJW 1996, 1059 ss., BGH, NJW 1983, 996; BGH, NJW 1990, 1734; BGH, NJW 1962 150.

Gli argomenti addotti dalla dottrina, nel corso dell'ultimo mezzo secolo, a sostegno della regola descritta e a giustificazione della diversità di trattamento fra capacità processuale e capacità negoziale in punto di onere probatorio, sono riconducibili a due diversi gruppi: da un lato sono state espresse motivazioni legate al tenore formale del dato normativo disciplinante la *Prozessfähigkeit* (i §§ 51 ss. ZPO) e all'appartenenza della capacità processuale alla categoria delle *Prozessvoraussetzungen*; dall'altro, si è valutato e confrontato l'impatto che la regola di giudizio avallata (che onera l'attore della prova della capacità) e quella contraria hanno su alcuni principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Al primo gruppo appartengono le ragioni cui ha fatto riferimento il principale portavoce della *Normentheorie*, Leo Rosenberg⁹¹. In coerenza con la propria ricostruzione generale dell'onere della prova – secondo la quale la regola di giudizio è determinata dalle stesse norme sostanziali che disciplinano la fattispecie – e con le conclusioni tratte per la categoria delle *Prozessvoraussetzungen* – in base alle quali la prova dei presupposti positivi, costituenti *rechtsbegründende Tatsachen*, grava sull'attore –, con riferimento specifico all'onere della prova della capacità processuale, l'autore ha affermato che la regola probatoria fondata sull'equazione “dubbio sulla capacità = incapacità” sarebbe desumibile già dalla formulazione dei §§ 51 ss. ZPO. Mentre il § 104 BGB, per la *Geschäftsfähigkeit*, metterebbe chiaramente in evidenza la condizione di incapacità e i suoi presupposti, dal tenore delle disposizioni della ZPO dedicate alla *Prozessfähigkeit* potrebbe chiaramente ricavarsi che l'oggetto che il legislatore ha inteso regolare – e così anche l'oggetto della prova – è la capacità processuale intesa in termini positivi, e non invece il suo difetto. Secondo questo punto di vista, poi, non vi sarebbe alcun ostacolo logico nel concepire due regole probatorie differenti per la capacità negoziale e per la capacità processuale visto che la prova della *Geschäftsfähigkeit* è riferita a una condizione del passato (rispetto al momento in cui è accertata), mentre la prova della *Prozessfähigkeit* attiene a una situazione presente⁹²; questa differenza nell'oggetto

⁹¹ L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 392-393.

⁹² L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 392: “und vor allem ist diese Stellungnahme auch innerlich gerechtfertigt, weil es sich im Prozesse bei der Prüfung, ob die Parteien zur Zeit des Abschlusses des klagegründenden Rechtsgeschäfts geschäftsfähig waren, um einen in der Vergangenheit liegenden Umstand handelt, bei der prüfung der Prozessfähigkeit aber um eine Voraussetzung gegenwärtiger

della prova giustificerebbe, anche da un punto di vista logico, un regime probatorio differenziato.

L'argomentazione "normativa"⁹³ non è parsa sufficiente ad altri autori che, persuasi della validità della regola di giudizio che onera l'attore della prova della capacità processuale, hanno motivato la loro adesione all'orientamento in esame sulla base dei principi che l'ordinamento processuale riconosce e dei valori che l'istituto della *Prozessfähigkeit* mira a perseguire⁹⁴.

Si è sostenuto, anzitutto, che la regola che attribuisce all'attore l'onere di provare la capacità processuale di entrambe le parti conduce ad una soluzione maggiormente rispettosa del principio di economia processuale rispetto alla regola contraria⁹⁵. Il percorso argomentativo che giustifica questa affermazione è precisamente il seguente: se si onerasse il convenuto dell'onere di provare il difetto della capacità, e conseguentemente in caso di dubbio il giudice dovesse "fingere" la sussistenza della capacità, il processo proseguirebbe e si giungerebbe (in presenza di

Tätigkeit. So lassen sich in Universitätsstädten die Kaufleute bei Kreditgeschäften mit Studenten deren Volljährigkeit nachweisen!"

⁹³ Oltre a quello di Rosenberg e della *Normentheorie*, anche un altro argomento fondato sul dato normativo è stato addotto a sostegno della tesi che onera l'attore della prova della sussistenza positiva della capacità processuale. Si è affermato che sarebbe lo stesso § 56 ZPO ad indirizzare l'interprete verso una ripartizione dell'onere della prova che attribuisce all'attore il compito di provare la sussistenza della capacità: la *Prüfung von Amts wegen* della capacità processuale, cioè la sua rilevanza officiosa, implicherebbe la necessità di un accertamento positivo della sua sussistenza e impedirebbe di ritenere capace un soggetto se la prova piena della sua capacità non è stata raggiunta (v. BGH, NJW 1962, 1510; BGH, NJW 1990, 1734; così anche T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung*, cit., 57). L'argomento si è però rivelato debole ed è stato agevolmente confutato dagli autori schieratisi sul fronte opposto. Anzitutto, si è rilevato che non solo nei casi in cui vi è rilevanza d'ufficio, ma in ogni caso in cui la legge ricollega alla sussistenza di alcuni presupposti di fatto determinate conseguenze giuridiche, il giudice può applicare queste ultime soltanto se si convince della *positiva* sussistenza dei primi; cioè, tuttavia, non limita le modalità attraverso cui questo convincimento si può formare, e dunque esso può derivare sia da una *probatio probata* sia, in suo difetto, dall'applicazione della regola dell'onere della prova (H. J. MUSIELAK, *Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozessfähigkeit*, NJW, 1997, 1739). In secondo luogo, si è osservato (e l'osservazione appare dirimente) che anche la *Geschäftsfähigkeit* è caratterizzata da rilevanza officiosa, eppure nessuno dubita che, in tal caso, l'onere della prova ricada sulla parte interessata a far valere il *difetto* di capacità, e non viceversa (D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen (insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten)*, Berlin, 1966, 122).

⁹⁴ V. in tal senso B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, cit., 181, secondo il quale il dettato normativo non lascia "trasparire" una scelta in un senso o nell'altro in ordine alla regola di giudizio applicabile alla capacità processuale ("freilich lässt der Gesetzewortlaut bei der Kanppen Normierung der Prozessfähigkeit in der ZPO keine bestimmte, für die Beweislastverteilung brauchbare Regel erkennen").

⁹⁵ L'argomento è sviluppato da: M. REINICKE, *Entspricht die objektive Beweislast bei der Prozessfähigkeit derjenigen bei der Geschäftsfähigkeit?*, cit., 767; R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56, Rdnr. 10; T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 58.

tutte le altre *Prozessvoraussetzungen*) ad una sentenza di merito; tale sentenza potrebbe poi essere impugnata, e potrebbe accadere che in grado di impugnazione la capacità precedentemente ritenuta sussistente in applicazione la regola di giudizio si rivelasse in realtà mancante (*id est*, si raggiungesse la prova del difetto della capacità); l'accertamento positivo del difetto di capacità non solo – com'è ovvio – porterebbe al rigetto in rito della domanda, in difetto di sanatoria, ma travolgerebbe anche tutti gli atti compiuti e ricevuti dall'incapace, che dovrebbero considerarsi inefficaci, e dunque inutilizzabili in un eventuale secondo processo con il medesimo oggetto (in ragione della natura di *Prozesshandlungsvoraussetzung* della *Prozessfähigkeit*). Ciò si tradurrebbe, in sintesi, in uno “spreco di attività processuale”: ogni atto compiuto sarebbe potenzialmente destinato a essere travolto dal positivo accertamento dell'insussistenza della capacità, con conseguente inutilità dei costi, degli sforzi e delle energie impiegate nel procedimento (misurate anche e soprattutto in termini di impiego della “macchina processuale”).

L'impatto di una regola dell'onere della prova così strutturata sul principio di economia processuale e sull'interesse pubblico a un ordinato e rapido svolgimento del processo sarebbe, dunque, negativo. Non rimarrebbe che applicare la regola contraria, che grava l'attore dell'onere di dimostrare la capacità e che, nel permanere del dubbio, conduce a una declaratoria di inammissibilità della domanda; soltanto essa sarebbe in grado di tutelare il legittimo interesse del giudice, della controparte del potenziale incapace e della collettività in generale ad evitare che possa stare autonomamente in giudizio chi “non offre garanzie di condurre il processo secondo criteri di media ragionevolezza”⁹⁶.

Un'altra argomentazione *a contrario*, fondata sull'incompatibilità della regola di giudizio opposta a quella avallata con i principi fondamentali dell'ordinamento processuale, è stata avanzata dalla giurisprudenza del BGH. La Suprema Corte tedesca, in una nota pronuncia⁹⁷, ha affermato che le conseguenze dell'applicazione della regola dell'onere della prova “dubbio sulla capacità = capacità” sarebbero gravi

⁹⁶ M. REINICKE, *Entspricht die objektive Beweislast bei der Prozessfähigkeit derjenigen bei der Geschäftsfähigkeit?*, cit., 767 (“keine Gewähr auf normales Mass an vernünftiger Prozessführung”). Nello stesso senso: R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56, Rdnr. 10; T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 58.

⁹⁷ BGH, NJW 1962, 1510. L'argomento del BGH è utilizzato anche da T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 57-58.

e perniciose anche nel caso in cui la capacità – ritenuta sussistente in base alla regola di giudizio – si rivelasse in realtà insussistente *dopo* il passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio: in tale ipotesi la parte, “fittiziamente” ritenuta capace in applicazione della regola probatoria, ma in realtà incapace, sarebbe legittimata a proporre impugnazione straordinaria avverso la sentenza definitiva (la già menzionata *Nichtigkeitsklage* ex § 579 nr. 4 ZPO), e dunque a “togliere di mezzo” in ogni tempo il giudicato così formatosi⁹⁸. Non solo, dunque, il principio di

⁹⁸ Come già più volte ricordato, il nr. 4 del § 579 ZPO disciplina una particolare ipotesi di azione di nullità, esperibile contro le sentenze definitive dalla parte che in giudizio “non era regolarmente rappresentata” (e sempre che non sia intervenuta la ratifica – *Genehmigung* –, espressa o tacita, da parte del rappresentante legale o della parte divenuta capace).

Nell'ultimo mezzo secolo la *Nichtigkeitsklage* ai sensi del § 579 nr. 4 ZPO è stata oggetto di una disputa molto accesa, che ha riguardato la sua esperibilità contro le sentenze (passate in giudicato) contenenti una decisione espressa sulla capacità processuale di una parte. Gli interpreti si sono trovati divisi: mentre una parte ha ritenuto che l'azione di nullità sia proponibile solo per aggredire le sentenze di merito che non pronunciano sulla capacità (nelle quali, in altre parole, la sussistenza della capacità processuale risulti implicita), altra parte, all'opposto, ha sostenuto l'esperibilità della *Nichtigkeitsklage* anche contro decisioni passate in giudicato in cui la capacità processuale sia decisa in modo espresso ed esplicito.

Secondo l'orientamento tradizionale del BGH (v. ad. es. BGHZ 84, 24 = NJW 1982, 2449; BGH, NJW 1962, 1510) e secondo una corrente minoritaria della dottrina (W. ABEL, *Zur Nichtigkeitsklage wegen Mängel der Vertretung im Zivilprozess*, Monaco, cit., 34, e M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., §56 Rdnr.15) occorrerebbe riconoscere la possibilità di proporre l'azione di nullità anche nei casi di decisione espressa sulla capacità al fine di dare l'attuazione più ampia possibile all'*Anspruch auf rechtliches Gehör* (Art. 103 GG) dell'incapace: il motivo di nullità in questione si fonderebbe, infatti, proprio su una violazione dell'*Anspruch*, e tale violazione avverrebbe indipendentemente dal fatto che la decisione sulla capacità sia avveuta in modo espresso o implicito; nel concreto, inoltre, sarebbe spesso arduo o addirittura impossibile distinguere fra sentenze contenenti una decisione esplicita e sentenze contenenti una decisione solo implicita della capacità, e quindi non sarebbe possibile fondare l'esperibilità della *Nichtigkeitsklage* su una distinzione così sfuggente.

La dottrina e la giurisprudenza citate nella nota precedente, che, al fine di dimostrare la validità della regola di giudizio fondata sull'equazione “dubbio sulla capacità = capacità”, si appellano al principio della “stabilità del giudicato” (rectius, alle conseguenze negative che l'applicazione della regola di giudizio contraria avrebbe rispetto a tale principio), fanno naturalmente riferimento al primo orientamento, minoritario in dottrina.

Sul fronte opposto, tuttavia, la dottrina maggioritaria (J. BRAUN, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 579 Rdnr. 14; W. GRUNSKY, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 579 Rdnr. 10; H. J. MUSIELAK, in H. J. MUSIELAK (diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁹, cit., § 579 Rdnr. 10; R. GREGER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 579 Rdnr. 8; D. LEIPOLD, *Ausdrückliche und stillschweigende Entscheidung*, in ZJP 81 (1968), 70; H. F. GAUL, *Zur Struktur und Funktion der Nichtigkeitsklage gemäss § 579 d ZPO*, in W. H. RECHBERGER et al. (Hrsg.), *Festschrift für W. Kralik zum 65. Geburtstag*, Wien, 1986, 159) e il BGH in qualche isolata pronuncia (BGH NJW 1999, 2391) hanno sostenuto la non esperibilità della *Nichtigkeitsklage* contro le pronunce contenenti una decisione espressa sulla capacità. Questi i principali argomenti:

- ammettendo la possibilità di proporre la *Nichtigkeitsklage* in caso di decisione espressa, si dovrebbe necessariamente ritenere che tale impugnazione straordinaria sia proponibile anche contro sentenze emesse all'esito di una *Nichtigkeitsklage*; ma se così fosse, il motivo di nullità (l'incapacità) non accolto nelle impugnazioni ordinarie potrebbe essere fatto valere all'infinito con la *Nichtigkeitsklage*. Ciò comporterebbe rischio di un'infinita ripetizione di *Nichtigkeitsklage* proposte avverso sentenze

economia processuale verrebbe ad essere minacciato, ma lo sarebbe anche quello di certezza delle situazioni giuridiche, che è alla base dell'istituto del giudicato e che è legato a doppio filo al principio dello stato di diritto (*Rechtstaatsprinzip*)⁹⁹. Soltanto la regola opposta, che attribuisce all'attore l'onere di provare la capacità, sarebbe in grado di garantire il rispetto di un principio d'importanza centrale nell'ordinamento giuridico.

Un ulteriore centrale argomento posto a fondamento della tesi in esame è la protezione dei soggetti incapaci¹⁰⁰. Si è autorevolmente affermato che dai §§ 51 ss. ZPO si potrebbe ricavare l'esistenza di un principio di tutela delle situazioni di incapacità all'interno del processo, inteso sia come esigenza di “proteggere l'incapace da se stesso” e dalle possibili conseguenze pregiudizievoli di una sua conduzione autonoma del procedimento, sia come garanzia della “parità delle armi” fra parte incapace e parte capace¹⁰¹; proprio al fine di assicurare il rispetto di tale

emesse all'esito di *Nichtigkeitsklage*; ciò con evidente compromissione del principio di stabilità delle decisioni passate in giudicato. Per evitare ciò non rimarrebbe che interpretare restrittivamente il § 579 Abs. 2 ZPO, in modo tale da escludere le sentenze contenenti una decisione espressa sulla capacità (così T. ODA, *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, cit., 115 ss.; W. GRUNSKY, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 579 Rdnr. 1).

- non ci sarebbe alcun bisogno di prevedere la *Nichtigkeitsklage* contro le sentenze che hanno espressamente deciso sulla capacità; in questo caso, infatti, verrebbe investito della *Nichtigkeitsklage* lo stesso giudice che si è pronunciato sulla questione: ciò non costituirebbe in alcun modo un rafforzamento delle garanzie di giustizia della decisione, dato che sarebbe alquanto improbabile che il giudice decidesse in maniera difforme alla propria precedente pronuncia (D. LEIPOLD, *Ausdrückliche und stillschweigende Entscheidung*, cit., 70).

- dal momento che l'incapacità costituisce anche un motivo assoluto di *Revision* (*absoluter Revisionsgrund*, cfr. § 547 nr. 4) se la *Nichtigkeitsklage* fosse possibile anche contro decisioni espresse sulla capacità, essa si trasformerebbe in una mera ripetizione della *Revision* (H. F. GAUL, *op.cit.*, *loc. ult. cit.*, 159).

Dunque, pur riconoscendo che spesso non vi è un confine netto e sicuro fra decisione espressa (*eingehen geprüfte Prozessfähigkeit*) e affermazione implicita (*beiläufig bejahte Prozessfähigkeit*), la dottrina maggioritaria sostiene che di sicuro non si potrebbe ammettere la *Nichtigkeitsklage* nei casi in cui vi è stata una trattazione esaustiva sulla capacità. (J. BRAUN, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 579 Rdnr. 14; W. GRUNSKY, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 579 Rdnr. 10).

⁹⁹ Così K. H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Verfassung und Zivilprozess*, 1984, 28 ss.; B. GRZESZICK, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ, M. FERDEGEN, H. H. KLEIN, *Grundgesetz Kommentar*, cit., *sub* Art. 20, V Rdnr. 62, VI Rdnr. 22; L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 151 Rdnr. 1, 869.

¹⁰⁰ M. REINICKE, *Entspricht die objektive Beweislast bei der Prozessfähigkeit derjenigen bei der Geschäftsfähigkeit?* cit., 765; B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen*, cit. 180-181.

¹⁰¹ M. REINICKE, *Entspricht die objektive Beweislast bei der Prozessfähigkeit derjenigen bei der Geschäftsfähigkeit?*, cit., 765, parla di *Schutzprinzip*, cioè di principio di tutela dell'incapace. B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen*, cit. 180-181, parla invece della necessità di garantire nel processo un *Kräftegleichgewicht*, vale a dire una “parità delle forze” fra parte capace e parte incapace. Il primo autore tende a sottolineare l'esigenza di proteggere l'incapace da se stesso (da una improvvida condotta processuale); il secondo pone invece l'accento sul principio del contraddittorio e

principio sarebbe necessario dare applicazione alla regola della rappresentanza processuale necessaria non solo in caso di positivo accertamento del difetto della capacità, ma anche in caso di dubbio sulla sua sussistenza.

Quest'ultimo argomento sottende, evidentemente, l'idea che, nel dubbio, la soluzione maggiormente tuzioristica per gli interessi del soggetto "potenzialmente incapace" sia quella di considerarlo privo della capacità processuale, imponendogli di stare in giudizio a mezzo di un rappresentante legale; che, in altri termini, considerare incapace un soggetto in realtà capace (e dunque impedirgli la conduzione autonoma del processo e imporgli l'interposizione di un rappresentante) abbia conseguenze meno perniciose che non ritenere capace un soggetto in realtà incapace, lasciando che conduca un processo autonomamente. In quest'ottica, la regola di giudizio strutturata sull'equazione "dubbio sulla capacità = incapacità" avrebbe, in un certo senso, uno scopo di "precauzione": al fine di evitare che l'incapace "si danneggi da sé" conducendo autonomamente il processo, occorrerebbe dare applicazione alle norme sulla rappresentanza legale in via prudenziale anche nei casi in cui non si è potuta accertare né la capacità né il suo difetto.

In estrema sintesi, secondo questo orientamento sarebbero i valori fondamentali posti alla base dell'ordinamento processuale a "scegliere" – in assenza di una ripartizione dell'onere della prova effettuata dal diritto positivo – il regime di onere probatorio ad essi maggiormente conforme. Sia il principio di economia processuale, sia il principio di certezza delle situazioni giuridiche, sia lo *Schutzprinzip* deporrebbero *contro* l'operare di una regola di giudizio uguale a quella della *Geschäftsfähigkeit* ("dubbio sulla capacità = capacità"), e dunque – *a contrario* – finirebbero per avvallare l'applicazione della regola che, nel dubbio, impone di ritenere la capacità insussistente.

sulla tutela dell'incapace di fronte ad "attacchi" (*Angriffe*) della controparte che egli non è in grado, da solo, di contrastare efficacemente. Si tratta, in ogni caso, di due facce di un medesimo problema: la necessità di proteggere e tutelare una parte che si trova in una situazione di debolezza rispetto alla controparte.

6. (segue) *L'onere in capo al convenuto. Le ragioni dell'orientamento minoritario*

Come già accennato, una parte della dottrina tedesca ha imboccato una strada opposta a quella sinora descritta e ha ritenuto che la regola probatoria da applicare alla *Prozessfähigkeit* non debba discostarsi da quella operante per la *Geschäftsfähigkeit*: il difetto della capacità processuale dovrebbe essere provato dalla parte che intende farlo valere, e dunque, nella generalità dei casi, dal convenuto; nel permanere dell'incertezza la capacità contestata dovrebbe ritenersi sussistente.

Anche in questo caso le motivazioni addotte a sostegno della tesi descritta possono essere ricondotte a due diverse tipologie: a) da una parte si è messo in evidenza il dato normativo, il legame fra i §§ 51 ss. ZPO e 104 ss. BGB stabilito dal diritto positivo, e ci si è interrogati sulla sussistenza di ragioni ostative all'applicazione della regola di giudizio valida per la *Geschäftsfähigkeit* (concludendo nel senso dell'insussistenza di siffatte ragioni)¹⁰²; b) da altra parte si è focalizzata l'attenzione sui principi e sulle ragioni non scritte che stanno alla base della regola di giudizio applicabile alla *Geschäftsfähigkeit* e ci si è chiesti se le medesime ragioni siano riferibili anche alla *Prozessfähigkeit* (concludendo in senso affermativo)¹⁰³.

La dottrina che ha intrapreso il percorso argomentativo sub a) ha costruito la propria tesi sulla base di un sillogismo logico¹⁰⁴. Questa la premessa maggiore: in

¹⁰² La voce più autorevole che ha seguito questa via è quella di Hans-Joachim Musielak. L'Autore si è occupato del tema in due scritti: in H. J. MUSIELAK, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, 1975, 323 ss. (opera monografica sull'onere della prova), e successivamente in ID., *Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozessfähigkeit*, NJW 1997, 1736 ss., scritto dedicato in maniera specifica all'onere della prova della capacità processuale, dove gli argomenti già esposti nella monografia sono stati ripresi e approfonditi, soprattutto con l'intento di dimostrare l'erroneità della tesi contraria abbracciata dalla giurisprudenza. In precedenza anche R. POHLE, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*¹⁹, cit., II, 3, zu § 56, era giunto ad affermare l'applicazione della regola dell'onere della prova valida per la *Geschäftsfähigkeit* alla *Prozessfähigkeit* focalizzando l'attenzione sul dato normativo e sul rinvio al diritto civile contenuto nei §§ 51, 52 ZPO; Pohle tuttavia limitava questa conclusione al solo caso in cui il dubbio sulla capacità riguardasse l'infermità di mente (con esclusione della minore età).

¹⁰³ Questo è il percorso seguito da D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, cit., 107 ss., sulla scia di quanto in precedenza aveva affermato K. HELLWIG, *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, II, Leipzig, 1903, § 118, VIII, 3, che tuttavia (come Pohle: v. nota precedente) faceva riferimento unicamente all'ipotesi di incapacità per infermità mentale (esclusa quella per minore età).

¹⁰⁴ L'utilizzo di un metodo sillogistico traspare chiaramente soprattutto nello scritto H. J. MUSIELAK *Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozessfähigkeit*, cit. 1736 ss.

forza della relazione fra *Geschäftsfähigkeit* e *Prozessfähigkeit*, il dubbio sulla capacità processuale si risolve in un dubbio sulla capacità negoziale, e dunque, in linea di principio, il rinvio alla capacità negoziale contenuto nel § 52 ZPO ricomprende anche il regime dell'onere della prova. Questa, invece, la premessa minore: non sussistono ragioni ostative all'applicazione della regola di giudizio valida per la *Geschäftsfähigkeit* alla *Prozessfähigkeit*, e pertanto non vi sono motivi per cui la clausola di compatibilità contenuta nel § 51 ZPO¹⁰⁵ dovrebbe "bloccare" l'ingresso di tale regola nell'ordinamento processuale e imporre l'adozione di una regola diversa. Coerente e naturale la conclusione: in caso di incertezza sulla capacità processuale di una parte, la regola di giudizio da applicare è la medesima che opera nel caso di incertezza sulla sua capacità negoziale.

Per giungere all'affermazione contenuta nella premessa maggiore (il rinvio della ZPO abbraccia anche la regola di giudizio applicabile in caso di mancata prova), la dottrina in esame ha anzitutto escluso che dalla formulazione dei §§ 51 ss. ZPO possa ricavarsi una ripartizione dell'onere della prova diversa rispetto a quella della *Geschäftsfähigkeit*. La diversità nella formulazione del § 51 e 52 ZPO e del § 104 BGB – il fatto che i primi facciano riferimento alla *Prozessfähigkeit* mentre il secondo si richiami alla figura della *Geschäftsunfähigkeit* – non potrebbe essere interpretato come elemento indicativo della volontà del legislatore di differenziare il regime probatorio della prima rispetto a quello della seconda, dal momento che il codice di rito è precedente al codice civile; questa diversa formulazione non avrebbe alcuna influenza sul regime dell'onere della prova, ma sarebbe soltanto un indice della natura di presupposto processuale positivo della *Prozessfähigkeit*, la cui presenza condiziona positivamente la possibilità di esaminare la causa nel merito¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Come si è già visto (cfr. Cap. II, sez. A) par. 1), il rinvio al diritto civile disposto dal § 51 Abs. 1 ZPO opera "a meno che i seguenti paragrafi non contengano disposizioni contrastanti".

¹⁰⁶ In realtà, secondo H. J. MUSIELAK, *op.cit.*, *lo cult cit.*, in sede di redazione dei §§ 51 ss. ZPO il legislatore processuale non si sarebbe posto assolutamente l'obiettivo di disciplinare il regime probatorio della *Prozessfähigkeit* ("Der Gesetzgeber der ZPO verzichtete bewusst auf eine eigene Regelung der Voraussetzungen für die Prozessfähigkeit und wollte sie den Vorschriften des bürgerlichen Rechts überlassen"); l'unico intento sarebbe stato quello di "agganciare saldamente" la capacità processuale alla capacità negoziale, sotto tutti gli aspetti ("Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber der ZPO bei der Fassung der § 51 und § 52 ZPO nur den Gleichlauf der Prozessfähigkeit mit der Geschäftsfähigkeit sicherstellen wollte. Dass aber der Gesetzgeber der ZPO zusätzlich eine eigenständige Beweislastregelung treffen wollte, ist auszuschliessen"). Nell'ottica di Musielak, dunque, il fatto che il § 51 ZPO sia formulato in positivo (anziché in negativo come il § 104 BGB) non avrebbe alcun significato ai fini di determinare la regola dell'onere della prova applicabile,

All'affermazione contenuta nella premessa minore (l'applicazione della regola operante per la *Geschäftsfähigkeit* non è incompatibile con l'ordinamento processuale e dunque non è impedita dalla clausola di compatibilità di cui al § 51) tale dottrina è pervenuta dimostrando che la regola che onera il convenuto della prova dell'incapacità non contrasta con i principi fondamentali che regolano il processo.

Anzitutto, non vi sarebbe contrasto con il principio di economia processuale: la possibilità che in grado di appello la capacità ritenuta sussistente in applicazione della regola di giudizio si riveli in realtà insussistente, con conseguente inefficacia di tutti gli atti compiuti, rappresenterebbe un'eventualità implicita nel concetto stesso di impugnazione¹⁰⁷ e riguarderebbe non soltanto le decisioni adottate applicando la regola di giudizio sul fatto incerto, ma anche quelle raggiunte sulla base di prove¹⁰⁸.

Neppure la paventata violazione del principio di certezza delle situazioni giuridiche coperte da giudicato sarebbe sussistente: l'impugnazione straordinaria prevista dal nr. 4 del § 579 ZPO (la *Nichtigkeitsklage* per difetto della capacità processuale di una parte) sarebbe esperibile, infatti, soltanto quando la pronuncia ha deciso il merito senza occuparsi della questione relativa alla capacità delle parti, e non invece quando su di essa si è espressamente deciso – sia che si tratti di decisione sulla base di prove, sia che ad essa si sia giunti applicando regola dell'onere della prova; dunque, la parte “fittiziamente” ritenuta capace e in realtà incapace non sarebbe ammessa a impugnare la sentenza passata in giudicato in ragione della propria incapacità¹⁰⁹.

e si potrebbe spiegare facilmente considerando che la *Prozessfähigkeit* è un presupposto processuale positivo (e al legislatore processuale, probabilmente, interessava soltanto evidenziare questo aspetto).

¹⁰⁷ H. J. MUSIELAK, *op. cit., loc. ult. cit.*: “[...] Erkenntnisse, die im Laufe des Rechtsstreits neu gewonnen werden, stets dazu führen können, Korrekturen an Entscheidungen des Gerichts vorzunehmen und dadurch Prozesshandlungen des Gerichts und der Parteien obsolet werden zu lassen. Im Rechtsmittelverfahren geschieht dies ständig”.

¹⁰⁸ Inoltre, benché H. J. MUSIELAK, *op. cit., loc. ult. cit.*, non lo affermi esplicitamente, sembra implicita nelle sue riflessioni la seguente considerazione: se da una parte (applicando la regola avallata dall'autore) il rischio è che si chiuda in rito in grado di appello un processo che avrebbe dovuto chiudersi in rito già in primo grado, dall'altra (applicando la regola opposta) vi è il pericolo che alla parte, ritenuta incapace in primo grado in base alla regola dell'onere della prova, e quindi accertata capace in appello, sia sostanzialmente negato un effettivo doppio grado di giudizio.

¹⁰⁹ Per la posizione espressa dai sostenitori dell'orientamento in esame (specialmente Leipold e Musielak) nel dibattito concernente l'esperibilità della *Nichtigkeitsklage* anche contro sentenze contenti una decisione espressa sulla capacità processuale, v. nt. 98 di questo capitolo.

Infine, neanche lo *Schutzprinzip*, il principio di tutela dell'incapace e di parità delle armi fra parte capace e parte incapace, risulterebbe compromesso dall'applicazione della regola di giudizio fondata sull'equazione "dubbio sulla capacità = capacità": sarebbe sufficiente osservare che anche la *Geschäftsfähigkeit* e le disposizioni civilistiche che la regolano hanno come obiettivo la tutela dell'incapace, e cionondimeno la mancata prova dell'incapacità è unanimemente equiparata alla prova positiva della capacità¹¹⁰.

In conclusione, nessuno degli argomenti utilizzati dal fronte opposto riuscirebbe a dimostrare l'incompatibilità della regola di giudizio valida per la *Geschäftsfähigkeit*, e compresa nel generale rinvio contenuto nei §§ 51 e 52 ZPO, con l'ordinamento processuale; non si determinerebbe, pertanto, alcuna lacuna *legis*

¹¹⁰ Occorre evidenziare, peraltro, come H. J. MUSIELAK, *op. cit., loc. ult. cit.*, non neghi che la soluzione adottata dalla dottrina maggioritaria possa apparire maggiormente tuzioristica nei confronti dell'incapace rispetto alla soluzione opposta; per suo stesso riconoscimento, anzi, "si potrebbe giungere a ritenere che, in caso di dubbi sulla capacità di una parte, provochi minori danni la soluzione di nominare un rappresentante legale alla parte e rimettere quest'ultima alle decisioni di costui, che non lasciare che un possibile incapace conduca il processo autonomamente". Egli conclude però che queste sono considerazioni di politica del diritto (*rechtspolitische Fragen*), fondate su una valutazione degli interessi sottostanti (*Interessenbewertung*), che non dimostrano affatto la presenza di una lacuna nell'ordinamento, e che pertanto non possono legittimare la creazione di una regola dell'onere della prova "nuova" in deroga a quella che, in maniera inequivocabile, emerge da una lettura sistematica, storica e teleologica dei §§ 51, 52 ZPO e 104 BGB.

Non solo: secondo l'Autore, proprio le considerazioni di opportunità e di politica del diritto, condensate dalla dottrina maggioritaria nell'argomento del *Schutzprinzip*, porrebbero il fianco ad un'ulteriore critica. Poiché la nomina di un *Betreuer* ai sensi del § 1896 comma 1° BGB presuppone (oltre all'accertamento della malattia o dell'impedimento fisico, mentale o psichico tale da impedire al soggetto di provvedere in tutto o in parte ai propri affari) una valutazione in ordine alla *necessarietà* della misura¹¹⁰; poiché tale necessarietà – sostiene Musielak – non potrebbe dirsi sussistente se, in seguito all'istruttoria, residuano dei dubbi sulle condizioni mentali, psichiche e fisiche del soggetto; ne deriverebbe che l'incertezza sulle condizioni psicofisiche del soggetto impedirebbe la nomina del *Betreuer* come rappresentante legale dell'incapace. Ciò con la conseguenza, tanto evidente quanto inaccettabile, che il medesimo dubbio sullo stato fisiopsichico di un soggetto condurrebbe a) ad affermare la sua incapacità processuale e la necessità che questi stia in giudizio per il tramite di un rappresentante legale, e contemporaneamente b) al rigetto dell'istanza di *Betreuung* e così all'impossibilità di nominare al soggetto un rappresentante.

L'Autore osserva che il BGH ha tentato di far fronte a questa situazione di *impasse* dell'ordinamento attraverso un'applicazione estensiva del § 57 ZPO (disposizione che, per i casi di urgenza, prevede la nomina di un curatore processuale all'incapace convenuto privo di rappresentante legale) in modo tale che il rappresentante provvisorio possa essere nominato non solo per la parte *incapace* priva di rappresentante legale, ma anche per la parte di cui *non è certa la capacità*¹¹⁰. Secondo Musielak, tuttavia, la via seguita dal BGH è sdruciolevole e pericolosa per almeno due ordini di ragioni: anzitutto, l'applicazione norma della presupporrebbe l'urgenza, e dunque rimarrebbero "scoperte" tutte quelle ipotesi in cui non si ci possa appellare all'urgenza; inoltre, applicando estensivamente il § 57 ZPO anche ai casi in cui la capacità è incerta, sarebbero sufficienti dei semplici dubbi sulle condizioni psicofisiche di una parte perché, nell'ambito di un qualsiasi processo civile, la volontà di costei sia sostituita da quella di un rappresentante speciale nominato ad hoc; in pratica, la parte sarebbe costretta a subire una sorta di "interdizione parziale", nell'ambito di quel determinato procedimento.

da colmarsi attraverso la creazione di una regola probatoria *ad hoc* per la capacità processuale¹¹¹ e non rimarrebbe che applicare, in caso di incertezza sulla *Prozessfähigkeit* di una parte, la medesima regola operante nel caso di incertezza sulla capacità negoziale¹¹².

Diverso è il percorso argomentativo sub b), che mira non a dimostrare l'insussistenza di ragioni ostative all'applicazione del regime di onere della prova della *Geschäftsfähigkeit* alla *Prozessfähigkeit*, bensì ad accertare la sussistenza di "tratti comuni" ai due tipi di capacità che giustifichino l'adozione di una medesima regola di giudizio.

La dottrina che ha seguito tale approccio si è anzitutto interrogata sulle ragioni che hanno portato gli interpreti a ritenere che la regola di giudizio applicabile alla *Geschäftsfähigkeit* sia fondata sull'equazione "incertezza sulla capacità = capacità". Escluso che venga in gioco il principio di maggior vicinanza alla prova¹¹³; escluso che possano avere un'influenza ragioni di salvaguardia dell'affidamento e di tutela della controparte¹¹⁴; scartata anche l'ipotesi che una regola di giudizio siffatta

¹¹¹ V. H. J. MUSIELAK, *op. ult. cit.*, 1739, fa riferimento alle *richterrechtliche Beweislastregel*, cioè alle regole sull'onere della prova di creazione giudiziale, che vengono in gioco nei casi di lacuna normativa (*Lücke im Gesetz*).

¹¹² Per abbozzare, soltanto in punta di penna, un confronto con quel poco che la dottrina italiana ha detto sul tema dell'onere della prova della capacità processuale, merita di essere qui ricordata la posizione di G. DE LUCA, *op. cit.*, 11 ss.. L'Autore ha sostenuto, sulla base di motivazioni legate al dato normativo, che non è la capacità (*rectius*, De Luca si riferisce nello specifico alla legittimazione processuale), bensì il suo difetto a dover essere provato da chi lo afferma (con ciò mostrando una qualche assonanza con il ragionamento di Musielak). Per il vero, l'Autore ha esteso la sua conclusione all'intera categoria dei presupposti processuali: spetterebbe al convenuto provare il difetto dei presupposti e non all'attore provarne la sussistenza, e tale regola si ricaverebbe dallo stesso diritto positivo (*in primis*, implicitamente, dai nn. 4) e 5) dell'art. 163 c.p.c., dai quali emergerebbe "che l'attore deve soltanto preoccuparsi di fornire la prova dell'esistenza del diritto fatto valere in giudizio" e quindi – *a contrario* – non delle condizioni di decidibilità nel merito).

¹¹³ Osserva D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, cit., 112, che, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, la regola di giudizio strutturata sull'equazione "dubbio sulla capacità = capacità" si ispirerebbe al criterio di maggior vicinanza alla prova: essa sarebbe cioè preordinata a far ricadere le conseguenze negative della mancata prova sulla parte che ha maggior facilità a raggiungerla (così ad es. J. BREIT, *Die Geschäftsfähigkeit*, Leipzig, 1903, 54). Le critiche di Leipold a tale impostazione appaiono pienamente giustificate: l'argomento può trovare conferma soltanto nel caso in cui il convenuto affermi di essere egli stesso incapace, ed è invece smentito nell'ipotesi in cui il convenuto eccepisca l'incapacità dell'attore.

¹¹⁴ Rileva correttamente D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, cit., 113, che anche quest'argomento (sostenuto da M. GULDENER, *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht*, Zürich, 1955, 40) si presta a giustificare la regola di giudizio soltanto in parte, cioè soltanto nel caso in cui sia il convenuto ad eccepire la propria incapacità (in tal caso effettivamente la mancata prova va a svantaggio di chi afferma di essere incapace); ma se chi allega l'incapacità è la controparte contrattuale del (possibile) incapace, la quale ha interesse all'accertamento della nullità del negozio

sia preordinata a scoraggiare il rifiuto dei potenziali infermi di mente di sottoporsi a perizia medico-psichiatrica¹¹⁵, i fattori decisivi nel “plasmare” la regola probatoria applicabile alla *Geschäftsfähigkeit* rimarrebbero soltanto due: *in primis*, la massima di esperienza fondata sull'*id quod plerumque accidit*, in base alla quale l'incapacità costituisce il caso di eccezione mentre la capacità rappresenta la regola; in secondo luogo, il principio di autodeterminazione, il suo ruolo centrale all'interno dell'ordinamento giuridico¹¹⁶ e la sua prevalenza sul c.d. *Schutzprinzip*, nei casi di conflitto.

giuridico concluso con il soggetto che essa afferma essere incapace, la regola di giudizio unanimente riconosciuta, che le impone di provare l'incapacità altrui, non va certo a suo vantaggio.¹¹⁵ Si è già detto più volte (cfr. sez. A di questo capitolo) che, secondo la dottrina e la giurisprudenza unanimi, la parte può sempre rifiutare di sottoporsi a perizia medico-psichiatrica volta ad accertare le sue condizioni mentali. Alla luce di questo dato, parte degli interpreti ha ritenuto che la regola di giudizio “incertezza sulla *Geschäftsfähigkeit*= *Geschäftsfähigkeit*”, facendo ricadere sulla parte che eccepisce l'incapacità le conseguenze negative della mancata prova, avesse lo scopo di evitare che il potenziale incapace potesse trarre vantaggio dal suo rifiuto di sottoporsi a perizia. Ancora una volta D. LEIPOLD, *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, cit., 113-114, giustamente osserva che l'argomento può funzionare soltanto se si prende in considerazione il caso dell'incapace convenuto (cioè il caso in cui il convenuto eccepisce la propria *Geschäftsunfähigkeit* come circostanza impeditiva del sorgere dell'obbligazione negoziale dedotta in giudizio dall'attore, e al contempo rifiuta la perizia); esso invece non solo non giustifica l'ipotesi inversa (il caso in cui il dubbio riguardi la capacità dell'attore), ma anzi sembra essere contraddetto dal fatto che l'onere della prova ricade sul convenuto anche nel caso in cui questi eccepisce l'incapacità dell'attore, e quest'ultimo opponga il suo rifiuto a sottoporsi alla perizia. Anche questo pensiero si rivela dunque fallace, perché – come i precedenti – si limita a osservare la regola di giudizio da una determinata prospettiva, e soltanto da tale prospettiva riesce a giustificare il modo in cui la regola opera; non appena l'angolo visuale si sposta, esso mostra la sua insufficienza e la sua erroneità.

¹¹⁶ Qui D. LEIPOLD, *op. ult. cit.*, 115, si serve del dato empirico-statistico (la normalità della capacità, la straordinarietà del suo difetto) per svolgere una riflessione sociale e antropologica: l'uomo, in quanto soggetto pensante che nella generalità dei casi è in grado di orientare i propri atti in base alle sue libera volontà, deve essere libero di compiere tali atti in piena autonomia e deve essere considerato responsabile per essi. Secondo l'Autore, tale riflessione è accolta dall'ordinamento come proprio valore fondamentale (chiamato appunto principio di auto-determinazione o di auto-responsabilità), in base al quale la facoltà di compiere in autonomia gli atti incidenti sulla propria sfera giuridica diviene una “pretesa legittima” (*legitimer Anspruch*) di ogni uomo in quanto tale; soltanto in casi eccezionali, in cui difetta una reale possibilità del soggetto di decidere in maniera consapevole e di orientare le proprie azioni in base alle proprie scelte, essa può essere limitata o esclusa (si tratta dei casi per i quali l'ordinamento prevede l'adozione di misure di protezione nei confronti del soggetto). Vale la pena riportare i passi cruciali delle riflessioni di Leipold, esemplari per la loro chiarezza e per l'efficacia espressiva che li caratterizza: “Das Recht setzt den verantwortlichen Menschen voraus. [...] Die Freiheit des Menschen, seine Einsichtsfähigkeit, und die daraus resultierende Verantwortlichkeit für sein Handeln sind die ontologischen Grundvorstellungen vom Menschen, auf denen die gesamte Rechtsordnung aufbaut [...] Das Recht erkennt den Anspruch des Menschen auf die rechtliche Handlungsfähigkeit, und die Geschäftsfähigkeit an, weil er dem Menschen seinem Natur nach zusteht”, e ancora: “Das Recht des Menschen auf seine Verantwortlichkeit entspringt aber zugleich auch die Verpflichtung, sich als selbstverantwortlich behandeln zu lassen”.

In termini più concreti, la scelta di far ricadere le conseguenze negative della mancata prova della *Geschäftsfähigkeit* sulla parte che fa valere il difetto di capacità si fonderebbe:

- sulla constatazione¹¹⁷ che nella realtà il numero dei soggetti incapaci supera di gran lunga quello dei soggetti capaci, e che dunque la capacità è la “normalità” e l’incapacità la straordinarietà¹¹⁸;

- sul rilievo che l’ordinamento accorda massima importanza al principio di autodeterminazione e auto-responsabilità degli individui, fino a farlo prevalere (in caso di contrasto) sul principio di tutela dell’incapace (*Schutzprinzip*). Nel dubbio, l’ordinamento preferirebbe salvaguardare il primo (ritenendo capace una parte la cui capacità sia rimasta incerta) a scapito eventualmente del secondo (che chiederebbe invece di equiparare il dubbio sulla capacità all’incapacità)¹¹⁹.

¹¹⁷ Ad essa si è già fatto ampio riferimento nel par 3. di questo capitolo.

¹¹⁸ A dire il vero, D. LEIPOLD, *op. ult. cit.*, 116-117, riconosce che l’argomento statistico, mentre è in grado di spiegare il rapporto fra i soggetti *geschäftsfähig* e i *geschäftsunfähig* maggiorenni (vale a dire i *Geisteskranke* di cui al § 104 nr. 2 BGB), non è idoneo a rappresentare in maniera adeguata il rapporto fra i soggetti capaci e i soggetti incapaci minori di età. Nel caso dei minori, sostiene Leipold, non si può parlare di “eccezione alla regola” e di “straordinarietà” paragonata alla “ordinarietà” della maggiore età – e ciò anche se si confronta il numero dei maggiorenni non già con quello di tutti i minori, bensì (come è più corretto) con quello dei soli minori che assumono un ruolo attivo nel traffico giuridico: lo scarto non è comunque così importante da potersi dire che questi ultimi rappresentino ipotesi eccezionali e al di fuori dell’ordinario. Ci si potrebbe chiedere, allora, perché questa constatazione (il fatto che la proporzione “capacità: incapacità = regola : eccezione” non vale sempre ma solo per una parte degli incapaci) sembra non inficiare affatto la validità della tesi proposta e da Leipold pienamente accolta. La ragione, benché non indicata espressamente dall’Autore, emerge per implicito dalle sue riflessioni: i casi in cui la prova della capacità/incapacità non è raggiunta, e occorre perciò decidere applicando la regola di giudizio, sono quasi sempre casi di incapacità per *Geisteskrankheit*, quasi mai di incapacità per minore età. Detto altrimenti, il discorso sull’onere della prova della capacità è un discorso che necessariamente guarda in maniera prioritaria all’ipotesi dell’incapacità per *Geisteskrankheit*, perché è soprattutto questa l’ipotesi in cui il giudice si trova a dover decidere applicando la regola di giudizio. Per questo è prevalentemente il modo di essere dell’incapacità riferita ai soggetti maggiorenni, ai *Geisteskranke*, ad influenzare la formulazione della regola di giudizio.

¹¹⁹ Secondo D. LEIPOLD, *op. ult. cit.*, 115 ss., mentre la capacità dell’uomo e la sua possibilità di autodeterminarsi deriverebbe da una legge di diritto naturale, che l’ordinamento non può che riconoscere, costituirebbe una scelta precisa dell’ordinamento positivo quella di far prevalere questa “legittima pretesa” all’autodeterminazione su altri valori meritevoli di tutela, fra i quali il principio di protezione dell’incapace dalle possibili conseguenze pregiudizievoli dei propri atti (il già menzionato *Schutzprinzip*). Dal punto di vista di Leipold, dunque, sarebbe l’ordinamento positivo (e non una legge di natura) a stabilire che la protezione di quest’ultimo valore non possa spingersi fino a giustificare ingerenze nella capacità di autodeterminazione delle persone (“Dass bei der Abwägung der Bejahung der Natur des Menschen und nicht dem Schutz des Unfähigen der Vorzug gegeben wird, ist freilich rational nicht beweisbar, sondern stellt eine einerseits intuitive, andererseits historisch gewordene Wertung dar. Es handelt sich [...] um eine Wertung der positiven Rechtsordnung, nicht um eine unabdingbare naturrechtliche Konsequenz”). Questa scelta avrebbe una ripercussione diretta sul regime dell’onere della prova: nel caso di perdurante dubbio sulla capacità negoziale di un

Stabilito ciò, il passo successivo che tale orientamento compie è chiedersi se i due argomenti descritti possano essere “trasposti” dalla capacità negoziale alla capacità processuale e, dunque, se anche la regola di giudizio applicabile alla *Prozessfähigkeit* sia dai medesimi influenzata. La risposta è, naturalmente, affermativa: questa “trasposizione” sarebbe possibile in virtù non solo della perfetta sovrapponibilità soggettiva fra *Geschäftsfähigkeit* e *Prozessfähigkeit*, ma anche in virtù dell’omologia dei due istituti, e cioè in ragione del fatto che il secondo ha nel processo la medesima funzione che il primo riveste nella sfera negoziale.

In forza dell’identità soggettiva e dell’omologia oggettiva della capacità sostanziale e della capacità processuale, gli argomenti validi per la prima varrebbero anche per la seconda. La massima di esperienza fondata sull’*id quod plerumque accidit* e il principio di autodeterminazione delle persone costituirebbero perciò le fondamenta sulle quali anche la regola di giudizio applicabile in caso di mancata prova della *Prozessfähigkeit* si erige.¹²⁰

Pertanto, laddove, all’esito della *Zulassungsstreit* e dell’istruttoria ivi esperita, il dubbio sulla capacità processuale di una parte non fosse risolto, la parte dovrebbe essere considerata *prozessfähig*¹²¹.

soggetto, le esigenze di protezione dovrebbero cedere il passo alla necessità di salvaguardare la libertà di autodeterminazione, e dunque il soggetto dovrebbe essere considerato capace.

¹²⁰ In questo punto (nel momento in cui trasferisce alla *Prozessfähigkeit* i due argomenti ritenuti decisivi per la regola di giudizio della *Geschäftsfähigkeit*) il percorso argomentativo di D. LEIPOLD (*op. ult. cit.*, 117 ss.) non appare del tutto rigoroso: l’Autore sembra dare per dimostrato ciò che in realtà richiederebbe una giustificazione precisa e puntuale. In particolare, mentre per l’argomento “statistico” la trasferibilità dalla *Geschäftsfähigkeit* alla *Prozessfähigkeit* è abbastanza evidente (in ragione della corrispondenza fra individui *geschäftsfähig* e individui *prozessfähig*), tutt’altro che scontato è che l’asserita prevalenza del principio di autodeterminazione sul principio di tutela delle situazioni di incapacità (*Schutzprinzip*) valga anche nel processo, per la *Prozessfähigkeit*: in realtà non è affatto automatico che anche nel processo le ragioni di tutela dell’incapace debbano cedere il passo di fronte al *Selbstbestimmungs- Selbstverantwortlichkeitsrecht*, e nulla esclude che nell’ordinamento processuale avvenga proprio il contrario. Cfr. le considerazioni che si svolgono nel par. 7 (spec. punto b)).

¹²¹ Conclude D. LEIPOLD, *op. ult. cit.*, 123, che, abbracciando la tesi opposta, si giungerebbe all’inevitabile e inaccettabile conclusione di “interdire” un soggetto sulla base di semplici dubbi sulla sua capacità (l’efficace espressione tedesca è “*Entmündigung bei blossen Zweifel*”).

7. (segue) *La regola che equipara il dubbio sulla capacità al suo difetto: riflessioni sulle possibili ragioni del suo accoglimento da parte degli interpreti*

L'indagine condotta nelle pagine precedenti ha mostrato un dibattito molto ricco e vivace, in cui entrambe le parti hanno saputo portare numerosi e validi argomenti a sostegno del proprio pensiero.

Come si è già detto in sede di rilievi introduttivi, tuttavia, la disputa sembra oggi essersi sopita. Il primo degli orientamenti esaminati (quello secondo cui la capacità va provata dall'attore, e nel dubbio deve ritenersi insussistente) è stato accolto senza defezioni dalle corti tedesche, e ha finito per prevalere anche sul fronte dottrinale¹²².

Questa constatazione non può fare a meno di suscitare un interrogativo: perché questa tesi abbia infine prevalso, e perché la tesi opposta, che pure poteva vantare autorevoli sostenitori e valide argomentazioni a suo favore, non abbia trovato adesioni nella giurisprudenza e abbia finito per scomparire.

Affrontare questo quesito e riflettere sui problemi che essi pongono, anche senza la pretesa di giungere ad una soluzione univoca e di trovare *la* risposta (l'unica possibile), appare un passo necessario e imprescindibile per completare il quadro sinora abbozzato sull'onere della prova della capacità processuale.

Le riflessioni che l'analisi appena effettuata ha suscitato nella scrivente sono le seguenti: la prima nasce dal parallelo fra *Geschäftsfähigkeit* e *Prozessfähigkeit* (a); la seconda sorge dal confronto fra la regola di giudizio della *Prozessfähigkeit* accolta dall'orientamento dominante e la regola accolta dall'orientamento minoritario (b); la terza concerne il concreto meccanismo di allegazione e prova della *Prozessfähigkeit* applicato dalle corti (c).

a) Un confronto obiettivo e "pragmatico" fra *Geschäftsfähigkeit* e *Prozessfähigkeit*, svolto alla luce del principio contenuto nell'art. 103 Abs. 1 GG (il

¹²² Dopo la decisa presa di posizione di Musielak nel 1997 (H. J. MUSIELAK, *Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozessfähigkeit*, cit.), nessun autore ha più accolto la sua linea pensiero; sembra in un certo senso data per scontata dalla dottrina l'applicazione della regola di giudizio sostenuta dall'orientamento opposto (cfr. ad es. L. ROSENBERG et al., *Zivilprozessrecht*¹⁷, cit., § 44 Rdnr. 32, 232; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 46; M. VOLLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 56 Rdnr. 9; P. HARTMANN, in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶⁹, cit., § 56 Rdnr. 5).

più volte menzionato *Anspruch auf rechtliches Gehör*), porta a scorgere evidenti differenze nel modo in cui i due tipi di capacità “reagiscono” all’applicazione di una medesima regola dell’onere della prova.

Applicando la regola di giudizio che equipara l’incertezza sulla capacità di una parte all’accertamento positivo della sua sussistenza, e prendendo in considerazione l’eventualità che tale accertamento “fittizio” non corrisponda alla situazione reale (la parte è in realtà incapace), si osserva quanto segue:

- in un’ipotetica causa di adempimento contrattuale, in cui il convenuto eccepisce la propria *Geschäftsunfähigkeit* al momento della conclusione del negozio, la mancata prova dell’incapacità si traduce in un accertamento fittizio della sua capacità negoziale e il convenuto è perciò condannato all’adempimento; egli può, naturalmente, far valere la non corrispondenza fra situazione reale e situazione accertata applicando la regola di giudizio con gli ordinari mezzi di impugnazione, ma in ogni caso, con il passaggio in giudicato della sentenza, è vincolato al giudicato di condanna che ha accertato la sua capacità negoziale;

- se nel medesimo processo l’eccezione sollevata dal convenuto riguarda non solo l’incapacità negoziale al momento del contratto, ma anche l’incapacità processuale *attuale* (riferita al momento in cui è instaurato il processo), il permanere del dubbio si traduce in un’affermazione della sussistenza della capacità negoziale e processuale, e pure in tal caso il convenuto è condannato all’adempimento; questi potrà, anche in questo caso, far valere la non corrispondenza fra le condizioni reali (l’incapacità negoziale al momento del contratto e incapacità processuale al tempo del processo) e le condizioni “accertate” giudizialmente, e sarà tuttavia vincolato al giudicato di condanna che afferma la sua capacità sia nella sfera contrattuale sia nel processo¹²³.

¹²³ Questo, perlomeno, stando al pensiero della dottrina maggioritaria e a qualche recente pronuncia del BGH, orientati nel senso di escludere l’esperibilità della *Nichtigkeitsklage* per incapacità (ai sensi del § 579 nr. 4 ZPO) contro una sentenza nella quale sia contenuta una decisione espressa proprio sulla capacità (così *ex multis*: J. BRAUN, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., § 579 Rdnr. 14; W. GRUNSKY, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²¹, cit., § 579 Rdnr. 10; H. J. MUSIELAK, in H. J. MUSIELAK (diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁹, cit., § 579 Rdnr. 10; R. GREGER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 579 Rdnr. 8; D. LEIPOLD, *Ausdrückliche und stillschweigende Entscheidung*, in ZJP 81 (1968), 70; H. F. GAUL, *Zur Struktur und Funktion der Nichtigkeitsklage gemäss § 579 d ZPO*, in W. H. RECHBERGER et al. (Hrsg.), *Festschrift für W. Kralik zum 65. Geburtstag*, Wien, 1986, 159 e, nella giurisprudenza della Corte Suprema tedesca BGH NJW 1999, 2391). Cfr. nt. 98 di questo capitolo.

Al di là delle analoghe conclusioni (il vincolo al giudicato di condanna), è evidente il diverso impatto che la non corrispondenza fra situazione reale e situazione “fittiziamente accertata” ha sul diritto di azione e difesa dell’incapace nell’ipotesi in cui soltanto l’incapacità negoziale sia incerta e nell’ipotesi in cui lo sia anche la capacità processuale. Nel primo caso *l’Anspruch auf rechtliches Gehör* dell’incapace negoziale ritenuto capace non viene minimamente toccato, non subisce alcuna compressione; nel secondo caso, invece, l’incapacità processuale della parte le impedisce un efficace esercizio dell’*Anspruch*: in tale ipotesi non si ha soltanto un accertamento erroneo (l’affermazione della capacità in luogo dell’incapacità) ma anche un processo ingiusto perché una parte non ha avuto la possibilità di difendersi adeguatamente e influire efficacemente sulle decisioni del giudice¹²⁴.

Alla luce di questa osservazione, alla domanda cui la dottrina tedesca minoritaria aveva dato risposta negativa – se esistono delle ragioni che giustificano, per la *Prozessfähigkeit*, l’adozione di una regola probatoria diversa rispetto a quella applicata alla *Geschäftsfähigkeit* – sembra si possa rispondere affermativamente: una ragione è la diversa incidenza della regola dell’onere della prova sul diritto di difesa in giudizio del soggetto incapace. Soltanto se l’incertezza riguarda la capacità processuale della parte, *l’Anspruch auf rechtliches Gehör*, spettante a tutti gli individui ai sensi dell’art. 103 GG, è, per così dire, in pericolo; solo in tal caso vi è il rischio che un accertamento fittizio non corrispondente alla situazione reale possa ledere in modo irrimediabile questo diritto fondamentale costituzionalmente tutelato.

b) Non solo il confronto fra *Prozessfähigkeit* e *Geschäftsfähigkeit*, ma anche il raffronto fra le conseguenze applicative delle due opposte regole di giudizio applicabili in caso di incertezza sulla *Prozessfähigkeit* di una parte conduce a un’osservazione interessante.

Accogliendo l’orientamento dominante (“incertezza = insussistenza della capacità”), il rischio di non riuscire a provare la propria o altrui capacità si traduce, per l’attore, nel rischio di subire un rigetto in rito della domanda e una condanna alle

¹²⁴ V., in termini analoghi, L. ROSENBERG, *Die Beweislast*, cit., 392, che rinvia una ragione di diversità fra la regola di giudizio della *Geschäftsfähigkeit* e quella della *Prozessfähigkeit* nel fatto che la prima implica un accertamento di una condizione passata (dunque non più “sanabile” e improduttiva di effetti nel presente) mentre la seconda riguarda una condizione presente (dunque ancora “riparabile” e alla quale occorre porre rimedio per impedire che “produca dei danni” nel corso del processo).

spese; rimane invece salva, per costui, la possibilità di riproporre la domanda per il tramite/nei confronti del rappresentante legale proprio o della controparte. Le conseguenze negative che l'attore deve sopportare consistono in un aggravio economico (la condanna alle spese) e nel differimento temporale del momento di effettiva soddisfazione della pretesa sostanziale fatta valere (che deve essere successivamente riproposta da o nei confronti del rappresentante legale); egli non perde la possibilità di veder tutelata la propria pretesa in un secondo processo.

Recependo l'orientamento minoritario, invece, il rischio che il convenuto non riesca a provare l'incapacità processuale propria o della propria controparte si concreta nella possibilità che si giunga a una pronuncia sul merito, che questa passi in giudicato, e che dunque l'incapace (sia egli l'attore oppure lo stesso convenuto) sia vincolato all'accertamento ivi contenuto; il giudicato di merito così formatosi non sarà aggredibile con la *Nichtigkeitsklage* – impugnazione straordinaria che, secondo la dottrina assolutamente maggioritaria, non può essere esperita contro le sentenze contenenti un accertamento espresso sulla capacità. L'accertamento della sussistenza della capacità processuale, avvenuto applicando la regola di giudizio, si “materializza”, in questo caso, in una sentenza di merito, e assieme al merito passa in giudicato. Il pericolo di non coincidenza fra situazione “accertata” e situazione reale si traduce nella possibilità che il soggetto ritenuto capace, ma in realtà incapace, sia vincolato a un giudicato di merito, e che il diritto sostanziale da questi fatto valere non possa più essere azionato in giudizio.

Da una parte, dunque, il rischio insito nell'applicazione della regola di giudizio (la non coincidenza realtà “accertata” e realtà effettiva) consiste nell'eventualità di un giudicato ingiusto di rito; dall'altra parte tale pericolo si concreta in un giudicato ingiusto di merito. Se nel primo caso la pretesa sostanziale azionata può essere nuovamente tutelata in un nuovo processo, dal momento che il giudicato di rito non impedisce la riproposizione della domanda, nel secondo caso, invece, l'accertamento del diritto sostanziale fatto valere è destinato a rimanere cristallizzato nella *Rechtskraft* della sentenza.

Sulla base di questa semplice considerazione, il fatto che il primo orientamento abbia prevalso e sia stato accolto all'unanimità dalla giurisprudenza trova una possibile spiegazione: gli interpreti, evidentemente, hanno ritenuto “più

tollerabile” l’eventualità di una sentenza ingiusta che non vada a incidere sul merito, che non ricada sulla pretesa sostanziale fatta valere, rispetto all’eventualità che l’ingiustizia “si consolidi” in un giudicato di merito¹²⁵.

c) L’ultima riflessione riguarda il modo in cui la regola di giudizio divenuta prevalente (quella che grava l’attore dell’onere di provare la capacità delle parti) è concretamente applicata dalle corti tedesche.

La soluzione che porta a equiparare il dubbio sulla sussistenza della capacità al suo difetto ha due inconvenienti piuttosto evidenti: in primo luogo, essa aggrava la posizione dell’attore rispetto a quella del convenuto; in secondo luogo, essa sembra cozzare contro un dato di esperienza generalmente riconosciuto, che è quello in base al quale la capacità è normalmente sussistente mentre l’incapacità rappresenta l’eccezione. La scelta di attribuire all’attore, in via esclusiva, l’onere di provare una condizione normalmente presente in capo alle parti, e dunque di far ricadere sulle sue spalle le conseguenze della perdurante incertezza su tale condizione (ipotesi, si è detto più volte, non remota, soprattutto nel caso in cui il dubbio sulla capacità riguardi la *Geisteskrankheit* del convenuto), può apparire discutibile.

In concreto, tuttavia, gli inconvenienti descritti appaiono decisamente attenuati grazie all’applicazione, ad opera della giurisprudenza, di un particolare “meccanismo” di allegazione e prova della *Prozessfähigkeit*.

Secondo la prassi¹²⁶ e la dottrina¹²⁷ oggi prevalenti, in ogni processo civile opererebbe una generale presunzione di capacità processuale in capo a ciascuna parte

¹²⁵ Ciò non significa, naturalmente, che la via seguita dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria sia priva di inconvenienti. Inconvenienti che già D. LEIPOLD, *op. cit., loc. ult. cit.*, 123, e H. J. MUSIELAK, *Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozessfähigkeit*, cit., 1739, avevano correttamente messo in luce. La conseguenza di una eventuale non corrispondenza fra situazione decisa applicando la regola di giudizio e situazione reale non è di poco conto neanche seguendo questa strada: la parte ritenuta *prozessunfähig*, in realtà *prozessfähig*, non potrà agire/essere convenuta in un successivo giudizio avente il medesimo oggetto se non per il tramite di un rappresentante legale. Come ha osservato giustamente Leipold (che ha parlato di un’intollerabile *Entmündigung bei blosser Zweifel*), la parte effettivamente subisce una sorta di *interdizione* (intesa come pronuncia ablativa della capacità) parziale (perché il suo ambito oggettivo di estensione è circoscritto all’oggetto di quel determinato processo). Cionondimeno, gli interpreti hanno implicitamente ritenuto che è “più tollerabile” un’ingiusta ablazione della capacità, rispetto alla possibilità che un soggetto incapace sia vincolato ad un giudicato di merito ingiusto – ingiusto perché formatosi all’esito di un processo in cui egli (proprio perché incapace) non ha potuto adeguatamente difendersi e far valere le proprie ragioni. Se ciò si traduce in termini di principi e valori in gioco, si può dire che gli interpreti hanno considerato “meno inaccettabile” il pregiudizio del diritto all’autodeterminazione che viene a subire il soggetto capace considerato erroneamente incapace, rispetto al pregiudizio del diritto di difesa, sancito dall’art. 103 GG (il noto *rechtliches Gehör*) che subirebbe la parte incapace ritenuta erroneamente capace.

¹²⁶ V. ad. es. BGH, NJW-RR 2005, 23; BGH, NJW 1996, 1060.

e non vi sarebbe, pertanto, la necessità per l'attore di provare “preventivamente” la sussistenza della capacità propria e della propria controparte. Questa, peraltro, non sarebbe altro che la diretta conseguenza della massima di esperienza fondata sull'*id quod plerumque accidit*, del fatto cioè che la capacità è solitamente presente in capo alle parti e che l'incapacità costituisce un'ipotesi straordinaria. Graverebbe quindi sul convenuto l'onere di introdurre nel processo circostanze che facciano sorgere “dubbi oggettivi”¹²⁸ sulla capacità di una delle parti: in termini più tecnici, spetterebbe al convenuto che contesta la sussistenza della capacità l'onere di allegare (*Darlegungslast*) i fatti da cui l'incapacità deriva. Nel momento in cui il convenuto, con le proprie allegazioni, riuscisse a far “dubitare oggettivamente” della sussistenza della *Prozessfähigkeit*, la presunzione iniziale verrebbe capovolta: l'attore dovrebbe fornire la prova positiva della capacità, e la parte in questione dovrebbe considerarsi “incapace fino a prova contraria”¹²⁹.

¹²⁷ V. B. RIMMELSPACHER, *op. cit.*, 180, 181; J. SCHMITT, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 104 Rdnr. 23; W. F. LINDACHER, in AA. VV., *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*³, cit., §§ 51, 52 Rdnr. 46; M. VOLKOMMER, in R. ZÖLLER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²⁸, cit., § 56 Rdnr. 9; S. LUBE, *op. cit.*, 63.

¹²⁸ La Suprema Corte tedesca parla testualmente di “*sachliche Bedenken*”: cfr. BGH, 4.5.2004 – XI ZR 41/03, NJW-RR 2005, 23; la stessa espressione è utilizzata, in dottrina, da S. LUBE, *Prozessfähigkeit eines Querulanten im Verfahren*, cit., 64. B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, cit., 158, e J. SCHMITT, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 104 Rdnr. 23, fanno invece riferimento ad allegazioni da cui possano emergere “sufficienti indizi” (*ausreichende Anhaltspunkte*) del difetto di capacità.

¹²⁹ Una ricostruzione simile a quella accolta dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritarie in Germania, è quella abbozzata da parte della dottrina italiana con riguardo all'onere della prova dei presupposti processuali. Afferma F. P. LUISO, *Il processo del lavoro*, cit., 144, ad esempio (nello stesso senso v. anche A. PROTO PISANI, voce *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, cit., 364, nt. 322), che “per i c.d. presupposti processuali positivi, l'eccezione del convenuto costituisce una contestazione, che impone all'attore l'onere della prova” (sono dunque esclusi dall'affermazione i presupposti processuali c.d. negativi, “quelli cioè la cui sussistenza *impedisce* [corsivo mio, ndr.] la pronuncia di merito”, fra i quali l'Autore annovera la litispendenza, il giudicato, l'eccezione di compromesso). Secondo tale indirizzo, insomma, spetterebbe al convenuto l'onere di provare la sussistenza dei presupposti positivi, ma non in via “preventiva”, bensì a seguito della contestazione del convenuto. Va notato, poi, che anche la giurisprudenza della Suprema Corte sembra aver fatto eco a questa linea di pensiero, laddove, in qualche pronuncia in tema di onere della prova della legittimazione processuale del rappresentante organico, ha affermato che l'onere ricade sull'attore in caso di contestazione del convenuto (così Cass. 6 gennaio 1981, n. 52 e Cass. 25 gennaio 1975, n. 296; occorre aggiungere, tuttavia, che l'orientamento decisamente prevalente in giurisprudenza è di segno contrario e ritiene che l'inesistenza del rapporto organico debba essere provata da chi la contesta: v. ad es. Cass. civ. Sez. Unite, 1 febbraio 2010, n. 2224; Cass. 27 ottobre 2003, n. 16103; Cass. 9 giugno 1999 n. 5699; 6 novembre 1998 n. 11221).

Chi invece critica in maniera decisa tale orientamento è G. DE LUCA, *op. cit.*, 11 ss., il quale sostiene che la contestazione del convenuto non sia in grado di far ricadere sull'attore tale onere e, escluso altresì che sull'attore gravi un onere preventivo (a prescindere dalla contestazione) di provare l'esistenza dei presupposti, conclude che è la loro inesistenza a dover essere provata da parte del

Attraverso questa ricostruzione, la dottrina e la giurisprudenza tedesche sembrano voler garantire un importante ruolo alla massima di esperienza fondata sull'*id quod plerumque accidit* nel plasmare il meccanismo probatorio della *Prozessfähigkeit*: proprio sul dato di esperienza si fonderebbe l'iniziale presunzione di capacità e l'attribuzione dell'onere di allegazione alla parte che intende far valere il suo difetto; esso giocherebbe un ruolo determinante nel momento in cui il giudice è chiamato a stabilire quali allegazioni sono necessarie per far sorgere dubbi oggettivi e per far sì che la presunzione generale di capacità lasci il posto a una presunzione "particolare" (riferita al caso specifico) di incapacità.

Peraltro, la via seguita dalle corti non è priva di insidie e di aspetti problematici: essi concernono, in particolare, l'individuazione del momento in cui la presunzione generale di capacità si incrina, e la delimitazione del concetto di *dubbi oggettivi* che rendono inoperante la presunzione di capacità e ne impongono la prova positiva. È evidente, infatti, il rischio che, se i concetti elastici utilizzati dalla giurisprudenza (come quello di dubbi oggettivi, *sachliche Bedenken*) non vengono delimitati in maniera rigorosa, tutto il meccanismo descritto venga a lambire pericolosamente le rive dell'arbitrio: il giudice potrebbe far ricadere l'onere probatorio su una parte o sull'altra sulla base della motivazione che una determinata allegazione ha fatto (oppure non ha fatto) sorgere dei "*sachliche Bedenken*" sulla capacità.

A prescindere, tuttavia, da queste difficoltà operative, il meccanismo di allegazione e prova utilizzato dalle corti appare di indubbio pregio, perché consente, da un lato, di valorizzare il dato di esperienza (la normale sussistenza della capacità, l'incapacità come eccezione) e dall'altro lato permette di ridurre il carico probatorio dell'attore – il quale, secondo tale ricostruzione, non è tenuto a fornire la prova della capacità delle parti "in via preventiva", ma soltanto nel momento in cui la sussistenza della *Prozessfähigkeit* sia stata seriamente messa in dubbio ad opera del convenuto.

convenuto: cfr. cap. I, par. 6, spec. nt. 102 e, nel capitolo dedicato alle considerazioni di sintesi sull'indagine condotta, pp. 207 ss..

8. (segue) *Coordinamento funzionale fra la regola di giudizio applicabile alla Prozessfähigkeit e l'istituto della Betreuung*

Dopo aver riflettuto sulle possibili ragioni che hanno portato la giurisprudenza e la dottrina prevalente ad accogliere la regola di giudizio che grava l'attore dell'onere di provare la capacità processuale di entrambe le parti, è necessario a questo punto comprendere quali sono le conseguenze applicative di tale regola e come esse si coordinano con l'istituto preordinato alla nomina di un rappresentante legale all'incapace che ne sia sprovvisto, vale a dire l'istituto della *Betreuung*¹³⁰.

Come si è visto, infatti, la scelta di far ricadere sull'attore le conseguenze della mancata prova della capacità, porta, in caso di perdurante incertezza sulla *Prozessfähigkeit* di una parte, alla pronuncia di una sentenza di rigetto in rito; il passaggio in giudicato di tale sentenza non preclude all'attore la possibilità di riproporre la medesima domanda in un successivo giudizio, purché lo faccia attraverso il proprio rappresentante legale o nei confronti del rappresentante legale del convenuto. Ora, se, come normalmente avviene, l'incapacità fittiziamente accertata (cioè "accertata" applicando la regola di giudizio) è dovuta non alla minore età del soggetto ma alla sua *Geisteskrankheit* ai sensi del § 104 nr. 2, il rappresentante legale manca per definizione; lo strumento che consente di addivenire alla sua nomina è, appunto, il procedimento di *Betreuung*.

La domanda centrale che ci si pone è allora la seguente: se le medesime condizioni psichiche e mentali che hanno portato a dubitare della capacità processuale della parte ai sensi del § 104 nr. 2 BGB, e hanno portato a ritenerla incapace in applicazione della regola di giudizio, possano condurre alla nomina di un *Betreuer* nei suoi confronti; se, in diversi termini, la parte ritenuta incapace in base all'onere della prova rientri fra i possibili "destinatari" della *Betreuung*.

L'importanza della risposta che si dà a questo interrogativo è, evidentemente, fondamentale. Soltanto se l'istanza di nomina del *Betreuer* può essere accolta, la domanda rigettata come inammissibile per difetto della capacità processuale di una parte può essere riproposta. In caso contrario, nell'impossibilità di nominare un

¹³⁰ L'istituto della *Betreuung* (cui si è fatto specifico riferimento nel cap. II sez. A) par. 2) è disciplinato dai §§ 1896 ss. BGB e il relativo procedimento è regolato dai §§ 271 FamFG.

rappresentante legale alla parte considerata incapace, la riproponibilità della domanda è destinata a rimanere puramente teorica e il sistema è di fronte a un'evidente *impasse*.

Per rispondere ai quesiti formulati occorre anzitutto comprendere quali sono i presupposti richiesti dalla legge perché l'istanza di *Betreuung* possa essere accolta.

In maniera schematica, gli Abs. 1 e 2 del § 1896 BGB stabiliscono che ad un soggetto maggiorenne può essere nominato un *Betreuer* se, cumulativamente, ricorrono le seguenti circostanze:

- il soggetto è affetto da una malattia psichica (*psychische Krankheit*)¹³¹, ovvero da una disabilità fisica¹³² o mentale (*körperliche, geistige¹³³ oder seelische¹³⁴ Behinderung*) e non è in grado, totalmente o parzialmente, di provvedere ai propri affari;

- vi è un nesso di causalità fra la malattia o la disabilità e l'impossibilità di provvedere ai propri affari, nel senso che la seconda è conseguenza della prima;

- la nomina di un *Betreuer* appare indispensabile (*erforderlich*), in quanto non adeguatamente sostituita da altre forme di assistenza "private"; l'indispensabilità

¹³¹ Nel concetto di *psychische Krankheit* i lavori preparatori alla *Betreuungsgesetz* (BT-Drucks.11/4528 p. 116, reperibili in <http://drucksachen.bundestag.de>) ricomprendono: a) le psicosi sintomatiche, esogene, di origine organica e (es. morbo di Alzheimer, demenza senile, arteriosclerosi cerebrale); b) le psicosi endogene di origine non organica, diagnosticabili e riconoscibili solo da un punto di vista psicopatologico (schizofrenie, sindromi maniaco-depressive, depressioni endogene); c) gravi forme di dipendenza (da droghe, alcool, farmaci); d) ulteriori disturbi della psiche, come disturbi della personalità e grave forme di nevrosi (qui rientra ad es. il *Querulantenwahn* di cui si è detto nel cap. II sez. A) par. 3). La descritta ripartizione viene recepita da tutti i più autorevoli commenti al § 1896 BGB: v. ad es. D. SCHWAB, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 1896 Rdnr. 9-13; A. JÜRGENS, *Betreuungsrecht*, 4. Aufl. 2010, § 1896 Rdnr. 4-7; R. SCHULZE, § 1896, in R. SCHULZE, H. DÖRNER, I. EBERT, T. HOEREN, R. KEMPER, I. SAENGER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Rdnr. 4-7.

¹³² Nel caso di menomazione soltanto fisica, accanto ai presupposti qui elencati se ne aggiunge uno ulteriore: ai sensi del terzo periodo del primo comma del § 1896 BGB, è necessaria l'istanza (*Antrag*) dello stesso soggetto interessato (a meno che questi, proprio a causa del suo problema fisico, non sia in grado di manifestare la sua volontà). Tale requisito non è stato riportato nel testo in quanto non rilevante al fine di rispondere all'interrogativo che ci si è posti: gli incapaci processuali ex § 104 n. 2 BGB (o i soggetti sospettati tali), infatti, non possono in nessun caso essere affetti da una disabilità soltanto fisica.

¹³³ Nel concetto di *geistige Behinderung* i lavori preparatori alla *Betreuungsgesetz* (BT-Drucks.11/4528 p. 116) riconducono i deficit intellettuali di vario grado, presenti nel soggetto sin dalla nascita o comunque comparsi in età infantile (ad es. le oligofrenie o insufficienze mentali).

¹³⁴ Il concetto di *seelische Behinderung* si riferisce a "le ulteriori compromissioni psichiche che sono conseguenza di malattie psichiche (*psychische Krankheit*)" (così sempre i lavori preparatori, BT-Drucks.11/4528 p. 116).

deve riguardare sia l'*an* della *Betreuung* sia la sua estensione (i compiti attribuiti al *Betreuer*)¹³⁵.

Oltre a questi presupposti “positivi”, il § 1896 Abs. 1a BGB ne prevede uno di carattere “negativo”: la nomina del *Betreuer* non può in ogni caso avvenire contro la “libera volontà” (*freier Wille*) dell’interessato. In altri termini, la libera volontà contraria del soggetto interessato è ostativa – pur in presenza di tutti gli altri requisiti positivi – all’accoglimento dell’istanza di *Betreuung*.

Per comprendere se ad un soggetto ritenuto *Geisteskrank*e (§ 104 nr. 2 BGB) in applicazione della regola di giudizio, e quindi privo della capacità processuale, possa essere nominato un *Betreuer* come rappresentante legale, le questioni da risolvere sono essenzialmente due:

a) anzitutto occorre capire se la sua condizione psico-fisica e i suoi bisogni sono tali da giustificare e rendere necessaria una *Betreuung* (ovvero, se sussistono i presupposti positivi stabiliti dagli Abs. 1 e 2 del § 1896);

b) in secondo luogo bisogna chiarire se, in caso di rifiuto della *Betreuung* opposto dall’interessato, la volontà di quest’ultimo può dirsi “libera” – e dunque se egli si possa o meno opporre efficacemente alla nomina del *Betreuer* (ovvero, se è integrato il requisito negativo di cui all’Abs. 1a del § 1896).

Con riguardo alla prima questione (a), alcune perplessità sono state espresse da parte della dottrina minoritaria, favorevole all’applicazione, per la *Prozessfähigkeit*, della medesima regola di giudizio applicata alla

¹³⁵ L’indispensabilità (*Erforderlichkeitsgrundsatz*) è un requisito di importanza centrale nell’istituto della *Betreuung*. Esso non è integrato (e dunque la domanda non può essere accolta) quando alla cura dei propri affari ed interessi il soggetto è in grado di provvedere per il tramite di un rappresentante volontario designato con apposita procura (*Bevollmächtigte*) in maniera altrettanto efficace quanto tramite un *Betreuer*. Sono favorite, in questo modo, forme di “sostegno” di carattere privato, purché esse riescano a soddisfare anche esigenze di carattere assistenziale (e non solo strettamente patrimoniale); rispetto ad esse la *Betreuung* assume un ruolo sussidiario. In tal modo sono tutelate sia le esigenze di protezione del soggetto sia il suo diritto di autodeterminazione: cfr. in questo senso D. SCHWAB, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 1896 Rdnr. 44. Naturalmente la procura rilasciata volontariamente dal soggetto (*Vollmacht*), per poter sostituire validamente una *Betreuung*, deve essere efficace, e perciò deve provenire da un soggetto *geschäftsfähig* (*rectius*, da un soggetto *geschäftsfähig* al momento del rilascio). Riguardo al c.d. *Erforderlichkeitsgrundsatz* v.: D. SCHWAB, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 1896 Rdnr. 44 ss.; G. MÜLLER in H. G. BAMBERGER, H. ROTH, G. MÜLLER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 25. Aufl., München, 2012, § 1896 Rdnr. 20 ss.; A. JÜRGENS, *op. cit.*, § 1896 Rdnr. 15 ss.

*Geschäftsfähigkeit*¹³⁶. Secondo questo punto di vista, l'impossibilità di provare positivamente l'infermità mentale di cui al § 104 nr. 2 BGB ai fini dell'incapacità processuale, implicherebbe anche l'impossibilità di dimostrare non solo la malattia psichica o la disabilità fisica o mentale (§ 1896 Abs. 1), ma pure la necessità della misura, condizioni entrambe richieste per l'accoglimento della domanda di *Betreuung* (§ 1896 Abs. 2). Il soggetto ritenuto incapace in applicazione della regola di giudizio non rientrerebbe, dunque, fra i possibili destinatari della misura di tutela; e ciò sia per ragioni soggettive (la sua condizione psicofisica) sia per ragioni oggettive (la non indispensabilità del provvedimento di protezione richiesto).

Le obiezioni non paiono però cogliere nel segno.

Anzitutto, le condizioni psico-fisiche richieste dai primi tre Abs. del § 1896 BGB non coincidono affatto con quelle su cui si fonda la *Geschäftsunfähigkeit* ai sensi del § 104 nr. 2 BGB. Per esempio, la non-transitorietà del disturbo è necessaria ai fini dell'incapacità negoziale e processuale di un soggetto, mentre non lo è affatto per la nomina di un *Betreuer*; lo stesso può dirsi del requisito del “difetto della libera volontà”, sempre richiesto dal § 104 nr. 2 BGB per poter ritenere una parte *geschäftsunfähig* e *prozessunfähig*, e invece rilevante nel procedimento di *Betreuung* soltanto nel caso in cui il soggetto interessato oppone il proprio rifiuto. Pertanto, se di un soggetto non si è riusciti a provare la *Geisteskrankheit* ai fini della capacità processuale, ciò non significa che non si possa dimostrare la sua *psychische Krankheit* o la sua *geistige Behinderung* ai sensi del § 1896 BGB¹³⁷. Anzi, il fatto che l'accoglimento dell'istanza di *Betreuung* presupponga “qualche cosa di meno” rispetto a quanto prevede il § 104 nr. 2, lascia ragionevolmente presumere che, nella generalità dei casi, il dubbio sulla *Prozessfähigkeit* di una parte, che ha condotto a dichiararne il difetto in applicazione della regola di giudizio, possa comunque portare all'accoglimento dell'istanza di *Betreuung* promossa nei suoi confronti.

¹³⁶ H.J. MUSIELAK, *Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozessfähigkeit*, cit., 1739: “Dabei ist zunächst einmal zu beachten, dass nach dem materiellen Recht die Bestellung eines Betreuers davon abhängt, dass der Betroffene aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht selbst besorgen kann (§ 1896 Absatz I 1 BGB). Ob dies der Fall ist, muss durch ein Sachverständigengutachten geklärt werden, in dem zur Notwendigkeit der Betreuung Stellung zu nehmen ist (§ 68b Absatz I 1 FGG). Lässt sich nicht klären, ob der Betroffene geistig krank ist, dann kann der Gutachter die Frage der Notwendigkeit der Betreuung nicht bejahen und es fehlt damit eine Voraussetzung für die Bestellung eines Betreuers”.

¹³⁷ Così R. BORK, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²², cit., § 56 Rdnr. 10.

In secondo luogo occorre rilevare che il requisito della “indispensabilità” (il c.d. *Erforderlichkeitsprinzip*) opera su un piano completamente diverso rispetto al requisito “soggettivo” della malattia o della disabilità: la *Betreuung* è indispensabile se non è già adeguatamente sostituita da altre forme di assistenza di carattere privato¹³⁸, e ciò non ha nulla a che vedere con l'accertamento delle condizioni psico-fisiche della persona; la verifica della sussistenza dei due presupposti si svolge in modo reciprocamente indipendente. A maggior ragione, poi, si può pensare che, per un soggetto ritenuto *prozessunfähig* in un procedimento civile e privo di rappresentante legale, la nomina del *Betreuer* sia considerata *erforderlich*, cioè indispensabile, perché essa si presenta in questo caso come l'unico strumento che consente al soggetto di riproporre (o che nei suoi confronti possa essere riproposta) la domanda giudiziale rigettata in quanto inammissibile per difetto della capacità processuale.

La questione sub b) (se la parte ritenuta incapace possa efficacemente opporsi alla nomina di un *Betreuer* nei suoi confronti) appare più delicata. In questo caso, infatti, sussiste effettivamente una parziale sovrapposizione fra il § 104 nr. 2 e il § 1896 Abs. 1a BGB: in entrambi i paragrafi si parla di “libera volontà” (*freier Wille*); per poter dichiarare una parte priva della capacità processuale è richiesto il suo difetto come conseguenza della malattia mentale non transitoria; la *Betreuung* richiede il suo difetto perché l'istanza possa essere accolta anche contro il volere dell'interessato¹³⁹.

¹³⁸ Cfr. le spiegazioni in nt. 135 sul significato del *Erforderlichkeitsgrundsatz*.

¹³⁹ È opportuno fare un breve cenno alla genesi del comma 1 a del § 1896 BGB. Tale disposizione è il portato della novella del 2005 (si tratta della *Betreuungsänderungsgesetz* entrata in vigore il 1.7.2005); la originaria *Betreuungsgesetz*, che ha introdotto l'istituto ed ha contestualmente abrogato la *Entmündigung* e la *Gebrechlichkeitspflegeschaft*, non conteneva alcun riferimento alla libera, contraria volontà del *Betroffene* quale ostacolo all'adozione della misura: i presupposti per la sua nomina erano soltanto quelli indicati nei commi 1-3 ed elencati nel testo. Già a partire dall'entrata in vigore dell'istituto della *Betreuung*, tuttavia, gli interpreti si sono interrogati sulla opportunità di integrare il dato letterale del § 1896 BGB, nel senso di escludere la possibilità di nominare un *Betreuer* ad un *Betroffene* che esprima una chiara e consapevole volontà contraria – e ciò al fine di proteggere il *Betroffene* da possibili ingerenze indebite nella sua sfera volitiva ed evitare di ledere il suo diritto di autodeterminazione (cfr. D. SCHWAB, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 1896 Rdnr. 23). Tale posizione, peraltro, non era affatto nuova nell'ambito delle misure di tutela dei soggetti privi di autonomia. Nel vigore della disciplina ante *Betreuungsgesetz*, il § 1910 comma 3 BGB, nell'ambito della *Gebrechlichkeitspflegeschaft*, prevedeva che fosse possibile procedere alla nomina del curatore contro il volere dell'interessato solo se con quest'ultimo „non fosse possibile pervenire ad alcun accordo” a causa della sua malattia (“Die Pflegeschaft darf nur mit Einwilligung des Gebrechlichen angeordnet werden, es sei denn, dass eine

Il problema di coordinamento fra i due istituti può effettivamente porsi quando, su un fronte, è proprio la prova della mancanza del *freier Wille* a non riuscire (ma il soggetto, nell'incertezza, è considerato *prozessunfähig*) e, sull'altro fronte, lo stesso soggetto oppone il proprio rifiuto alla *Betreuung*. È allora spontaneo chiedersi che cosa succeda in questo caso, e in particolare se l'istanza di *Betreuung* debba essere accolta o respinta laddove anche nel relativo procedimento non si riesca a raggiungere la prova del difetto di “libera volontà” espressa dal *Betroffene*.

Per rispondere appare decisivo capire su quali criteri vada misurato il *freier Wille* che esclude la *Betreuung*, e cioè se, superando il dato letterale dell'identità dell'espressione utilizzata, il *freier Wille* che, ove mancante, determina la *Geschäftsunfähigkeit* è effettivamente lo stesso che, ove presente, esclude la possibilità di nominare un *Betreuer* al beneficiario dissenziente.

In linea generale, gli interpreti affermano concordemente che il concetto di libera determinazione della volontà di cui parla il § 104 nr. 2 e quello menzionato nel comma 1 a del §1896 BGB sono “sovrapponibili nel loro nucleo”¹⁴⁰: si tratterebbe in entrambi i casi della capacità di “comprendere (*Einsicht*) e di agire conformemente a quanto si è compreso”, che, se riferita alla *Betreuung*, si declinerebbe nella capacità di “riconoscere i pro e i contro della nomina di un *Betreuer* ed effettuare una valutazione comparativa”¹⁴¹.

Verständigung mit ihm nicht möglich ist”). In pratica, secondo la lettura che di tale disposizione davano le corti tedesche, la nomina del *Pfleger* in caso di dissenso del beneficiario era legittima soltanto se quest'ultimo fosse stato ritenuto *geschäftsunfähig* (BayObLGZ 1965, 59, 62; BGH, NJW 1979, 992). Alla luce di questa previsione nel vigore della vecchia disciplina e della giurisprudenza su di essa formatasi, parte della dottrina ha ritenuto che anche per il nuovo istituto della *Betreuung* dovesse valere una limitazione analoga. La giurisprudenza (inizialmente soprattutto il BayObLG) ha accolto questa interpretazione integrativa e costituzionalmente orientata della *Betreuungsgesetz*, ritenendo che la nomina del *Betreuer* senza il consenso dell'interessato fosse possibile solo se la sua volontà non può formarsi liberamente a causa della malattia o della disabilità (BayObLG FamRZ 1994, 720; 720; BayObLG, FamRZ 1994, 1551; BayObLG, FamRZ 1996, 1370, 1371; BayObLG, FamRZ 1997, 902; OLG Hamm FamRZ 1995, 433, 435; OLG Frankfurt OLGR 1997, 68, 69). La legge del 2005, che ha novellato il § 1896 BGB introducendo il comma 1a, non ha dunque fatto altro che recepire un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato.

¹⁴⁰ D. SCHWAB, in AA. VV., *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*⁵, cit., § 1896, Rdnr. 29.

¹⁴¹ Così R. SCHULZE, § 1896, in R. SCHULZE, H. DÖRNER, I. EBERT, T. HOEREN, R. KEMPER, I. SAENGER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 7. Aufl., Baden-Baden, 2012, Rdnr. 12, e nello stesso senso G. MÜLLER in H. G. BAMBERGER, H. ROTH, G. MÜLLER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, § 1896 rn. 38 (secondo cui il fatto stesso che la *Betreuung* sia stata disposta nei confronti di un beneficiario dissenziente è generalmente considerato un indice della *Geschäftsunfähigkeit* dello stesso).

Nello specifico però, guardando alle ipotesi particolari in cui la nomina del *Betreuer* avviene contro la volontà del beneficiario, le argomentazioni degli interpreti non rispecchiano completamente questa identità: il *freier Wille* di cui al § 1896 Abs. 1a BGB sembra discostarsi da quello cui si riferisce il § 104 nr. 2 BGB. Si afferma, ad esempio, che se una malattia psichica conduce ad una limitazione, anche se non ad una piena esclusione del *freier Wille*, e al contempo sono integrati tutti i presupposti positivi della *Betreuung*, l'istanza è accolta anche in caso di dissenso dell'interessato¹⁴². In maniera ancora più significativa si sostiene che, mentre un soggetto è considerato *geschäftsunfähig* ai sensi del § 104 nr. 2 BGB (e così anche *prozessunfähig*) soltanto se *totalmente* incapace di determinare liberamente il proprio volere, l'esigenza di addivenire alla nomina di un *Betreuer* sussiste anche quando il processo di formazione del volere è influenzato dalla malattia – e perciò carente – ma non totalmente compromesso¹⁴³. In sintesi, sembra che per opporsi efficacemente all'adozione della misura, così da impedire la nomina del *Betreuer*, l'interessato debba mostrare di possedere facoltà volitive piene (di essere cioè in grado di formarsi una volontà totalmente libera e incondizionata); se il processo di formazione della volontà è compromesso anche solo parzialmente, il dissenso manifestato dal *Betroffene* non pare costituire una ragione ostativa all'accoglimento dell'istanza e così all'adozione della misura di tutela.

Alla luce di queste considerazioni, sembra possibile abbozzare una risposta all'interrogativo iniziale: se un soggetto è ritenuto *prozessunfähig* nell'ambito di un procedimento civile in applicazione della regola di giudizio, ciò significa che difetta la prova piena dell'assenza del suo *freier Wille* ex § 104 nr. 2, e che al contempo difetta la prova di una volontà totalmente libera; considerata la possibilità di esperire prove *ex officio* e considerato che, secondo la giurisprudenza, il giudice ha addirittura il dovere di tentare ogni via possibile per raggiungere la prova della capacità, è plausibile ritenere che la perdurante incertezza sulla capacità processuale sia dovuta al fatto che la facoltà del soggetto di formarsi una volontà libera sia quanto meno influenzata dalla malattia e parzialmente ridotta (benché magari non del tutto

¹⁴² A. JÜRGENS, *op. cit.*, § 104 Rdnr. 6.

¹⁴³ A. JÜRGENS, *op. cit.*, § 104 Rdnr. 13, secondo cui il *Betreuungsbedarf* (l'esigenza della *Betreuung*) sussiste anche in questo caso. Nello stesso senso R. SCHULZE, § 1896, in R. SCHULZE, H. DÖRNER, I. EBERT, T. HOEREN, R. KEMPER, I. SAENGER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 7. Aufl., Baden-Baden, 2012, Rdnr. 16.

assente); ne deriva che, in un procedimento di *Betreuung* instaurato nei confronti del soggetto, la libera volontà “residua”, “parziale” del *Betroffene* dissenziente non è sufficiente ad impedire di addivenire alla nomina di un *Betreuer* nei suoi confronti.

Si può dunque concludere che la via per impedire un possibile cortocircuito del sistema – per impedire cioè il rigetto della domanda di *Betreuung* proposta nei confronti del soggetto ritenuto *prozessunfähig* in applicazione della regola di giudizio – è quella di accogliere un’interpretazione restrittiva del concetto di *freier Wille* di cui al § 1896 Abs. 1a BGB, ritenendo che solo una volontà totalmente e pienamente libera abbia “potere di veto” rispetto all’accoglimento dell’istanza di *Betreuung*. In questo modo si può immaginare (con un ragionevole grado di certezza) che al soggetto ritenuto *prozessunfähig* in applicazione della regola dell’onere della prova possa sempre essere nominato un *Betreuer* – anche nel caso in cui questi opponga il proprio dissenso; per il tramite del *Betreuer* così nominato, egli potrà agire in giudizio¹⁴⁴ proponendo la medesima domanda che era stata rigettata in rito in ragione del difetto della capacità processuale.

¹⁴⁴ Oppure, se nel primo processo l’incapace era convenuto, questi potrà essere nuovamente convenuto in giudizio in persona del suo rappresentante legale.

CONSIDERAZIONI DI SINTESI SULL'INDAGINE CONDOTTA

In chiusura dell'indagine effettuata, per poter “tirare le somme” dello studio che si è condotto e abbozzare qualche riflessione sulle prospettive di ricerca che si aprono, si rende opportuno un sintetico confronto “in parallelo” dei tratti principali che la capacità processuale assume nei due ordinamenti esaminati, sotto i diversi profili presi in considerazione.

Osservati da un'angolazione che metta in luce il modo in cui il concetto “capacità processuale” si delinea nel diritto positivo, l'istituto previsto dall'art. 75 del nostro codice di rito e la *Prozessfähigkeit* disciplinata dalla ZPO tedesca mostrano notevoli analogie¹: la struttura normativa è simile; il legislatore processuale in entrambi i casi ha rifiutato una definizione diretta della nozione e, utilizzando la tecnica del rinvio, ha affidato al diritto sostanziale e alle sue leggi il compito di tratteggiarne i contorni. La stretta “parentela” con categorie del diritto civile influenza in maniera pregnante la vita dell'istituto e i suoi sviluppi.

Proprio dalla costruzione *per relationem* che caratterizza la capacità di stare in giudizio e la *Prozessfähigkeit*, e dai differenti contorni degli istituti sostanziali cui le due figure si legano (la capacità di agire, da un lato, e la capacità negoziale – *Geschäftsfähigkeit* – dall'altro), dipende la diversa estensione soggettiva che le categorie dei soggetti “capaci” e “incapaci” assumono nei due ordinamenti². Per meglio dire, mentre vi è un'ampia area di intersezione fra l'insieme degli incapaci in Italia e l'insieme dei *Prozessunfähige* in Germania – area che ricomprende i minori e i soggetti beneficiari di misure di protezione incidenti sulla capacità di agire –, gli ordinamenti divergono per la differente rilevanza accordata a situazioni di incapacità “di fatto”, cioè a condizioni di debolezza e infermità psichica o mentale di una parte che è maggiore di età e non è soggetta ad alcuna misura protettiva: nel sistema tedesco l'incapacità di fatto, in presenza di precisi requisiti, determina l'incapacità processuale; essa appare invece ininfluyente rispetto alla capacità processuale di cui all'art. 75 c.p.c. Soluzioni differenti, diversamente argomentate sui due fronti: la

¹ Cfr. cap. I par. 2 e cap. II sez. A) par. 1, dedicati al profilo “definitorio” della capacità processuale.

² Il profilo “soggettivo” è stato oggetto di analisi nel par. 3 cap. III e nei parr. 2-4 del cap. III sez. A).

nostra Corte costituzionale ha motivato l'irrelevanza con la necessità di garantire che le limitazioni della capacità processuale avvengano soltanto nell'ambito dei procedimenti a ciò preordinati; in Germania la scelta opposta è stata giustificata dalla dottrina con l'esigenza di garantire la possibilità di un esercizio effettivo del diritto al *Gehör* costituzionalmente tutelato.

Anche sul piano delle funzioni che alla capacità sono attribuite (piano c.d. statico), si registrano, nei due ordinamenti, sia analogie sia differenze³. Un tratto fondamentale è comune: in entrambi i sistemi di riferimento la capacità processuale delle parti condiziona la possibilità, per il giudice, di decidere il merito della controversia, il suo difetto è sanabile per opera dell'intervento del rappresentante legale dell'incapace e, se non sanato, impone la chiusura in rito del procedimento. A tale funzione si somma, per la *Prozessfähigkeit*, quella di requisito di efficacia dei singoli atti processuali, il cui difetto rende *tamquam non esset* l'atto proveniente dal (o diretto al) soggetto incapace; il *quid pluris* che caratterizza la *Prozessfähigkeit* consente di potenziare la tutela della parte incapace, evitando che possa essere pregiudicata dal proprio comportamento processuale attivo o passivo⁴.

Se si guarda al modo in cui il difetto della capacità o il dubbio sulla sua sussistenza influenzano e “modulano” lo svolgimento del processo, prevalgono senza dubbio gli elementi di diversità. Diverse sono, anzitutto, le possibilità di intervento del giudice per stimolare e agevolare la sanatoria del difetto di capacità: il nostro codice di rito prevede soltanto che il giudice, rilevato il difetto, assegni un termine perentorio per la costituzione del rappresentante o dell'assistente, e il riconoscimento dell'obbligatorietà di tale assegnazione è solo una conquista recente⁵; nel processo tedesco, invece, gli strumenti di cui il giudice dispone per agevolare la sanatoria del difetto di capacità e per dare, così, concreta attuazione al potere di *materielle Prozessleitung* che il § 139 ZPO gli conferisce (rinvio della trattazione, ammissione provvisoria dell'incapace alla trattazione, nomina di un rappresentante provvisorio all'incapace convenuto che ne sia sprovvisto, sospensione del processo), sono più numerosi e incisivi⁶. Differente è, poi, il percorso che il processo imbecca se il

³ Cfr. cap. I par. 4 e cap. II sez. B).

⁴ Anche se, come si è visto, non sembra condurre a conseguenze radicalmente diverse nei due ordinamenti con riguardo agli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale.

⁵ Cfr. quanto si è detto in cap. I, par. 5.

⁶ Cfr. cap. II sez C) (spec. par. 4).

difetto non viene sanato e le parti scelgono di “dibattere” sulla questione pregiudiziale relativa alla sussistenza della capacità: la lite sulla *Prozessfähigkeit*, chiamata *Zulassungsstreit*, è una vera e propria controversia nella controversia, dotata di proprie regole, e la sentenza di rigetto in rito che la chiude, con cui si accerta l'insussistenza del presupposto, è idonea a passare in cosa giudicata materiale⁷; nel nostro sistema processuale, invece, il momento deputato alla verifica della capacità processuale delle parti non ha alcuna autonomia concettuale né presenta alcuna peculiarità rispetto all'accertamento degli altri presupposti processuali, e l'accertamento del suo difetto, contenuto nella pronuncia di rigetto in rito divenuta definitiva, non è coperto dal giudicato sostanziale. Diverso è, infine, il ruolo che il difetto della capacità assume fra i motivi di impugnazione: il peso che l'ordinamento tedesco assegna alla *Prozessunfähigkeit* come motivo di *absolute Revision* (fra le impugnazioni ordinarie) e come motivo di *Nichtigkeitsklage* (fra gli strumenti volti ad aggredire le sentenze passate in giudicato) non ha termini di paragone nel nostro sistema processuale, dove il difetto di capacità e di rappresentanza conduce a un comune *error iuris in procedendo*, non ricompreso fra i motivi di revocazione straordinaria della sentenza.

Ancora maggiore è la divaricazione che si registra, fra i due ordinamenti, se si guarda al tema dell'onere della prova⁸. Per meglio dire, mentre le diverse caratteristiche “dinamiche” della nostra capacità e della *Prozessfähigkeit* sono (quanto meno in parte) il prodotto di scelte differenti compiute dal legislatore, in quest'ambito il dato normativo di partenza è analogo; non lo è, invece, l'attenzione dedicata dal formante dottrinale a questi temi e, di conseguenza, il livello di profondità e di ampiezza che il dibattito su di essi ha raggiunto. Nel nostro ordinamento processuale, così come in quello tedesco, la legge prevede soltanto che il giudice possa rilevare d'ufficio il difetto di capacità, mentre nulla dice su come egli sia chiamato a decidere in caso di incertezza sulla sua sussistenza. Su questo dato la *Rechtslehre* tedesca ha imbastito un dibattito articolato e lucido, le cui posizioni dominanti si delineano, oggi, in maniera piuttosto chiara: quanto all'onere soggettivo, si tende a riconoscere al giudice un potere di disporre d'ufficio prove

⁷ V. cap. II sez. C) par. 5 e 6.

⁸ Al tema dell'onere (soggettivo e oggettivo) della prova sono stati dedicati il par. 6 del cap. I e tutto il cap. III.

volte far chiarezza sulla sussistenza della *Prozessfähigkeit*, a negare invece che egli abbia un *dovere* in tal senso e a negare la vigenza del principio del *Freibeweis*⁹; quanto all'onere oggettivo, è prevalso l'orientamento che ha attribuito all'attore l'onere di provare la capacità di entrambe le parti, non però in via preventiva, ma soltanto quando circostanze oggettive (sollevate, generalmente, dalle contestazioni del convenuto) portino a dubitarne. Al contrario, come si è potuto constatare, la nostra dottrina si è perlopiù disinteressata non solo al problema specifico dell'onere probatorio della capacità processuale, ma anche a quello più generale riguardante l'onere della prova dei presupposti processuali (rispetto al quale, invece, tutti gli autori tedeschi occupatisi, più o meno da vicino, del tema della *Beweislast*, hanno preso posizione): tutt'oggi si registra una vistosa assenza di ricostruzioni concettuali sistematiche e coerenti che diano all'interprete direttive precise su come vada ripartito il carico probatorio per le condizioni di decidibilità della causa nel merito.

Questo rapido e sintetico raffronto non fa che confermare, ad avviso di chi scrive, un'impressione cui si è già fatto cenno nella parte introduttiva, più volte riaffacciata nel corso dell'indagine. Se si procede oltre il livello puramente nozionistico e superficiale, che mostra due concetti tutto sommato analoghi, e si sondano più in profondità e nel dettaglio gli aspetti di rilevanza delle due figure, la *Prozessfähigkeit* appare come un organismo complesso, ricco e articolato, i cui vari profili si compenetrano e si completano tra loro, mentre la nostra capacità – per proseguire la similitudine naturalistica – assume invece le forme di un'entità elementare, di un organismo unicellulare, interessante solo per la sua appartenenza ad un determinata famiglia (quella delle condizioni di decidibilità della causa nel merito) e per le proprietà che da tale appartenenza gli derivano. E ancora: volendo insistere, si può dire che la *Prozessfähigkeit* è una fotografia ad alta definizione, dove i contorni dell'oggetto ritratto spiccano netti e precisi, mentre la capacità processuale che il nostro ordinamento conosce è un'immagine fuori fuoco, a bassa risoluzione, dove solo alcuni profili dell'oggetto raffigurato appaiono nitidi, mentre altri sfumano nello sfondo. In sintesi, e fuor di metafora, l'impressione è quella di due figure analoghe ma decisamente non in equilibrio per il diverso livello di approfondimento teorico e di discussione di cui sono state oggetto.

⁹ Come si è visto, tuttavia, questa linea di pensiero si scontra con l'orientamento della prevalente giurisprudenza, di segno contrario: cfr. cap. III, sez. A), par. 1.

L'attenzione disomogenea che i due istituti hanno ricevuto nei rispettivi ordinamenti appare collegata, quanto meno in parte, alla diversa conformazione che le categorie dei soggetti capaci e incapaci assumono, alla diversa dimensione soggettiva che le due figure occupano. Più precisamente, si ha l'impressione che la rilevanza o, all'opposto, l'irrilevanza delle situazioni di incapacità "di fatto" ai fini della capacità processuale, influisca non soltanto sulla dimensione soggettiva dell'istituto, ma si ripercuota in via indiretta anche sulla morfologia degli altri suoi profili, e che da essa dipenda il grado di interesse che gli interpreti hanno mostrato verso la capacità processuale nel suo complesso.

È chiaro, infatti, che se il giudice è chiamato ad accertare caso per caso la capacità di una parte sulla base di una valutazione delle sue condizioni mentali e psichiche, ciò porta con sé tutta una serie di risvolti e di problematiche, che la semplice verifica di un dato anagrafico (l'età) o l'esame di un provvedimento adottato da un altro giudice (il provvedimento di interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno o *Betreuung*) sono ben lungi dal sollevare.

Per esempio, per acclarare la capacità "di fatto" di una parte si rende normalmente necessaria una consulenza medico-psichiatrica, alla quale, tuttavia, il soggetto può rifiutare di sottoporsi; non è affatto improbabile che le parti non riescano a raggiungere la prova della capacità o dell'incapacità e che il giudice ritenga opportuno intervenire, disponendo prove d'ufficio; può darsi, poi, che la capacità rimanga incerta anche dopo l'esperimento delle prove disposte *ex officio* e che il giudice sia chiamato a decidere in base all'onere della prova. È facile credere, invece, che tutti questi problemi si pongano con una frequenza decisamente minore nel caso in cui l'incapacità riguardi i minori o i soggetti sottoposti a misure di protezione.

Non solo sul piano probatorio, ma anche su quello "dinamico" questa differenza sembra incidere fortemente: mentre per i minori o per gli incapaci "giudizialmente dichiarati" la sanatoria del difetto di capacità avviene semplicemente con l'ingresso nel processo del rappresentante legale che già è presente, nel caso dell'incapacità processuale dovuta a semplice infermità mentale non vi è (normalmente) alcun rappresentante legale, e la sanatoria può avvenire soltanto dopo la sua nomina; per questo appare necessario predisporre dei particolari meccanismi

che consentano di “coordinare” il processo in cui l’incapace “di fatto” è parte con i procedimenti di giurisdizione volontaria preordinati alla nomina del rappresentante legale.

Insomma, la diversa rilevanza che l’incapacità di fatto assume nei due ordinamenti processuali appare in grado di spiegare, almeno parzialmente, diverse disomogeneità che i due ordinamenti presentano: in primis, l’importanza accordata, nel processo tedesco, alla lite sulla capacità, come fase concettualmente autonoma dotata di regole proprie, che non conosce pari all’interno del nostro processo; in secondo luogo, la molteplicità di strumenti affidati al giudice dalla ZPO (la sospensione del processo in attesa della nomina, l’ammissione provvisoria, la nomina di un rappresentante provvisorio, ecc.) per agevolare la sanatoria del difetto di capacità processuale anche laddove l’incapace sia sprovvisto di rappresentante legale; in terzo luogo, la centralità del tema dell’onere della prova della capacità processuale (in senso sia soggettivo sia oggettivo) all’interno del dibattito portato avanti dalla dottrina tedesca, e, all’opposto, lo scarso interesse verso la questione dimostrato dagli interpreti italiani.

Naturalmente, non tutti i punti di disequilibrio fra i due sistemi trovano giustificazione in questo elemento, nella differente estensione soggettiva della capacità processuale. È sufficiente osservare, in proposito, che non solo il problema specifico dell’onere della prova della capacità processuale, ma anche il tema più generale dell’onere della prova dei presupposti processuali è stato pressoché ignorato dagli interpreti del nostro Paese (mentre ha invece ricevuto un’attenzione costante da parte dei processualisti tedeschi). Questo elemento non spiega neppure perché l’interesse della dottrina italiana per il profilo soggettivo della capacità processuale si sia arrestato di fronte al dettato del diritto positivo, alle categorie di soggetti capaci e incapaci delineate dal legislatore, e perché – mentre la dottrina tedesca si è mostrata attenta al tema della “identità” dei soggetti incapaci e delle tipizzazioni imposte dal legislatore – quasi nessuno si sia spinto a riflettere sulle ragioni di fondo delle scelte legislative.

Proprio i due temi ora accennati – la scelta di non includere gli incapaci naturali fra gli incapaci processuali (e le sue ripercussioni), e l’onere della prova della capacità come presupposto processuale – appaiono, fra tutti, quelli più

scarsamente approfonditi da parte della nostra scienza giuridica, rispetto ai quali più evidente è il difetto di indagine. È su questi due punti, sulle prospettive di indagine che essi aprono, che si intende fare qualche breve considerazione (anche *pro futuro*).

1. Come si è visto¹⁰, la Corte costituzionale italiana, nelle occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione, ha sempre ritenuto che la scelta legislativa di non includere l'incapacità naturale o “di fatto” fra le cause di incapacità processuale sia conforme alla costituzione, e in particolare all'art. 24 Cost. Le ragioni su cui questa decisione si fonda sono essenzialmente due: anzitutto, sarebbe lo stesso art. 24 Cost., il principio di difesa, ad esigere che un soggetto non sia privato della capacità al di fuori dei procedimenti speciali a ciò preordinati (l'interdizione, l'inabilitazione, l'amministrazione di sostegno)¹¹; in secondo luogo, la tutela dell'incapace “di fatto” nel processo sarebbe già garantita dagli strumenti che l'ordinamento appresta allo scopo, e pertanto non vi sarebbe necessità di “incapacitare in via incidentale” un soggetto per garantirgli la possibilità di difendersi adeguatamente¹².

A parere di chi scrive, le argomentazioni offerte dalla Corte costituzionale non convincono appieno.

La prima motivazione si fonda su una lettura dell'art. 24 Cost. soltanto parziale e forse non del tutto “centrata”. Nell'art. 24 Cost., riferito alla situazione dell'incapace “di fatto” nel processo, la Corte sottolinea l'aspetto “negativo”, il diritto di ogni soggetto a far valere da sé e in via immediata le proprie pretese, e a

¹⁰ V. Cap. II Sez. A), par. 4.

¹¹ V. la già citata Corte cost. ord. 19 gennaio 1988 n. 41: “[...] qualsiasi limitazione della capacità processuale per gli incapaci naturali si giustifica solo nei casi in cui l'infermità mentale sia tale da poter dare luogo ad un procedimento di interdizione o di inabilitazione” e perciò “[...] non si ravvisa alcun contrasto tra la norma impugnata ed il diritto di difesa degli infermi di mente, garantito proprio dalla mancata estensione dell'incapacità processuale al di fuori della disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione”. V. anche Corte cost. sent. 2 novembre 1992 n. 468, secondo cui “la garanzia di difesa nel processo comprende anche il diritto di non essere privato della capacità processuale, se non mediante un giudizio in cui è previsto l'esame dell'infermo di mente e nel quale lo stesso può compiere da solo tutti gli atti del procedimento”.

¹² V. spec. Corte cost. sent. 2 novembre 1992 n. 468: “[...] L'ordinamento già appresta, ed è opportuno che ne predisponga di sempre più efficaci, strumenti di tutela dell'infermo, anche quando tale condizione non sia stata ancora giudizialmente accertata come idonea a determinare la interdizione o la inabilitazione”. V. anche Corte cost. ord. 3 maggio 2006 n. 198 (“l'ordinamento prevede – specie a seguito della legge 9 gennaio 2004, n. 6 – forme di protezione dell'incapace naturale, che, attesa l'estrema varietà di ipotesi nelle quali tale forma di incapacità può darsi [...] prendono già in considerazione – anche attraverso provvedimenti provvisori – l'esigenza che tale protezione consegua ad un procedimento adeguato alla gravità di un provvedimento che incide sulla capacità di agire”).

salvaguardare la propria capacità legale di agire (anche di agire nel processo) contro possibili ingerenze del potere giurisdizionale; secondo questo punto di vista il principio di difesa si riduce a un principio di libertà, che tutela l'incapace naturale di fronte a interventi limitativi e ablativi della sua capacità processuale, legittimando soltanto quelli disposti da un apposito giudice, all'esito di un apposito procedimento a ciò preordinato (l'interdizione, l'inabilitazione, l'amministrazione di sostegno)¹³.

Questa lettura "garantista" mette in luce, tuttavia, soltanto una faccia del principio di difesa, mentre ne lascia completamente in ombra un'altra, di importanza centrale, che probabilmente ne rappresenta il vero nucleo: si tratta della garanzia soggettiva del contraddittorio, del diritto a poter partecipare in maniera effettiva al processo e a poter influire sull'esito del giudizio¹⁴ - diritto che rappresenta un contenuto comune dell'art. 24 Cost. e dell'art.103 GG, dove prende il nome di *Anspruch auf rechtliches Gehör*. È evidente, infatti, che la partecipazione dell'incapace "di fatto" al processo civile pone il giudice e gli interpreti in generale di fronte a un problema di deficit "strutturale" di possibilità di difesa intesa come partecipazione effettiva: il problema principale, allora, non è tanto quello di salvaguardare la capacità legale di agire del soggetto, ma è soprattutto quello di garantirgli una partecipazione *effettiva* al processo, di garantirgli la possibilità di incidere *realmente* sul contenuto della decisione del giudice.

Inteso in questo modo, l'art. 24 Cost. impone dunque al legislatore ordinario di garantire *l'effettività* del diritto di difesa in giudizio dell'incapace naturale.

Peraltro, sembra corretto affermare che il principio di effettività della difesa ponga non già un vincolo di mezzi, ma soltanto un vincolo di risultato per il legislatore ordinario: la via per garantirne il rispetto, quando una parte è incapace "di fatto", sembra essere libera, purché idonea a garantire la reale possibilità di esercizio del diritto. In altri termini, non sembra che il suddetto principio imponga di ricomprendere gli incapaci naturali fra gli incapaci processuali, in linea con il

¹³ Sia consentito di aggiungere, in punta di penna, che su questo punto la Corte sembra richiamarsi più all'art. 25 che all'art. 24 Cost: il costante riferimento (contenuto in tutte le sentenze citate) al fatto che la capacità processuale non può essere "toccata" se non "nelle sedi adeguate", e cioè da parte del giudice dell'interdizione, dell'inabilitazione, o del giudice tutelare che dispone l'amministrazione di sostegno, sembra ispirato non tanto dal principio di azione e difesa, quanto piuttosto dal principio del giudice naturale precostituito per legge.

¹⁴ V. spec. N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, cit., 372, e L. P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, cit., 303-304.

modello tedesco, e così che l'irrelevanza dell'incapacità di fatto ai fini dell'incapacità processuale ne costituisca necessariamente una violazione. Si tratta, piuttosto, di capire se gli strumenti che l'ordinamento appresta alla tutela dell'incapace naturale nel processo siano idonei a raggiungere il risultato anzidetto.

La risposta della Consulta, secondo cui la protezione processuale dell'incapace naturale nel processo si realizzerebbe già adeguatamente attraverso la comunicazione fra il giudice e il pubblico ministero (artt. 70 cpv. e 71 comma 2°, c.p.c.), e attraverso l'instaurazione, su istanza di quest'ultimo, di un procedimento di interdizione, inabilitazione, o amministrazione di sostegno nei confronti dell'incapace naturale, non è persuasiva¹⁵.

Beninteso, la via ordinaria per fare in modo che a un soggetto in stato di infermità mentale o di debolezza psichica sia nominato un rappresentante legale, il quale poi possa intervenire nel processo in corso e assumerne le difese con funzioni vicarie, è certamente rappresentata dall'instaurazione di un procedimento finalizzato all'adozione di una misura di protezione; a questo scopo, il giudice può comunicare gli atti al pubblico ministero, questi può intervenire nel procedimento in corso e contemporaneamente promuovere uno dei procedimenti di cui agli artt. 404 ss. c.c. Non è chi non veda, tuttavia, come il percorso indicato dalla Corte presenti degli elementi che stridono con l'effettività della tutela dell'incapace naturale: esso si basa, infatti, sull'esercizio "a catena" di poteri discrezionali da parte del pubblico ministero e del giudice – fatto che, all'evidenza, rende del tutto eventuale la tutela

¹⁵ V. Corte cost. sent. 2 novembre 1992 n. 468 : “Non mancano disposizioni volte alla protezione processuale di chi versi in stato di permanente incapacità naturale, come nella situazione prospettata dal Tribunale di Padova. L'ordinamento giudiziario comprende tra le attribuzioni generali del pubblico ministero la tutela dei diritti degli incapaci, anche mediante la richiesta, nei casi di urgenza, dei necessari provvedimenti cautelari (art. 73 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12). La tutela degli incapaci, prevista quale tipica attribuzione del pubblico ministero, risponde ad un interesse pubblico, che, in quanto tale, abilita il pubblico ministero ad intervenire nel processo (art. 70, ultimo comma, del codice di procedura civile) nel quale l'incapace, non ancora interdetto o inabilitato, sia parte. D'altra parte, in presenza di una causa nella quale il pubblico ministero può intervenire, è previsto che il giudice davanti al quale il giudizio è proposto ordini la comunicazione degli atti al titolare di quell'ufficio (art. 71 del codice di procedura civile) perché, nel doveroso esercizio delle sue funzioni e ricorrendone i presupposti, il pubblico ministero assuma le iniziative necessarie per tutelare la posizione dell'incapace nel processo già pendente, promuovendo, ove del caso, il procedimento di interdizione o di inabilitazione e chiedendo la urgente nomina di un tutore o di un curatore provvisorio. Non mancano dunque strumenti volti ad evitare pregiudizi per l'incapace naturale nel processo e ad attivare con urgenza la sua rappresentanza o assistenza”.

Quanto alle misure di protezione di cui il Pubblico ministero potrebbe promuovere l'adozione, Corte cost., ord. 3 maggio 2006 n. 198 evidenzia il fatto che dal 2004, oltre alle misure incapacitanti tradizionali, vi è anche l'amministrazione di sostegno (“l'ordinamento prevede – specie a seguito della legge 9 gennaio 2004, n. 6 – forme di protezione dell'incapace naturale”).

del diritto di difesa dell'incapace naturale¹⁶ – e si mostra inoltre fisiologicamente inadeguato a fronteggiare situazioni di urgenza, in cui è necessario l'intervento immediato del rappresentante legale in giudizio, pena l'infruttuosità della tutela¹⁷.

Insomma, gli strumenti che il giudice delle leggi indica per colmare il “deficit di difesa” dell'incapace naturale nel processo non appaiono in grado di rispondere in maniera puntuale e costante all'esigenza di garantire a quest'ultimo una partecipazione effettiva al procedimento.

Di fronte a questa constatazione, e di fronte alla bocciatura, da parte della Consulta, della soluzione offerta da qualche giudice di merito di estendere l'area di applicazione dell'art. 78 c.p.c. (la nomina di un curatore provvisorio) anche all'incapace naturale (oltre che all'incapace legale)¹⁸, una voce isolata della dottrina ha avanzato una proposta decisamente originale: quella di colmare la carenza di strumenti atti a prevenire la lesione del diritto di difesa dell'incapace naturale, attraverso un rimedio *ex post*, che consenta di porre nel nulla gli atti processuali compiuti e la sentenza emessa in esito al procedimento in cui l'incapace non ha

¹⁶ Così, in termini fortemente critici, G. COSTANTINO, *Il giubileo del medico dei pazzi: l'incapace naturale nel processo civile*, cit., 1047: “[...] il processo, infatti, implica l'applicazione di regole predeterminate e [...] costituisce un essenziale strumento di democrazia, in quanto dovrebbe servire a rendere prevedibile la decisione, rendendo trasparenti e verificabili le regole del «giudizio»”; ancora “con specifico riferimento alla questione affrontata dalla Corte costituzionale, le esigenze di tutela dell'incapace naturale o sono affatto irrilevanti, oppure meritano di essere considerate in sede legislativa”, perché “non appare, invece, ammissibile che siano affidate all'esercizio meramente discrezionale dei poteri ufficiosi del giudice”.

¹⁷ Proprio l'urgenza (la necessità di provvedere in tempi rapidi alla nomina di un soggetto vicario all'incapace di fatto) ha motivato alcune originali soluzioni della giurisprudenza di merito, la più rilevante delle quali è l'estensione dell'applicazione dell'art. 78 c.p.c. anche al caso in cui il rappresentante legale “manca” perché non esiste ancora (si tratterebbe allora di nominare all'incapace naturale un curatore provvisorio, nell'attesa della conclusione del procedimento di interdizione e della nomina del tutore, ovvero della nomina di un tutore provvisorio in tale sede) (v. ad es. Trib. Cuneo, 28 novembre 1997 (decr.), in *Giur. it.*, 1998, III, 1846 ss.). Questa soluzione è stata però (e come prevedibile) bocciata da Corte cost., ord. 3 maggio 2006, n. 198, che ha lapidariamente affermato come l'art. 78 si riferisca solo al soggetto la cui incapacità sia stata *già* giudizialmente accertata.

Va osservato, peraltro, che ad avviso della Consulta l'ordinamento prevedrebbe già adeguati strumenti per garantire la tutela del diritto di difesa dell'incapace naturale anche in situazioni di urgenza: si tratterebbe della possibilità di nominare, nell'ambito dei procedimenti di interdizione, inabilitazione, amministrazione di sostegno, un rappresentante provvisorio al futuro beneficiario della misura di protezione, il quale potrebbe “intervenire” nel giudizio in corso per tutelare gli interessi del suo rappresentato. A tal proposito non si può fare a meno di notare, che, benché questo strumento consenta di velocizzare i tempi rispetto alla nomina del rappresentante legale “definitivo”, comunque non permette un intervento *immediato* (come lo permetterebbe, invece, la nomina di un curatore provvisorio da parte dello stesso giudice del processo in cui l'incapace naturale è parte), e in ogni caso soffre del vizio di rimettere la tutela dell'incapace naturale a decisioni discrezionali del giudice (di comunicare gli atti al P.m.) e del Pubblico ministero (di instaurare il procedimento volto all'adozione della misura di protezione).

¹⁸ V. Corte cost., ord. 3 maggio 2006, n. 198.

potuto partecipare in maniera effettiva¹⁹. In concreto, la via per realizzare questa tutela *ex post* consisterebbe nella revocazione della sentenza, e il modo per renderla percorribile sarebbe una pronuncia additiva della Corte costituzionale che dichiari illegittimo l'art. 395 c.p.c. nella parte in cui non prevede, fra i motivi di revocazione, l'incapacità naturale della parte²⁰.

La proposta ha certamente il merito di portare l'attenzione su un problema che ad oggi, nonostante le rassicurazioni della Consulta, non sembra risolto, ma è superfluo osservare che l'idea di una revocazione “per incapacità naturale” può senz'altro apparire discutibile e di difficile realizzazione (richiedendo una pronuncia della Corte costituzionale fortemente manipolativa).

A parere di chi scrive, l'unico strumento “prontamente disponibile” (che non richiede cioè, interventi della Consulta) per rimediare *ex post* al deficit di difesa dell'incapace naturale nel processo è l'istituto previsto dagli artt. 153 e 294 c.p.c., cioè la remissione in termini: sembra, infatti, che la “causa non imputabile” presupposta da questo rimedio a carattere generale possa agevolmente includere al suo interno anche l'incapacità “di fatto” che ha impedito alla parte di costituirsi in giudizio, o di compiere una certa attività o atto entro un termine perentorio²¹; non

¹⁹ G. COSTANTINO, *Il giubileo del medico dei pazzi: l'incapace naturale nel processo civile*, cit., 1048. Gli fanno eco E. DALMOTTO, nel commento a Corte cost. sent. 2 novembre 1992, n. 468, in *Giur. it.*, 1994, I, 20; V. MAURINI, *L'incapacità naturale*, cit., 191 e nota (9); E. VULLO, *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, cit., 1848 e nota (25).

²⁰ Occorre far presente, per inciso, che la proposta di includere l'incapacità naturale fra le ipotesi che legittimano la proposizione della revocazione straordinaria, benché isolata, si ricollega ad un'esigenza diffusamente avvertita in dottrina, vale a dire quella di ampliare i motivi di revocazione straordinaria, così da ricomprendervi ipotesi ulteriori di grave ingiustizia del giudicato, contro i quali, ad oggi, non è previsto rimedio. Si fa riferimento, ad esempio, al dibattito sull'opportunità di “forgiare” un nuovo motivo di revocazione per il caso in cui il giudicato sia contrario al “diritto comunitario”: v. in proposito R. CAPONI, *Corti europee e giudici nazionali*, Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana degli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 Settembre 2009 (ove si parla anche della contrarietà del giudicato rispetto alla Cedu e del rimedio della riapertura del procedimento per farvi fronte- suggerito dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo e adottato da alcuni ordinamenti); C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. Dir. proc.*, 2008, 224 ss. (che suggerisce al legislatore di “coniare un motivo di revocazione straordinaria esperibile sia dalle parti sia dal p.m.” per il caso in cui il giudicato civile interno “mette a repentaglio la preminenza di una decisione vincolante della Commissione” – proprio come nel caso Lucchini).

²¹ Del resto, l'idea che la causa non imputabile possa ricomprendere anche la malattia, l'infermità mentale o l'incapacità naturale non è nuova. Già C. E. BALBI in *Enc. Giur.*, voce *Remissione in termini (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1993, parlava di una “malattia grave che abbia alterato per qualche tempo le facoltà del contumace” come possibile causa di rimessione in termini; dopo la novella del 2009, S. BOCCAGNA, sub art. 153 in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1782, si riferisce espressamente all'incapacità naturale, e C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. Giur.*, 2009, 877, spec. 878,

pare esservi ostacolo alcuno affinché l'incapace naturale (anche a mezzo del rappresentante legale nel frattempo nominatogli) chieda e ottenga di essere rimesso in termini.

Naturalmente la remissione in termini non è in grado di garantire un rimedio costante contro le violazioni del diritto di difesa dell'incapace naturale, ma si limita a presidiare i casi in cui questi – a causa della sua incapacità – sia incorso in una decadenza; se si considera però che, dopo la novella del 2009, l'istituto trova applicazione anche nei confronti dei termini di impugnazione delle sentenze²², è ragionevole credere che lo strumento possa rimediare a un numero non indifferente di violazioni del diritto di difesa dell'incapace naturale.

È chiaro, tuttavia, che una tutela soltanto *ex post*, che rimedi alla violazione già avvenuta, per quanto ampia sia, è una tutela monca, che non garantisce lo stesso livello di protezione di un strumento preventivo.

Non si può, allora, che concludere con un auspicio: l'auspicio che l'invito agli interpreti di “*farsi carico di cercare in altri istituti lo strumento più adatto alla tutela dei diritti dell'incapace naturale*”²³ sia accolto, e che il problema sia finalmente avvertito e affrontato dalla dottrina.

2. Poche righe non sono sufficienti per ricostruire in maniera coerente e organica il tema della ripartizione dell'onere della prova dei presupposti processuali. Possono però bastare per mettere qualche piccolo punto fermo in questo ampio terreno vergine, e per capire quale sia la regola più plausibile per la prova della capacità processuale.

vi ricomprende anche una “lunga degenza per una grave malattia in ospedale, pur se non tale da rendere incapace di intendere e di volere”.

²² V. ad es. C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. Giur.*, 2009, 737, che a proposito del novellato art. 153 afferma: “Si tratta di una previsione di portata generale, che quindi potrà funzionare anche per i termini perentori di impugnazione dei provvedimenti - anche quelli idonei a sprigionare l'efficacia di accertamento incontrovertibile - e quindi aprire nuovi spazi per mitigazioni equitative nel campo stesso della formazione della cosa giudicata, spazi dunque tanto promettenti quanto, per altri versi, suscettibili di creare problemi acuti e talora situazioni realmente pericolose”.

²³ E. VULLO, *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giur. it.* 1998, III, 1846.

Come si è visto²⁴, la dottrina italiana non ha assunto una posizione chiara al riguardo, e le poche opinioni riferite a questo tema non sembrano affatto concordi né fondate su una medesima linea argomentativa. Si riscontra, tuttavia, un'affermazione ricorrente: l'attore sarebbe chiamato a dimostrare "la legalità della via perseguita"²⁵ e dunque, in linea generale (e salvo porre diversi distinguo), a fornire la prova dei presupposti processuali²⁶.

Questo "orientamento", se così si può chiamare visto l'esiguo numero di voci che lo compongono e la loro disomogeneità, non chiarisce però un elemento fondamentale: se la prova dei presupposti debba essere data in via preventiva, cioè prima e a prescindere dalla contestazione del convenuto o (per i presupposti rilevabili d'ufficio) dalla richiesta di chiarimenti effettuata dal giudice ai sensi dell'art. 183 comma 5° c.p.c., oppure soltanto in seguito ad esse. Il primo punto fermo che occorre porre concerne proprio questo profilo.

Poiché nella prassi non avviene quasi mai che chi propone la domanda si preoccupi di dimostrare l'esistenza dei presupposti processuali a prescindere da una contestazione di controparte o di una sollecitazione del giudice, la risposta più ovvia è che l'attore non abbia alcun onere di fornire la prova dei presupposti in via "preventiva". Oltre che dalla prassi concreta, questa soluzione è stata supportata anche da argomentazioni teoriche: si è detto, ad esempio, che i fatti che l'attore ha l'onere di provare, ai sensi dell'art. 163 n. 5) c.c. sono soltanto quelli posti a fondamento della domanda, e che, non essendo quest'ultima volta ad accertare l'esistenza dei presupposti, l'attore non sarebbe tenuto a darne la prova²⁷; si è sostenuto, poi, che i presupposti hanno un rilievo di "requisiti generici normalmente presenti" e divengono rilevanti solo in caso di difetto (o nel caso in cui la loro sussistenza è messa in dubbio), e che pertanto non avrebbe senso richiederne la prova a prescindere da una contestazione²⁸; si è affermato, infine, che l'art. 2697 c.c. onera l'attore di provare i fatti posti a fondamento del diritto fatto valere, e tali fatti non

²⁴ Cfr. Cap. I par. 6.

²⁵ L'espressione è di G. A. MICHELI, *op. cit.*, 401.

²⁶ Così, sostanzialmente, G. A. MICHELI, *op. cit., loc. ult. cit.*, e E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, cit., 427.

²⁷ Cfr. G. DE LUCA, *op. cit.*, 15.

²⁸ L'espressione fra virgolette è di E. T. LIEBMAN, *Manuale*, cit., 341, ma l'argomento è sempre di DE LUCA, *op. cit., loc. ult. cit.*

includono i presupposti, pena il totale svuotamento di significato del termine “diritto”²⁹.

Alla luce di queste considerazioni, la soluzione più ovvia appare dunque anche la più corretta: le condizioni di decidibilità della causa nel merito non richiedono di esser provate in via preventiva, ma solo dopo che la loro esistenza è stata “messa in discussione” (da parte del convenuto che l’ha contestata oppure da parte del giudice che abbia sollevato il dubbio sull’esistenza del presupposto e richiesto chiarimenti).

Acclarato ciò, il problema principale che si pone è quello di capire se effettivamente le contestazioni sull’esistenza di un presupposto facciano ricadere sull’attore l’onere della prova, in quanto parte chiamata a dimostrare la legalità della via perseguita.

Come si è visto, la risposta che gli interpreti tedeschi danno al quesito è tendenzialmente affermativa. Attraverso percorsi molto diversi, e con qualche oscillazione nel risultato³⁰, i vari orientamenti dottrinali si sono trovati sostanzialmente concordi nell’affermare che è l’attore a dover farsi carico dell’onere della prova delle *Prozessvoraussetzungen*, e cioè dei presupposti processuali rilevabili d’ufficio – fra cui è ricompresa anche la capacità processuale.

Osservato che la classificazione dei presupposti processuali operata dalla *Rechtslehre* tedesca, e in particolare la distinzione fra *Prozessvoraussetzungen* e *Prozesshindernisse* effettuata da Rosenberg, è stata recepita dalla dottrina italiana, che l’ha fatta propria senza però trarne le necessarie conseguenze in termini di ripartizione dell’onere della prova³¹, non si vedono ostacoli acché, in linea assolutamente generale, questo modello sia accolto anche per ciò che concerne la regola di giudizio applicabile.

A questa conclusione parziale occorre però aggiungere subito un altro dato. L’analisi condotta ha mostrato che, nel dibattito “specifico” riferito alla regola di

²⁹ V. sempre G. DE LUCA, *op. cit.*, 14.

³⁰ Si fa riferimento, in particolare, al fatto che, mentre per i sostenitori della *Normentheorie* la regola che grava l’attore dell’onere di provare la sussistenza dei presupposti subirebbe una deroga per le *negative Prozessvoraussetzungen*, per le *Prozesshindernisse*, e nei casi di sua contumacia o di rinuncia alla domanda, per B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, cit., 174 ss. (e per coloro che hanno accolto la tesi dell’unitarietà dell’oggetto del giudizio) essa non conoscerebbe eccezioni e si applicherebbe anche in tali ipotesi. V. Cap. III sez. B) par. 2.

³¹ Cfr. quanto si è detto nel cap. I. par. 6.

giudizio applicabile alla *Prozessfähigkeit* sono confluite argomentazioni ulteriori e diverse rispetto a quelle date dalla semplice appartenenza della capacità alla categoria delle *Prozessvoraussetzungen*: gli argomenti su cui i due opposti schieramenti si sono fronteggiati con maggior vigore, e che in definitiva si sono mostrati dirimenti, hanno riguardato – non già la capacità come *species* del *genus* presupposti, bensì – i tratti e le caratteristiche specifiche della *Prozessfähigkeit*, il suo legame con la capacità sostanziale, la formulazione delle norme ad essa dedicate, e soprattutto i valori e gli interessi che essa sottende³².

Da questa constatazione si ricava la netta impressione che non sia possibile ragionare di onere della prova della capacità processuale senza porsi sul piano *particolare* del presupposto processuale in questione e senza rivolgere lo sguardo alla sua fisionomia specifica e agli interessi cui è legato. Impressioni, questa, che del resto non deve stupire, se si considera la notevole “componente umana” che questo peculiare presupposto contiene, e il suo immediato collegamento con diritti e interessi della persona (i quali, come si è visto, ricevono anche una tutela costituzionale).

Ecco allora posto un altro piccolo tassello: anche l'indagine sull'onere della prova della nostra capacità processuale non può prescindere dall'esame di questi aspetti specifici, e in particolare (a) dalla sua “struttura” di diritto positivo, e b) dai valori cui si ricollega.

Ebbene: per ciò che concerne l'aspetto sub a), non sembra che da esso sia possibile ricavare alcuna indicazione utile per la ripartizione dell'onere della prova. Da un lato, infatti, la formulazione dell'art. 75 c.p.c. non aiuta l'interprete ad orientarsi su questo punto, e dall'altro neppure il legame con l'art. 2, e la regola probatoria ad esso applicabile sembra poter venire in soccorso: se è indubbio che è il difetto della capacità di diritto sostanziale a dover essere provato da chi lo contesta, questa regola sembra essere legata a doppio filo alla natura di eccezione in senso stretto dell'incapacità (sia legale che naturale), e il fatto che l'incapacità processuale sia, al contrario, rilevabile d'ufficio, rende “inservibile” la regola di giudizio applicata alla prima.

³² V. soprattutto Cap. III, sez. B) par. 5-7.

Per quanto riguarda, invece, l'aspetto sub b), l'impressione è che gli interessi in campo siano i medesimi che hanno giocato e giocano un ruolo determinante nel dibattito sull'onere della prova della *Prozessfähigkeit*. Da un lato, in particolare, la protezione dell'incapace e la tutela del suo diritto di difesa (che verrebbe lesa se la parte ritenuta capace sulla base della regola dell'onere della prova fosse in realtà incapace), e dall'altro la tutela del suo diritto all'autodeterminazione (che rischia di essere compromesso se la parte accertata incapace in applicazione della regola di giudizio è in effetti capace).

Se tutto ciò è corretto, non si vedono motivi per cui le stesse ragioni che hanno portato, in Germania, al prevalere della regola che onera l'attore della prova della *Prozessfähigkeit*, non debbano valere anche per la capacità regolata dall'art. 75 c.p.c.: la tutela al massimo grado del diritto di difesa dell'incapace nel processo, anche in maniera prioritaria rispetto al diritto di autodeterminazione del soggetto capace; la "maggiore tollerabilità" di una sentenza ingiusta di rito, che non ricada sulla pretesa sostanziale fatta valere, rispetto all'eventualità che l'ingiustizia "si consolidi" in un giudicato di merito.

BIBLIOGRAFIA

ABEL W., *Zur Nichtigkeitsklage wegen Mängel der Vertretung im Zivilprozess*, München, 1995

ABEND H., *Prozesse nicht Parteifähiger und nicht existenter Parteien*, Erlangen, 1953.

ADOLPH D., FOSTER A., *Prozessfähigkeit und unerwünschte Prozesse*, in *BtPrax* 2005, 129.

ALLORIO E., *Diritto processuale tributario*, Torino, 1953.

ALLORIO E., *Osservazioni sul fatto notorio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1934, II, 3 ss.

ALLORIO E., *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957.

ALLORIO E., *Processo e apparenza giuridica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1940, 68.

AMIRANTE F., *La giurisdizione e la sua verifica in Cassazione*, in AA. VV., *La Cassazione civile*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, I, Torino, 1998, 745.

ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979.

ANDRIOLI V., *Sull'interruzione-sospensione della prescrizione del diritto controverso*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, 618.

ARENS P., *Zivilprozessrecht*, München, 1984.

AULETTA F., *Nullità e "inesistenza" degli atti processuali civili*, Padova, 1999.

BALBI C. E., voce *Remissione in termini (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1993.

BAMBERGER H. G., ROTH H., MÜLLER G., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 25. Aufl., München, 2012.

BARTOLE S., BIN R., *Commentario breve alla costituzione*, Padova, 2008.

BAUMGÄRTEL G., *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, 2. Unveränderte Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1972.

BECKER-EBERHARD E., § 261, § 262, in T. RAUSCHER, P. WAX, J. WENZEL (diretto da), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., München, 2007-2008.

- BECKH H., *Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, München, 1899.
- BENATTI F., *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968.
- BERG H., *Zulässigkeitsvoraussetzungen im Zivilprozess*, in JuS, 1969, 127.
- BERNHARDT J., *Der Geisteskranke Schuldner in der Zwangsvollstreckung*, Freiburg, 1967.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936.
- BIANCA M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, (artt. 1218-1229), in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, Roma, 1979.
- BIANCA M., *L'autonomia privata: strumenti di esplicazione e limiti*, in S. PATTI (a cura di), *Quaderni Famiglia*, I, Milano, 2002, 117.
- BOCCAGNA S., sub art. 153 in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2010.
- BONILINI G., *Capacità del beneficiario di amministrazione di sostegno*, in G. BONILINI, F. TOMMASEO, *Dell'amministrazione di sostegno*, (in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da D. Busnelli), Milano, 2008.
- BONILINI G., *Capacità del beneficiario e compiti dell'amministratore di sostegno*, in G. BONILINI, A. CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007.
- BORK R., *Die Prozessfähigkeit nach neuem Recht*, in MDR, 1991, 97 ss.
- BORK R., Vor § 50, §§ 51- 58, in F. STEIN, M. JONAS (fondato e diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., Tübingen, 2004.
- BRAUN J., § 579 in T. RAUSCHER, P. WAX, J. WENZEL (diretto da), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., München, 2007.
- BREIT J., *Die Geschäftsfähigkeit*, Leipzig, 1903.
- BÜLOW O., *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, Giessen, 1868.
- BÜLOW O., *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Civilprozessrechts*, in ZZP 27 (1900), 201.
- CAMPESE G., *L'istituzione dell'amministrazione di sostegno e le modifiche in materia di interdizione e inabilitazione*, in *Fam. dir.*, 2004, 126.

- CAPPELLETTI M., *Diritto di azione e difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e "due process of law")*, in *Giur. Cost.*, 1961, 1284.
- CAPPELLETTI M., *L'eccezione come controdiritto del convenuto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1961, 266.
- CARNELUTTI F., *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. Dir. proc.*, 1940, I, 65.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1951.
- CARNELUTTI F., *La prova civile. Parte generale, Il concetto giuridico della prova*, Milano, rist. 1992.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1926.
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936.
- CENDON P., ROSSI R., *Diritti poteri e doveri del beneficiario di A.d.S.*, 12 novembre 2008, h.1-h.2, in www.personaedanno.it.
- CENDON P., ROSSI R., *I compiti dell'amministratore di sostegno*, 2 novembre 2008, g. 6, in www.personaedanno.it.
- CENDON P., *Un altro diritto per i soggetti deboli: l'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in G. FERRANDO (a cura di), *L'amministrazione di sostegno*, Milano, 2005, 64.
- CERINO CANOVA A., BALENA G., voce *Citazione*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988.
- CERINO CANOVA A., *sub art. 163 (Dell'introduzione della causa)*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 1980.
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1936.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 (4° Ed.).
- CHIOVENDA G., *Sulla perpetuatio iurisdictionis*, in *Foro It.*, 1923, I, 362.
- COMOGLIO L. P., *La garanzia costituzionale dell'azione e il processo civile*, Padova, 1970.
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, 1985.
- CONSOLO C., *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. Giur.*, 2009, 877.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, II Profili generali*, Padova, 2004.

CONSOLO C., *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. Giur.*, 2009, 737.

COSTA S., *Legittimazione processuale*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 732.

COSTANTINO G., *Il giubileo del medico dei pazzi: l'incapace naturale nel processo civile*, in *Foro it.*, 1993, I, 1044.

DALMOTTO E., nota a Corte cost., sent. 2 novembre 1992, n. 468, in *Giur. it.*, 1994, I, 20.

DE LUCA G., *Sulla prova dei presupposti processuali (a proposito della legittimazione ad processum)*, in *Giur. It.*, 1996, 11.

DENTI V., voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *Noviss. Dig. It.*, XI, Torino, 1968, 470.

DÜRIG G., sub Art. 19, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ, M. HERDEGEN, H.H. KLEIN, *Grundgesetz Kommentar*, München, 1987.

DÜTZ W., *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht*, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1970.

ELLENBERGER J., § 104, in O. PALANDT (fondato da), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 70. Aufl., München, 2011.

FABBRINI G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975.

FABBRINI G., voce *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 721.

FALZEA A., voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 8.

FOERSTE U., § 280, in H. J. MUSIELAK (diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 9. Aufl., München, 2012.

GAUL H. F., *Zur Struktur und Funktion der Nichtigkeitsklage gemäss § 579 d ZPO*, in W. H. RECHBERGER et al. (Hrsg.), *Festschrift für W. Kralik zum 65. Geburtstag*, Wien, 1986, 159.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006.

GOTTWALD P., Anmerkung zu OLG Köln 27.2.1974 (NJW 1974, 1515), in NJW 1974, 2241.

- GOTTWALD P., *Grundprobleme der Beweislastverteilung*, in Jura 1980, 225.
- GOTTWALD P., sub § 320, § 322, in T. RAUSCHER, P. WAX, J. WENZEL (diretto da), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., München, 2008.
- GRASSO E., *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e le nullità da ultra e da extra petizione*, in Riv. Dir. proc., 1965, 387.
- GRASSO E., *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, in Riv. Dir. Civ., 1961, II, 314.
- GREGER R., § 263, § 579, in R. ZÖLLER (fondato da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 28. Aufl., Köln, 2010.
- GRIPPO P., *Riflessioni sull'art. 182, secondo comma, c.p.c.*, in www.judicium.it, 2007.
- GROGER T., *Prozesshandlungsvoraussetzungen im streitigen zivilprozessualen Verfahren*, Göttingen, 1964.
- GROTHE H., § 204, § 210, in K. REBMANN, F. J. SÄCKER, R. RIXECKER (diretto da), *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 6. Aufl., München, 2012.
- GRUNDMANN M., *Der Minderjährige im Zivilprozess*, Bochum, 1980.
- GRUNSKY W., § 579, in F. STEIN, M. JONAS (fondato e diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Aufl., Tübingen, 1994.
- GRZESZICK B., sub Art. 20, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ, M. FERDEGEN, H. H. KLEIN, *Grundgesetz Kommentar*, VII, München, 1999.
- GULDENER M., *Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht*, Zürich, 1955.
- H. HABSCHIED, *Zur materiellen Rechtskraft des Unzuständigkeitsentscheids. Eine Rechtsvergleichende Skizze*, in A. HELDRICH, T. UCHIDA (Hrsg.), in *Festschrift für H. Nakamura zum 70 Geburtstag*, Tokyo, 1996, 203.
- HAGER J., *Die Rechtsbehelfbefugnis des Prozessunfähigen*, in ZZP, 97 (1984), 177.
- HARNACKE R., *Zwangvollstreckung gegen Personen, die unter Betreuung stehen bzw. die sich in einem die freie Willensbildung ausschliessenden Geisteszustand befinden*, in DGVZ, 2000, 11, 1881.
- HARTMANN P., §§ 51-58 in A. BAUMBACH, W. LAUTERBACH, J. ALBERS, P. HARTMANN, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 69. Aufl., München, 2011.

- HEFERMEHL W., § 104, in H. T. SOERGEL (fondato da), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 13. Aufl., Stuttgart, 1999-.
- HEINRICH D., § 210, in H. G. BAMBERGER, H. ROTH, G. MÜLLER, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 25. Aufl., München, 2012.
- HELLWIG K., *Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts*, Leipzig, 1903.
- HELLWIG K., *System des deutschen Civilprozessrechts, I (Ordentliches Verfahren, ausschließlich besondere Prozeßarten und Zwangsvollstreckung)*, Leipzig, 1912.
- HENCKEL W., *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg, 1961.
- HOLZHAMMER R., *Zivilprozessrecht*, Wien, 1970.
- JAUERNIG O., *Zivilprozessrecht*, München, 1998.
- JÜRGENS A., *Betreuungsrecht*, 4. Aufl., München, 2010.
- KOHLER J., *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888.
- LA CHINA S., voce *Presupposti processuali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 300.
- LANCELOTTI F., *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1980, 465.
- LEIPOLD D., *Ausdrückliche und stillschweigende Entscheidung*, in *ZZP* 81 (1968), 70.
- LEIPOLD D., *Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen insbesondere bei Verweisungen Zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Berlin 1966.
- LEIPOLD D., Vor § 128, § 271, § 280, § 288, § 322, in F. STEIN, M. JONAS (fondato e diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Aufl., Tübingen, 1994/1997/1998.
- LEONHARD F., *Die Beweislast*, 2. Aufl., Berlin, 1926.
- LIEBMAN E.T., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1973.
- LINDACHER W. F., §§ 51, 52 - § 58, in T. RAUSCHER, P. WAX, J. WENZEL (diretto da), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., München, 2008.
- LUBE S., *Prozessfähigkeit eines Querulanten im Verfahren*, in *MDR* 2009, 63.
- LUISO F. P., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992.

- LUIISO F. P., *Diritto processuale civile*, I, Milano 2009.
- LUKES R., *Der beschränkt Geschäftsfähige als Prozessvertreter*, in *ZZP* 69, 1956, 144.
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2007.
- MANDRIOLI C., *In tema di vizi c.d. "non formali" degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320.
- MANDRIOLI C., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959.
- MANDRIOLI C., *sub art. 75 c.p.c. (Delle parti)*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Torino, 1973.
- MANDRIOLI C., voce *Presupposti processuali*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, 784.
- MARTINETTO G., *sub art. 156 (Della nullità degli atti)*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Torino 1973.
- MARTINETTO G., voce *Contraddittorio (Principio del)*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1959, IV, 458.
- MASONI R., *sub Art. 405*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano 2009.
- MAURINI V., *L'incapacità naturale*, Padova, 2002.
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, in *Giur. sist. dir. proc. civ.*, Torino, 1988, 256.
- MICHELI G. A., *L'onere della prova*, Padova, 1942.
- MONTANARI M., *La sopravvenienza del fallimento in corso di causa tra riforma e evoluzioni giurisprudenziali*, in *Fallimento*, 2008, 3, 306.
- MONTESANO L., *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. Dir. civ.* 1971, 17.
- MUSIELAK H. J., § 322, § 579, in H. J. MUSIELAK (diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 9. Aufl., München, 2012.
- MUSIELAK H. J., *Die Beweislastregelung bei Zweifeln an der Prozessfähigkeit*, in *NJW*, 1997, 1739.
- MUSIELAK H. J., *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Berlin, 1975.

NAPPI P., sub art. 75, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2010.

NATOLI U., BIGLIAZZI-GERI L., *Mora accipiendi e mora debendi*, Milano, 1975.

NIEDENFÜHR W., § 210, in H. T. SOERGEL (fondato da), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 13. Aufl., Stuttgart, 1999-.

ODA T., *Anmerkung zu BGH 9.1.1996*, in *ZZP* 1997, 115.

ODA T., *Die Prozessfähigkeit als Voraussetzung und Gegenstand des Verfahrens*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1997.

ORIANI R., voce *Domanda giudiziale*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989.

ORIANI R., *Processo di cognizione e interruzione della prescrizione*, Napoli, 1977.

ORIANI R., voce *Nullità degli atti processuali, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990.

PAJARDI P., sub art. 182 (*Della trattazione della causa*), in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del cod. di proc. civ.*, II, Torino, 1980.

PARISI A., sub art. 182, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile commentato*, Milano, 2010.

PELOSI A. C., *Della potestà dei genitori*, in G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Padova, 1992, 366 ss.

PESCARA R., *I provvedimenti di interdizione e di inabilitazione e le tecniche protettive dei maggiorenni incapaci*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1982.

PETERS E., *Der sogenannte Freibeweis im Zivilprozess*, Köln, Berlin, 1962.

PIETROBON V., voce *Incapacità naturale*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989.

POHLE R., § 56 in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 19. Aufl., Tübingen, 1964.

PROTO PISANI A., *Nullità dell'atto di citazione*, in *Riv. dir. civ.* 1988, I, 655.

PROTO PISANI A., voce *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Appendice al Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1983, 605.

PRÜTTING H., § 280, in T. RAUSCHER, P. WAX, J. WENZEL (diretto da), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., München, 2008.

RAMM T., *Die Gesetzliche Vertretung durch die Eltern: überholt und verfassungswidrig*, in NJW, 1989, 1708.

REDENTI E., *Diritto processuale civile*, Milano, 1952, I.

REDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938.

REDENTI E., voce *Atti processuali civili*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano 1959, 110.

REICHHOLD K., § 253, in H. THOMAS, H. PUTZO, *Zivilprozessordnung*, 30. Aufl., München, 2009.

REINICKE M., *Der Zugang des Minderjährigen zum Zivilprozess*, Berlin, 1989.

REINICKE M., *Entspricht die objektive Beweislast bei der Prozessfähigkeit derjenigen bei der Geschäftsfähigkeit?*, in H. LESSMANN, B. GROSSFELD, L. VOLLMER (Hrsg.) *Festschrift für R. Lukes zum 65. Geburtstag*, Köln 1989, 767.

RIMMELSPACHER B., *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, Göttingen, 1970.

RIMMELSPACHER B., *Prozessvoraussetzungen in der Revisioninstanz*, in ZJP 88 (1975), 246.

RIMMELSPACHER B., *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Göttingen, 1966.

ROMANO A. A., *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. It.*, 2001, 1292.

ROSENBERG L., *Die Beweislast*, 5. Aufl., München, 1965.

ROSENBERG L., SCHWAB K. H., GOTTWALD P., *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl., München, 2010.

ROTH H., §148, in F. STEIN, M. JONAS (fondato e diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., Tübingen, 2005.

RUSCELLO F., *La potestà dei genitori. Artt. 320-323*, in F.D. BUSNELLI (a cura di) *Il Codice civile. Commentario*. Milano, 2007.

SATTA S., voce *Capacità processuale, a) Diritto processuale civile* in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, 130.

SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, Milano, 1959.

SATTA S., PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 1981.

SCHLOSSER P., *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl., München, 1991.

SCHLOSSMANN S., *Die Lehre von der Stellvertretung: insbesondere bei obligatorischen Verträgen: Kritik und wissenschaftliche Grundlegung*, Leipzig, 1900.

SCHMIDT K. *Die Gesetzliche Vertretung durch die Eltern: notwendig und verfassungsmässig*, in NJW, 1989, 1712.

SCHMIDT-ASSMANN E., sub Art. 103 GG, in T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ, M. HERDEGEN, H.H. KLEIN, *Grundgesetz Kommentar*, München, 1988/2002/2006.

SCHMITT J., § 104, in K. REBMANN, F. J. SÄCKER, R. RIXECKER (diretto da) *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Aufl., München, 2006-2010.

SCHÖNKE K., KUCHINKE A., *Zivilprozessrecht*, Karlsruhe, 1969.

SCHULZE R., § 1896, in R. SCHULZE, H. DÖRNER, I. EBERT, T. HOEREN, R. KEMPER, I. SAENGER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 7. Aufl., Baden-Baden, 2012.

SCHUMANN E., § 261, in F. STEIN, M. JONAS (fondato e diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21. Aufl., Tübingen, 1997.

SCHWAB D., §1896, §1903 in K. REBMANN, F. J. SÄCKER, R. RIXECKER (diretto da) *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, 5. Aufl., München, 2006-2010.

SCHWAB K. H., GOTTWALD P., *Verfassung und Zivilprozess*, Bielefeld, 1984.

SCHWERDTNER E., *Kindeswohl oder Elternrechte. Zum Problem des Verhältnisses von Grundrechtsmündigkeit und Elternrecht*, in AcP (Archiv für civilistische Praxis), 173, 227.

SOMMA A., sub § 112, in S. PATTI (a cura di), *Codice civile tedesco*, Milano, 2005.

STÖCKER H., *Beschränkte Mündigkeit Heranwachsender – ein Verfassungspostulat*, in ZRP, 1974, 211.

STÜRNER R., *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, Tübingen, 1982.

TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 1999.

TOMMASEO F., *Introduzione al capo I, Titolo XII, Libro I del Codice Civile*, in G. CIAN (a cura di), *Commentario breve al Codice Civile*, Padova 2007.

TOMMASEO F., voce *Capacità processuale*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1989.

TOMMASEO F., voce *Rappresentanza processuale*, I) *Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma 1990.

TROCKER N., *Processo civile e Costituzione*, Milano, 1974.

VENCHIARUTTI A., *La protezione civilistica dell'incapace*, Milano, 1995.

VERDE G., *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974.

VERDE G., *Profili del processo civile*, Napoli, 1978.

VISINTINI G., CABELLA L., *L'inadempimento delle obbligazioni*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, I, Torino, 1999, 241.

VOLLKOMMER M., §§ 51 - 58, § 322, in R. ZÖLLER (fondato da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 28. Aufl., Köln, 2010.

VOLLKOMMER M., *Verjährungsunterbrechung und Bezeichnung des Anspruchs im Mahnbescheid*, in H. PRÜTTING, H. RÜSSMANN (Hrsg.), *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts. Festschrift G. Lüke, zum 70. Geburtstag*, München, 1997, 865.

VULLO E., *Nuove prospettive per la tutela processuale dell'incapace naturale*, in *Giur. it.* 1998, III, 1846.

WAGNER C., § 148, in T. RAUSCHER, P. WAX, J. WENZEL (diretto da), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl., München, 2008.

WESCHE O., *Der Betreute in der Zwangsvollstreckung*, in *Btprax*, 2006, 1.

WETH S., § 57, in H. J. MUSIELAK (diretto da), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 9. Aufl., München, 2012.

WOLF M., Vor § 104, in H. T. SOERGEL (fondato da), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 13. völlig neu bearb. und erw. Aufl., Stuttgart, 1999-.

ZIMMERMANN W., § 372 a, in T. RAUSCHER, P. WAX, J. WENZEL (diretto da), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 3. Aufl. 2008.

ZIMMERMANN W., § 1903, in H. T. SOERGEL (fondato da), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 13. Aufl., Stuttgart, 1999-.