



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici

Comparati ed Europei

**Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei**

XXVIII ciclo

Tesi di Dottorato

***La fin de non-recevoir***  
**nell'esperienza del processo civile francese:**  
**storia e funzioni di un istituto**

*Relatore*

*Prof. Marino Marinelli*

*Dottoranda*

*Giulia Dal Santo*

anno accademico 2016/2017





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
Dottorato in Studi Giuridici  
Comparati ed Europei

**Candidata: Giulia Dal Santo**

***LA FIN DE NON-RECEVOIR***  
**NELL' ESPERIENZA DEL**  
**PROCESSO CIVILE FRANCESE:**  
**STORIA E FUNZIONI DI UN**  
**ISTITUTO**

**Relatore: Prof. Marino Marinelli**

Anno Accademico  
2016-2017



**Indirizzo specialistico in Diritto sostanziale e processuale del lavoro**

**XXVIII ciclo**

**Esame finale:**

**19 aprile 2018**

**Commissione esaminatrice:**

**Prof.ssa Beatrice Gambineri, Università di Firenze**

**Prof. Vito Sandro Leccese, Università di Bari**

**Prof. Andrea Panzarola, Università LUM “Jean Monnet”**



Questo mio lavoro potrebbe racchiudere molto bene il senso di un verso — peraltro citatissimo — di John Lennon secondo cui “*life is what happens to you while you’re busy making other plans*”.

Originariamente nata come ricerca attorno al tema dell’ordine delle questioni nel processo — da affrontare in chiave comparatistica — ha virato decisamente verso altre direzioni dopo che in Francia mi sono imbattuta nella categoria delle *fin de non-recevoir* e in quella prospettiva così offuscata che ne caratterizza i confini. Perché mai è così difficile dare una definizione e una collocazione sistematica appagante alla *fin de non-recevoir*? E ancora: forse che la *fin de non-recevoir* può aver avuto un ruolo rispetto alla sostanziale impermeabilità, nell’ordinamento francese, di teoriche viceversa per noi assolutamente consolidate, quali il rapporto giuridico processuale e i suoi presupposti?

Non sempre è stato facile mettere per iscritto le mie idee. Due punti fermi, però, non sono mai venuti meno: la passione per lo studio della storia del processo e il piacere che, in generale, provo nell’accostarmi alla cultura francese.

Non avrei mai potuto raggiungere questo risultato senza il sostegno e la comprensione di due persone, alle quali sono enormemente grata. Il professor Marino Marinelli, che mi ha permesso di indagare questo tema senza mai farmi mancare la sua fiducia, e la professoressa Ena-Marlis Bajons, che con la sua esperienza e la sua lucidità di analisi è venuta in mio soccorso in un momento per me molto delicato.

Desidero inoltre esprimere un sincero ringraziamento alla professoressa Cecilia Frida Natalini e ai dottori Andrew Cecchinato e Giovanni Zaniol per la gentilezza e l’interesse con cui hanno ascoltato i racconti delle mie ricerche sulle *coutumes*.

Alla città di Parigi, che tanto amo, accosto i volti delle persone che mi sono care: Mme e M. Albert, la professoressa Isabelle Wertel-Fournier e la dottoressa Floriana Cerisato.

Grazie ai miei cari amici Piero Martinello, Luigi De Munari, Antonio Crosa e Claudia Broccardo, Paolo Giaretta, Piero Casentini, Laura Bettanin, Mario e Teresa Rossato, Alberto e Stefania Crivello, Roberto Silvestri, Elisabetta Scaccheri, Caterina e Silvia Mazzon, Emma e Vera Bortoli e ai dottori Michele Carli e Leonardo Sartori che, all’occorrenza, hanno saputo curare anche la mia anima. Grazie anche al Cineforum Altovicentino di Schio, per cui scrivere di cinema è sempre una gioia.

Infine, non dimentico chi mi è più vicino, sia pure in modi e forme diverse. Grazie ai miei genitori, per il loro sostegno morale e materiale.

Grazie a Nicola, senza il quale non sarei la persona che sono oggi.

A loro è dedicato questo lavoro.



## INDICE

	Pag.
ABSTRACT.....	1
CAPITOLO PRIMO	
<i>LA FIN DE NON-RECEVOIR DE PROCÉDURE</i>	
E LA SANZIONE DI IRRICEVIBILITÀ CHE COLPISCE LA PRETESA: FUNZIONE DELL'ISTITUTO E DISCIPLINA VIGENTE	
1. La definizione di azione nell'ordinamento francese come diritto di essere ascoltati nel merito della propria pretesa e l'irricevibilità come sanzione che nega questo diritto.....	3
2. La <i>fin de non-recevoir</i> come strumento difensivo per ottenere una declaratoria di irricevibilità della pretesa avversaria .....	5
2.1. <i>Tra exceptions de procédure e défenses au fond: la tripartizione degli strumenti difensivi</i> .....	6
3. Il <i>Code de procédure civile</i> del 1806 e la distinzione bipartita delle difese	8
3.1. <i>L'ordine logico di cognizione delle exceptions de procédure: la fin de non-recevoir è lo strumento che tecnicamente consente di realizzare quest'ordine</i>	9
3.1.1. <i>L'eccezione di cauzione a carico dell'attore straniero</i> .....	9
3.1.2. <i>L'ordine di esame delle eccezioni declinatorie per ragioni di competenza, connessione, litispendenza</i> .....	10
3.1.3. <i>Le eccezioni di nullità</i> .....	13
3.1.4. <i>Le eccezioni dilatorie e di comunicazione di documenti</i> .....	14
4. La mancata codificazione della <i>fin de non-recevoir</i> nel <i>c.p.c.</i> del 1806 si spiega con la difficoltà di inglobare in una categoria unitaria le diverse ipotesi di irricevibilità.....	17
5. Il ruolo della <i>fin de non-recevoir</i> nelle diverse dottrine dell'azione. Applicazioni pratiche .....	20
6. Il <i>Nouveau Code de procédure civile</i> codifica la <i>fin de non-recevoir</i> sulla base (anche) di una nuova concezione dell'azione .....	21

7. L'irricevibilità come impedimento alla trattazione del merito. Brevi considerazioni in chiave comparata in relazione alla teorica del rapporto giuridico processuale .....	26
8. I diversi ruoli della <i>fin de non-recevoir</i> .....	33
8.1. La <i>fin de non-recevoir</i> presidia il diritto di azione .....	33
8.2. La <i>fin de non-recevoir</i> presidia una serie di condizioni, requisiti, regole di diligenza imposte dalla legge.....	35
9. Il delicato problema della distinzione tra eccezioni di nullità e <i>fin de non-recevoir</i> .....	37
9.1. La disciplina codicistica delle nullità formali .....	39
9.2. Ragioni che determinano l'opportunità di ricorrere alla <i>fin de non-recevoir</i> per sanzionare l'irregolarità formale di un atto processuale .....	44
10. La <i>fin de non-recevoir de procédure</i> : una prima visione d'insieme .....	47

## CAPITOLO SECONDO

### ORIGINI E SVILUPPO DELLA *FIN DE NON-RECEVOIR*:

#### DALLE *COUTUMES D'ANCIEN DROIT* AL *CODE DE PROCÉDURE CIVILE* DEL 1806

1. Il <i>milieu</i> territoriale e giuridico per la nascita di un nuovo istituto.....	49
1.1. La demarcazione tra <i>pays de droit écrit</i> e <i>pays de droit coutumier</i> nell'antica Francia .....	50
1.2. Lo strumento operativo del giudice: l' <i>ordo iudiciarius medioevale</i> e la concezione del processo come «modo di risolvere questioni» .....	54
2. L' <i>ordo iudiciarius</i> nei due <i>pays</i> .....	59
3. Il recepimento delle classificazioni canonistiche in materia di eccezioni nelle <i>coutumes d'Ancien droit</i> come premessa per la nascita di un nuovo strumento difensivo.....	61
4. L'ordine di esame delle difese nell'esperienza processuale delle <i>coutumes</i> dell'Angiò e del Maine e il ruolo ivi riservato alla <i>fin de non-recevoir</i> .....	65
5. Il confine ancora troppo labile tra la <i>fin de non-recevoir</i> e l'eccezione dilatoria .....	66
6. Analisi di alcune opere di pratica giudiziaria nella Francia del XVII secolo	68

## INDICE

6.1. Le “Institutes coutumières” di Antoine Loysel (1608) .....	68
6.2. Il commentario di Jean Imbert (1628) e il riconoscimento della <i>fin de non-recevoir</i> anche oltre i confini dell’Angiò e del Maine .....	69
7. Il passaggio dall’ <i>ordo iudiciarius</i> al <i>processus</i> . Il ruolo attribuito alla <i>fin de non-recevoir</i> alla luce delle nuove esigenze processuali perseguite dalle ordinanze regie.....	71
8. L’ <i>Ordonnance</i> civile del 1667 (cd. <i>Code Louis</i> ) e il sistema delle difese ivi delineato. La <i>fin de non-recevoir</i> ottiene riconoscimento normativo .....	73
9. Ulteriori sviluppi ricostruttivi nella dottrina del XVII e XVIII secolo: la <i>fin de non-recevoir</i> tra <i>exceptions péremptoires</i> e <i>défenses au fond</i> .....	77
10. Il <i>Code de procédure civile</i> del 1806 e la transizione verso un sistema bipartito delle difese: la <i>fin de non-recevoir</i> perde il riconoscimento normativo .....	81

## CAPITOLO TERZO

SVILUPPI IN TEMA DI COSA GIUDICATA E RICERCA DI UN EQUILIBRIO TRA “FOND” E “PROCÉDURE” .....	87
--	----

### Sezione prima

#### LA FIN DE NON-RECEVOIR DI AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

1. L’ <i>autorité de la chose jugée</i> come presunzione <i>iuris et de jure</i> : origini di un fraintendimento .....	90
2. I due effetti (positivo e negativo) riconosciuti all’ <i>autorité de la chose jugée</i> .....	92
3. La <i>fin de non-recevoir</i> si ricollega più propriamente all’effetto negativo del giudicato.....	93
4. La <i>fin de non-recevoir</i> di <i>autorité de la chose jugée</i> non può essere rilevata d’ufficio perché tutela un interesse di natura privatistica .....	94
5. Funzione della cosa giudicata e natura della relativa eccezione. Brevi considerazioni comparatistiche.....	95
5.1. Il concetto di “ <i>Rechtskraft</i> ” nell’ordinamento processuale tedesco.....	95
5.2. Il divieto di bis in idem in Italia: evoluzione di un presupposto processuale .....	98
5.2.1. La distinzione giurisprudenziale tra giudicato interno e giudicato esterno e l’affermazione secondo cui solo il primo è rilevabile d’ufficio.....	98

## INDICE

5.2.2. <i>La risposta critica della dottrina valorizza la concezione unitaria del giudicato e la sua funzione pubblicistica</i> .....	99
5.2.3. <i>Il revirement della Suprema Corte in punto di rilievo ufficioso del giudicato esterno</i> .....	101
6. <i>La concezione del giudicato nell'ordinamento francese: ripercussioni in punto di rilevabilità della fin de non-recevoir</i> .....	102
6.1. <i>La tradizionale concezione privatistica dell'istituto</i> .....	102
6.2. <i>Interventi normativi in punto di rilevabilità ufficioso della fin de non-recevoir</i> .....	103
6.3. <i>Alla rilevabilità ufficioso della fin de non recevoir si accompagna un nuovo modo di intendere l'autorité de la chose jugée</i> .....	104
7. <i>Il regime funzionale della fin de non-recevoir di autorité de la chose jugée</i>	106
8. <i>La necessità di stabilire quando la sentenza è sorretta dall'autorité de la chose jugée</i> .....	107
9. <i>La regola del ne bis in idem tra la fin de non-recevoir di cosa giudicata e l'eccezione di litispendenza</i> .....	110
10. <i>I rimedi offerti dall'ordinamento francese nei casi di conflitto pratico tra giudicati</i> .....	113
10.1. <i>Prima ipotesi: la fin de non-recevoir di autorité de la chose jugée, sollevata dalla parte, è stata respinta dal giudice</i> .....	113
10.2. <i>Seconda ipotesi: la fin de non-recevoir di autorité de la chose jugée non è stata sollevata dalla parte (né rilevata dal giudice)</i> .....	114

### Sezione seconda

#### L'EQUILIBRIO TRA "FOND" E "PROCÉDURE"

#### NELLE FINS DE NON-RECEVOIR LIÉES AU FOND

1. <i>La natura della prescrizione estintiva</i> .....	116
2. <i>Il dibattito francese: concezione «substantialiste» e «processualiste» a confronto</i> .....	117
3. <i>L'art. 122 del Nouveau Code de procédure civile recepisce la concezione «processualiste»: la prescrizione estintiva come «fin de non-recevoir par excellence»? .....</i>	118

4. La « <i>processualisation</i> » della prescrizione estintiva e le possibili ricadute nell'ambito del diritto internazionale privato .....	119
5. Ruolo e incidenze della <i>fin de non-recevoir</i> nelle azioni di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità.....	122
6. Le <i>fins de non-recevoir</i> nell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità	123
6.1. <i>Motivi di specialità della materia e funzioni attribuite alla irricevibilità</i>	123
6.2. <i>I casi tassativi di apertura dell'azione confermano la tendenza del legislatore di subordinare la proposizione dell'azione ad una serie di presupposti e cautele di varia natura .....</i>	125
6.3. <i>Le fins de non-recevoir legate al tempo: dal délai préfix al délai de prescription .....</i>	129
6.4. <i>I profili funzionali delle fins de non-recevoir legate al merito .....</i>	132
6.4.1. <i>Le fins de non-recevoir operano come presunzioni dalle quali desumere l'impossibilità per l'attore di riuscire a fornire la prova della paternità .....</i>	133
6.4.2. (segue) <i>Le fins de non-recevoir escludono con elevata probabilità la paternità del convenuto.....</i>	134
6.5. <i>L'incidenza della expertise hématologique elevata a fin de non-recevoir nell'ambito dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità.....</i>	135
6.6. <i>Le fins de non-recevoir relative al carattere extraconiugale o incestuoso della relazione traducono sul piano processuale un divieto di ordine sostanziale.....</i>	139
6.7. <i>La disciplina odierna dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità non ha interamente soppresso l'obbligo per il giudice di vagliare preliminarmente alcune questioni di ricevibilità.....</i>	140
7. La <i>fin de non-recevoir</i> di “ <i>accouchement sous X</i> ” nell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità.....	142
7.1. <i>Il parto anonimo in Francia: origini e istituzionalizzazione del fenomeno</i>	142
7.2. <i>L'istituto dell'accouchement sous X, riconosciuto in sede civilistica, è elevato a fin de non-recevoir nell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità.....</i>	146
7.3. <i>Assonanze e dissonanze con la disciplina italiana del parto anonimo.....</i>	147

## INDICE

<i>7.3.1. Un recente caso di dichiarazione giudiziale di maternità risolto dalla giurisprudenza italiana tra inammissibilità dell'azione e infondatezza nel merito .....</i>	150
<i>7.4. Le istanze espresse in sede europea: la ricerca di un equilibrio tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio di conoscere le proprie origini.....</i>	153
<i>7.5. L'abrogazione della fin de non-recevoir di accouchement sous X da parte del legislatore francese. Analisi delle possibili ricadute concrete .....</i>	155
CONSIDERAZIONI DI SINTESI.....	157
BIBLIOGRAFIA .....	165





## ABSTRACT

Il presente studio è dedicato alla categoria delle *fins de non-recevoir*, un istituto proprio dell'ordinamento processuale francese che si pone accanto alle *exceptions de procédure* e alle *défenses au fond* e che, solo superficialmente, può essere assimilata alla categoria delle condizioni dell'azione. Ciò malgrado, nel diritto processuale civile francese regnano ancora oggi numerose incertezze attorno alla natura della *fin de non-recevoir*, una constatazione che potrà risultare sorprendente a proposito di un istituto apparso in Francia nel XIV secolo e che non ha più cessato, a partire da quel momento, di essere sollevato davanti a corti e tribunali. Invero, come si avrà modo di illustrare nel corso di questa dissertazione, questa incertezza ha un'anima antica che solo in parte è stata riscattata dai nuovi approdi, specie in materia di teoria dell'azione, raggiunti dalla dottrina francese nel corso del XX secolo.



## CAPITOLO PRIMO

### LA FIN DE NON-RECEVOIR DE PROCÉDURE E LA SANZIONE DI IRRICEVIBILITÀ CHE COLPISCE LA PRETESA: FUNZIONE DELL'ISTITUTO E DISCIPLINA VIGENTE

*1. La definizione di azione nell'ordinamento francese come diritto di essere ascoltati nel merito della propria pretesa e l'irricevibilità come sanzione che nega questo diritto.*

Il Codice di procedura civile francese del 1975 — spesso abbreviato in *NCPC* <sup>(1)</sup> —, diversamente dal Codice di procedura civile italiano, dedica all'azione un breve titolo, il secondo, composto di quattro articoli, tra i quali spicca l'art. 30 che offre una definizione di questo concet-

---

<sup>(1)</sup> Si tratta dell'acronimo di *Nouveau code de procédure civile*. Dopo essere stato più volte fatto oggetto di riforma, l'*Ancien code de procédure civile* del 1806 — frutto dell'opera riformatrice napoleonica — fu sostituito in larga misura da quattro decreti fondanti il nuovo codice di rito, sulla scorta di un più ampio e generale progetto di riforma iniziato nel 1969 e a cui la Commissione Foyer — i cui membri, per larghissima parte, erano di provenienza accademica — fu chiamata a dare seguito. I quattro decreti vennero quindi inclusi nel decreto n. 75-1123 del 5 dicembre 1975, il quale istituì formalmente il *Nouveau code de procédure civile*, entrato in vigore il 1 gennaio 1976. In argomento, v., *ex multis*, J. PERROT, *Il nuovo e futuro Codice di procedura civile francese*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 228 e ss.; C. PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile*, Defrénois, 1976, I, p. 673-694 e p. 737-779; PH. BERTIN, *Le grand Noël du procédurier. Le Nouveau code de procédure civile*, in *JCP*, 1976, I, 2799. Sulle influenze della processualistica tedesca sul *NCPC*, v. G. ROUHETTE, *L'influence en France de la science allemande du procès civil et du code de procédure civile allemand*, in AA.VV., *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld, 1991, pp. 159-199; per una rilettura più recente di questa esperienza codificatoria, v. AA.VV., *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, 2 voll., Paris, 2016.

to cardine non solo per il processo, ma per l'intera teoria generale del diritto.

Tradizionalmente, nell'ordinamento francese, il concetto di azione non aveva mai beneficiato di notevole interesse da parte della letteratura processuale, certamente non nella misura che si registra nel contesto della scienza giuridica italiana — sia pure (forse a torto) in misura minore oggi <sup>(2)</sup> — e, ancora più spiccatamente, nella tradizione giuridica tedesca.

Ai sensi dell'art. 30 del *Code de procédure civile*, l'azione è il diritto, per l'autore di una pretesa, di essere ascoltato nel merito di questa affinché il giudice si pronunci sulla sua fondatezza. Per l'avversario, l'azione è il diritto di contestare la fondatezza di questa pretesa <sup>(3)</sup>.

Un primo aspetto che desta attenzione, nel leggere questa definizione, è che il concetto di azione risulta costruito e calibrato sul principio del contraddittorio, avendo riguardo esclusivamente alle posizioni di attore e convenuto nella dinamica processuale. Le parti agiscono, rispettivamente, per sostenere la fondatezza di una pretesa, ovvero per negarla e,

---

<sup>(2)</sup> Nel panorama italiano, il concetto di azione è stato rinverdito da un'autorevole dottrina che, nel descrivere la disciplina della declinatoria di giurisdizione introdotta, in via generale, con l'art. 59 della l. n. 69 del 2009 e poi arricchita dall'art. 11 del d.lgs. n. 104 del 2010, riguardante specificamente la giurisdizione amministrativa, ha parlato di «*translatio actionis praeter iurisdictiones*», con ciò intendendo che a trasmigrare, non sarebbe tanto il giudizio o la domanda, quanto l'azione. Il riferimento è a C. GLENDI, di cui si segnala, *ex multis*, specialmente il contributo *Oggetto del processo e «translatio iurisdictionis»*, in *Diritto e pratica tributaria*, I, 2013, p. 69 e ss. Secondo l'a. è appropriato parlare di circolazione di azione attraverso i vari comparti (o all'interno) della nostra giurisdizione perché, se a traslare fosse il *judicium* (in unico blocco), ovvero la domanda (come “contenitore” dell'azione), non si comprenderebbe l'utilità — espressamente statuita — di far salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta davanti al giudice *a quo* e del non venir meno, davanti al giudice *ad quem*, delle decadenze e preclusioni intervenute nel processo instaurato davanti al primo giudice.

<sup>(3)</sup> Art. 30 *NCPC*: «*L'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention*».

in funzione di questo obiettivo, sta l'azione: essa è il diritto di essere ascoltati dal giudice nel merito della pretesa per l'attore e di contestarne la fondatezza per il convenuto.

Questa definizione dal tenore prettamente privatistico è, inoltre, strettamente collegata con una seconda disposizione, appartenente sempre al medesimo titolo, ossia l'art. 32. Ai sensi di quest'ultimo «è irricevibile qualsiasi pretesa azionata da o contro una persona sprovvista del diritto di azione»<sup>(4)</sup>, così sancendo che la conseguenza o sanzione per la parte che agisca in giudizio sprovvista del diritto di azione, o che ivi venga una parte sprovvista di tale diritto — nell'accezione dell'art. 30 —, è una declaratoria di irricevibilità della pretesa azionata. La pretesa, cioè, verrà rigettata senza essere esaminata nel merito. Viceversa, una pretesa ricevibile, ossia sorretta dal diritto di azione, sarà oggetto di una pronuncia nel merito del diritto controverso da parte del giudice.

## *2. La fin de non-recevoir come strumento difensivo per ottenere una declaratoria di irricevibilità della pretesa avversaria*

Tecnicamente, interrogarsi sulla ricevibilità di una pretesa, significa operare una selezione, ossia stabilire le condizioni in presenza delle quali le parti possono legittimamente attendersi di poter ottenere una risposta esattamente su quanto avevano chiesto, si tratti della fondatezza del diritto fatto valere dall'attore, ovvero dello strumento difensivo opposto dal convenuto (si parla anche di ricevibilità rispetto alle eccezioni).

Nel processo civile francese, questa selezione rispetto alla ricevibilità delle pretese è attuata attraverso uno strumento del tutto peculiare che risponde al nome di *fin de non-recevoir*. Infatti, se ai sensi dell'art. 32 del *NCPC* qualsiasi pretesa fatta valere da o contro una persona

---

<sup>(4)</sup> Art. 32 *NCPC*: «*Est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir*».

sprovvista del diritto di azione è irricevibile, secondo l'art. 122 costituisce una *fin de non-recevoir* qualsiasi strumento difensivo che tende a fare dichiarare l'avversario irricevibile nella sua domanda, senza esame nel merito, per difetto del diritto di azione, come nei casi di difetto di legittimazione ad agire, di difetto di interesse ad agire, di (eccezione di) prescrizione, di decadenza, di cosa giudicata (<sup>5</sup>). Dal combinato disposto di questi articoli si evince, dunque, che la *fin de non-recevoir* è lo strumento difensivo attraverso cui la parte contesta la ricevibilità nel merito di quanto dedotto dall'avversario, si tratti di una domanda, di un'eccezione o, più in generale, di qualsiasi altra deduzione.

Alla luce di queste premesse, sarebbe lecito attendersi che l'istituto occupi un ruolo di primo piano nell'esperienza processualistica d'Oltralpe ma, in realtà, ci si rende ben presto conto che la situazione è assai differente e che si tratta, allo stato, di un istituto dai contorni assai sfuggenti e caratterizzato da un'evoluzione storica alquanto peculiare.

### 2.1. (Segue.) *Tra exceptions de procédure e défenses au fond: la tripartizione degli strumenti difensivi*

La *fin de non-recevoir* trova collocazione sistematica nel capitolo III del titolo V del NCPC intitolato «*Les moyens de défense*», ossia gli strumenti di difesa. Essa, infatti, è trattata successivamente alle «*défenses au fond*» (capitolo I, artt. 71-72) e alle «*exceptions de procédure*» (capitolo II, artt. 73-121). Secondo la definizione codicistica, costituisce una «*défense au fond*» qualsiasi difesa che tende a fare rigettare come non giustificata, in seguito all'esame nel merito del diritto, la pretesa

---

(<sup>5</sup>) Art. 122 NCPC: «*Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée*».

dell'avversario, mentre «*l'exception de procédure*» è definita come lo strumento che tende a fare dichiarare la procedura irregolare o estinta, ovvero a farne sospendere il corso. Le *défenses au fond*, o difese di merito, possono essere proposte in qualsiasi stato della causa (art. 72) <sup>(6)</sup>, mentre le *exceptions de procédure*, o eccezioni procedurali, debbono, a pena di irricevibilità, essere sollevate simultaneamente e prima di ogni altra difesa di merito o *fin de non-recevoir* (art. 74) <sup>(7)</sup>.

Alla *fin de non-recevoir* sono oggi dedicati cinque articoli del *Nouveau code de procédure civile* (artt. 122-126) ma, non appena ci si addentra nell'indagine storica, l'istituto, diversamente dalle *exceptions de procédure* e dalle *défenses au fond*, non trova una corrispondenza normativa all'interno dell'*Ancien code de procédure civile*. Ciò malgrado, scorrendo gli indici dei commentari al codice napoleonico e quelli dei repertori della giurisprudenza del tempo, si scopre che questo strumento difensivo non era affatto sconosciuto, tutt'altro: forte di una tradizione secolare <sup>(8)</sup>, la *fin de non-recevoir* era sollevata pressoché quotidianamente davanti a corti e tribunali e, oltre a trovare spazio in quasi tutti i trattati di

---

<sup>(6)</sup> A tal riguardo, la giurisprudenza ha escluso che si tratti di un abuso del diritto il fatto di aver presentato solamente in secondo grado e per la prima volta una *défense au fond*; si tratta di un principio consolidato, tranne che in un caso in cui la Corte di Cassazione francese ha ritenuto che integrasse un comportamento abusivo la condotta processuale della parte che aveva aspettato il giudizio di appello per sollevare l'eccezione di nullità di un contratto, laddove il giudizio verteva proprio sulla validità dell'accordo, v. Com. 15 nov. 1982, n. 80-17.202, in *JCP*, 1983, IV, p. 41 e ss.

<sup>(7)</sup> Questo in linea generale; infatti, l'art. 74, 3<sup>e</sup> *al.*, prevede che le disposizioni speciali, ad esempio in materia di eccezioni di nullità, prevalgano sulla regola generale di cui al 1<sup>re</sup> *al.*

<sup>(8)</sup> Nel corso dei secoli, tuttavia, questa categoria di difese conobbe appellativi diversi: non solo *fins de non recevoir*, ma pure *fins de non valoir*, *fins de non procéder* e, anche, *exceptions péremptoires*. Si tratta di un ulteriore aspetto problematico con cui l'interprete deve confrontarsi. Questi temi verranno più dettagliatamente esaminati nel capitolo II, dedicato all'evoluzione storica dell'istituto.

*procédure civile* del XIX secolo <sup>(9)</sup>, venne anche fatta oggetto di un'importante opera monografica da parte di un giureconsulto del tempo <sup>(10)</sup>.

Perché mai, allora, il legislatore del 1806 scelse di non codificare un istituto così vivo, che apparentemente si contraddistingueva come una nozione fondamentale dell'esperienza processuale?

Si tratta di un primo aspetto interessante alla base di questa dissertazione, rispetto al quale si cercherà di dare risposta nel corso del capitolo successivo. Possiamo fin d'ora anticipare che fu una scelta dettata dalla prudenza: la *fin de non-recevoir* sarebbe istituito troppo complesso ed eterogeneo per essere costretto all'interno di un articolo, meglio allora lasciarlo alla saggezza, continuamente rinnovata, dei giudici.

### 3. Il Code de procédure civile del 1806 e la distinzione bipartita delle difese

L'*Ancien Code de procédure civile (ACPC)* aveva omissso di disciplinare la categoria delle *fins de non-recevoir*, aderendo ad una distinzione bipartita degli strumenti difensivi costruita sulla contrapposizione tra *défenses au fond* e *exceptions de procédure* <sup>(11)</sup>. Sebbene nell'ambito del diritto sostanziale il termine *exception* venisse usato di frequente e

---

<sup>(9)</sup> Tra i tanti, vanno menzionati almeno E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, Paris, 1898; E. -N. PIGEAU, *La procédure civile des tribunaux de France*, Paris, 1838; P. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*, Poitiers, 1828; G. L. J. CARRE, *Les lois de la procédure civile*, Paris, 1827.

<sup>(10)</sup> Si tratta di L.-L. -F. LEMERLE, *Traité des fins de non-recevoir*, Nantes, 1819.

<sup>(11)</sup> «[...] le Code de procédure (ancien, n.d.r.) comprend sous le nom d'exception ce qu'on doit prendre aujourd'hui par opposition à tous les moyens de défenses au fond quels qu'il soient», così P. LARROUY, *Des exceptions en droit romain et du rôle du défendeur en droit français*, Thèse, Toulouse, 1873, esprimendo chiaramente la contrapposizione tra le due specie di difese all'interno dell'*ACPC*.

con sfumature di significato più ampie, nel contesto del diritto processuale esso era dotato di un senso ben preciso: segnatamente, l'*exception* rappresentava un ostacolo al perseguimento dell'azione, nella maggior parte dei casi temporaneo, diretto esclusivamente contro la procedura e volto a contestarne la regolarità allo scopo di paralizzare l'istanza in corso. Senza entrare nel merito del diritto litigioso azionato, prerogativa delle *défenses au fond*, il convenuto, attraverso l'*exception de procédure*, rilevava che il dibattito attorno alla *res deducta* era stato intrapreso in maniera scorretta.

Il *Code de procédure civile* del 1806, che pure scelse di non codificare la *fin de non-recevoir*, si servì tuttavia proprio dell'irricevibilità per stabilire un rigoroso ordine logico di cognizione delle questioni da parte del giudice. Il legislatore, infatti, disciplinò una serie di *exceptions de procédure*, congegnate tra loro secondo rapporti di consequenzialità, contenute negli articoli tra il 166 e il 192 che componevano il IX titolo, rubricato, per l'appunto, «*Des exceptions*».

Tali eccezioni, per poter venire fruttuosamente impiegate, dovevano essere presentate nell'ordine stabilito dal legislatore perché altrimenti, a meno che il rilievo dell'eccezione non fosse sorretto da un interesse pubblico — in questo caso, come vedremo, si ammetteva che l'eccezione potesse essere sollevata in qualsiasi momento della causa e anche d'ufficio —, sollevando con precedenza le eccezioni logicamente successive, si supposeva che la parte avesse rinunciato a servirsi delle eccezioni precedenti, che venivano così colpite da una declaratoria di irricevibilità.

*3.1. L'ordine logico di cognizione delle exceptions de procédure: la fin de non-recevoir è lo strumento che tecnicamente consente di realizzare quest'ordine*

*3.1.1. L'eccezione di cauzione a carico dell'attore straniero*

Il titolo IX era suddiviso in cinque paragrafi, il primo dei quali, denominato «*De la caution à fournir par les étrangers*», trattava di una particolare eccezione che si poteva opporre allo straniero quando costui agiva in veste di attore. Tale titolo, in particolare, riprendeva quanto già disciplinato dall'art. 16 del *Code civile* francese del 1806, il quale stabiliva per lo straniero che agiva in giudizio l'obbligo di versare una cauzione per il pagamento delle spese e dei danni risultanti dalla causa (cd. *cautio iudicatum solvi*), salvo che costui possedesse in Francia dei beni immobili di un valore sufficiente ad assicurare il pagamento. Si trattava di un'eccezione che certamente non rientrava tra quelle di ordine pubblico, come peraltro precisava testualmente l'art. 16 disponendo che la cauzione dovesse essere fornita «*si le défendeur le requiert*». La misura rispondeva insomma all'interesse squisitamente privato del convenuto e quest'ultimo poteva, implicitamente o esplicitamente <sup>(12)</sup>, sempre decidere di rinunciarvi.

L'art. 166 *ACPC* <sup>(13)</sup> richiamava sostanzialmente la disposizione civilistica precisando, all'art. 167, che il giudice, nell'ordinare con sentenza interlocutoria la cauzione, avrebbe fissato egli stesso l'importo in modo da garantire la proporzionalità tra cauzione e *petitum* immediato <sup>(14)</sup>. L'art. 166 precisava inoltre che il convenuto aveva l'onere di solle-

---

<sup>(12)</sup> Inoltre, come vedremo, l'impossibilità di giovare della *cautio iudicatum solvi* poteva derivare anche dalla tardività con cui veniva opposta l'eccezione, che in questo caso veniva colpita da una *fin de non-recevoir*. V. *infra*, paragrafo immediatamente successivo.

<sup>(13)</sup> Art. 166 *ACPC*: «*Tous étrangers, demandeurs principaux ou intervenants seront tenus, si le défendeur le requiert, avant toute exception, de fournir caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils pourraient être condamnés*».

<sup>(14)</sup> Art. 167 *ACPC*: «*Le jugement qui ordonnera la caution, fixera la somme jusq'à concurrence de laquelle elle sera fournie: le demandeur qui consignera cette somme, ou qui justifiera que ses immeubles situés en France sont suffisants pour en répondre, sera dispensé de fournir caution*».

vare l'anzidetta eccezione prima di qualsiasi altra eccezione a pena di irricevibilità.

### 3.1.2. *L'ordine di esame delle eccezioni declinatorie per ragioni di competenza, connessione, litispendenza*

Il secondo paragrafo («*Des renvois*», artt. 168-172 *ACPC*) del titolo IX si occupava dell'eccezione declinatoria e del rinvio della causa ad altro giudice per motivi di incompetenza, di connessione e di litispendenza. Il legislatore del 1806, invero, aveva congegnato il paragrafo dedicato a questa serie di eccezioni non tanto dal punto di vista della doglianza (il difetto di competenza del giudice adito; la pendenza della stessa causa o di altra causa connessa davanti ad un altro giudice), quanto dal punto di vista dell'effetto (ossia il rinvio all'altro giudice) cui il convenuto tendeva nel sollevare questo tipo eccezione.

L'eccezione, se riguardava l'incompetenza per territorio (cd. incompetenza relativa), ai sensi dell'art. 169 dell'*ACPC*, andava sollevata a pena di irricevibilità prima di qualsiasi altra difesa<sup>(15)</sup>. Ma, come si è già avuto modo di evidenziare, anche l'eccezione prevista dall'art. 166, ossia la cauzione *iudicatum solvi*, doveva essere sollevata, ai sensi del predetto articolo, prima di ogni altra eccezione: come dunque conciliare l'ordine di proposizione di queste eccezioni le quali — come aveva efficacemente osservato anche la dottrina<sup>(16)</sup> — sembravano sbarrarsi vicendevolmente il passo senza incappare nella sanzione della irricevibilità che, inevita-

---

<sup>(15)</sup> Art. 168 *ACPC*: «*La partie qui aura été appelée devant un tribunal autre que celui qui doit connaître de la contestation, pourra demander son renvoi devant les juges compétents*».

Art. 169 *ACPC*: «*Elle sera tenue de former cette demande préalablement à toutes autres exceptions et défenses*».

<sup>(16)</sup> Cfr. J. SIREY, *Les codes annotés. Code de procédure civile*, Paris, 1901, sub art. 166, n. 4, p. 272.

bilmente, avrebbe comportato l'impossibilità di profittare di una delle due?

A tal proposito, furono avanzate tre ipotesi ricostruttive che, a fasi alterne, riscossero il favore della giurisprudenza.

Secondo una prima ricostruzione, la cauzione doveva essere richiesta prima dell'eccezione declinatoria, in quanto ci si doveva attenere all'ordine sistematico degli argomenti trattati nei singoli articoli; secondo un'altra impostazione, occorreva invece presentare per prima l'eccezione di incompetenza in quanto spettava al giudice naturale ordinare la cauzione; infine, la terza ricostruzione sosteneva che non vi fosse alcun rapporto di priorità logica tra l'eccezione di cauzione *iudicatum solvi* e quella di incompetenza, poiché le due eccezioni potevano essere presentate indifferentemente l'una prima dell'altra senza che dalla proposizione dell'una, derivasse la rinuncia ad avvalersi dell'altra <sup>(17)</sup>.

Probabilmente, la ricostruzione più corretta è la prima, non solo sulla base dell'argomento sistematico, ma anche del dato letterale. L'art. 166, infatti, imponeva all'attore straniero l'obbligo di fornire la cauzione qualora il convenuto l'avesse richiesto "*avant toute exception*" (letteralmente: prima di qualsiasi eccezione). In tal senso, dunque, l'obbligo di prestare la cauzione derivava dalla richiesta del convenuto che doveva essere avanzata prima di sollevare qualsiasi sorta di eccezione. Viceversa, l'art. 169 incasellava l'eccezione di incompetenza all'interno del sistema di eccezioni e difese perché affermava che la declinatoria dovesse essere sollevata "*préalablement à toutes autres exceptions et défenses*", ossia prima delle altre eccezioni e difese.

Questa ricostruzione, soprattutto, ha il pregio di rispecchiare la *ratio* della *cautio iudicatum solvi*: scopo della cauzione è, infatti, di cautelarsi rispetto al pagamento delle spese processuali e sembra illogico ri-

---

<sup>(17)</sup> *Ibid.*, pp. 272-273 e *ivi* riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza.

tenere che, sollevando per prima questa eccezione, il convenuto abbia implicitamente inteso accettare la competenza del tribunale. Né sembra ragionevole sostenere che, in questo modo, si violerebbe il principio del giudice naturale: quand'anche a ordinare la cauzione sia un giudice incompetente, si tratta di una pronuncia che non coinvolge il *thema decidendum*, rispetto al quale sta il principio del giudice naturale inteso come giudice più adatto — sulla base dei criteri che incardinano la competenza — a conoscere di quel giudizio.

Questo per quanto riguardava l'eccezione di incompetenza relativa. Per quanto invece concerneva l'incompetenza per materia (cd. incompetenza assoluta), l'eccezione di rinvio poteva essere sollevata in qualsiasi momento della causa e, unico caso *tra le exceptions de procédure*, poteva essere rilevata d'ufficio anche dal giudice adito<sup>(18)</sup>. Secondo l'impostazione dell'*Ancien Code*, infatti, l'incompetenza *ratione materiae* era di ordine pubblico e, pertanto, si ammetteva che tale eccezione prescindesse dalle regole di consequenzialità-dipendenza che invece caratterizzavano le altre *exceptions de procédure*. La valenza pubblicistica che la contraddistingueva, infatti, giustificava la maggior apertura con la quale poteva essere opposte in qualsiasi fase della lite — dunque anche successivamente alle *défenses au fond* — e alla stessa *ratio* rispondeva il potere attribuito al giudice di sollevarle *ex officio*.

Seguivano poi le eccezione di rinvio per ragioni di connessione e di litispendenza (art. 171)<sup>(19)</sup>; l'eccezione di litispendenza, in particolare,

---

<sup>(18)</sup> Art. 170 ACPC: «*Si néanmoins le tribunal était incompétent à raison de la matière, le renvoi pourra être demandé en tout état de cause; et si le renvoi n'était pas demandé, le tribunal sera tenu de renvoyer d'office devant qui de droit*».

<sup>(19)</sup> Art. 171 ACPC: «*S'il a été formé précédemment, en un autre tribunal, une demande pour le même object, ou si la contestation est connexe à une cause déjà pendante en un autre tribunal, le renvoi pourra être demandé et ordonné*». Secondo l'impostazione dell'*Ancien Code de procédure civile*, dunque, il giudice adito per secondo, avanti al quale la connessione o la litispendenza dovevano

non era considerata di rilevanza pubblicistica e, pertanto, non ne era ammesso il rilievo ufficioso.

L'art. 172, con il quale si concludeva il paragrafo «*Des renvois*», stabiliva infine che sull'istanza di rinvio (i.e. eccezione declinatoria) il giudice dovesse giudicare sommariamente, senza possibilità di riservare la pronuncia sulla declinatoria alla pronuncia principale, né di rendere una pronuncia congiunta al merito; si esigeva, cioè, che le due sentenze fossero distinte e separate. <sup>(20)</sup>.

### 3.1.3. *Le eccezioni di nullità*

Ritornando alla disamina del titolo IX che l'*Ancien code* dedicava alle eccezioni, il paragrafo III, intitolato «*Des nullités*», disciplinava le eccezioni di nullità riguardanti gli atti introduttivi e gli atti processuali in genere, ossia quelle eccezioni che in passato, specialmente da parte della

---

essere eccepite, rimetteva le parti davanti al primo giudice presso il quale già pendeva la stessa o altra connessa controversia.

<sup>(20)</sup> Art. 172 ACPC: «*Toute demande en renvoi sera jugée sommairement, sans qu'elle puisse être réservée ni jointe au principal*». In applicazione di tale disposizione, la giurisprudenza del tempo affrontò esplicitamente il problema di mantenere separate le pronunce sulla declinatoria e sul merito. Così, per esempio, si affermò che il tribunale davanti al quale fosse proposta un'eccezione declinatoria, non potesse statuire attraverso una sola ed unica sentenza sia sulla declinatoria che sul merito perché era necessario rendere preliminarmente la sentenza sulla declinatoria; o che i giudici non potessero, sia pure respingendo l'eccezione declinatoria, ordinare che si procedesse immediatamente all'esame del merito, finanche in contumacia nel caso in cui la parte non si fosse costituita, dovendo in questi casi attendere almeno otto giorni prima di rendere una pronuncia sul merito. In altri casi, si affermò però la possibilità per il giudice di concludere congiuntamente sulla declinatoria e sul merito qualora la parte che avesse proposto la declinatoria avesse concluso contestualmente, ma in via subordinata, nel merito o, ancora, quando le conclusioni relative al difetto di competenza del giudice non costituivano un'eccezione autonoma e le considerazioni svolte erano utilizzate pure per contestare il merito, rispetto al quale la parte aveva ugualmente concluso, sia pure in via subordinata. Per gli estremi delle pronunce, v. J. SIREY, *Les codes annotés. Code de procédure civile*, Paris, 1901, sub art. 172, pp. 282-283.

dottrina del XVII secolo formatasi attorno all'*Ordonnance civile*, erano state definite “*exceptions péremptoires de forme*” per distinguerle dalle “*exceptions péremptoires de fond*”, ossia le *fins de non-recevoir* <sup>(21)</sup>.

Ai sensi dell'art. 173 dell'*Ancien Code de procédure civile*, le nullità si consideravano sanate a meno che non fossero proposte prima di qualsiasi altra *défense au fond* o *exception de procédure*, eccezione fatta per la declinatoria di incompetenza, la quale doveva quindi essere sollevata con precedenza <sup>(22)</sup>. Il principio alla base di tale disciplina permetteva di assicurare il regolare svolgimento della procedura senza perturbazioni o interruzioni eccessive del giudizio pendente, dal momento che, anche in questo caso, l'ordine di cognizione era previsto a pena di irricevibilità. Di principio, però, si voleva che a giudicare della nullità fosse il giudice naturale: per questo motivo l'art. 173 prevedeva che le eventuali nullità della citazione fossero eccepite successivamente all'eccezione di incompetenza. Inoltre, quando un atto processuale era adottato in corso di causa, evidentemente era esclusa la possibilità di contestarne la validità *in limine litis*. Se, ad esempio, una perizia era affetta da invalidità formali, occorreva eccepirle prima di discutere del merito dei suoi contenuti. La nullità, infatti, era sanata (letteralmente: “*est couverte*”, che si riferisce all'impossibilità, ormai, di poter efficacemente eccepire la nullità) se

---

<sup>(21)</sup> Il significato attribuito all'espressione “*peremptoire*” dai commentatori francesi, è del tutto diverso rispetto a quello tradizionale di derivazione romana. Nella tradizione romanistica, infatti, si intendeva alludere allo spazio temporale entro il quale era possibile eccepire l'eccezione, mentre nel diritto francese l'eccezione perentoria era considerata dal punto di vista degli effetti: il suo rilievo annientava definitivamente la procedura in corso (*exceptions péremptoires de forme*), ovvero la pretesa dell'attore (*exceptions péremptoires de fond* o *fins de non-recevoir*) senza entrare nel merito (in senso stretto) del diritto. In argomento, v. *infra*, cap. II, sub § 9 e ss.

<sup>(22)</sup> Art. 173 ACPC: «*Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, si elle n'est proposée avant toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence*».

la parte non l'avesse proposta prima di ogni altra difesa a partire dal momento in cui veniva ad esistenza l'atto processuale viziato <sup>(23)</sup>.

#### 3.1.4. *Le eccezioni dilatorie e di comunicazione di documenti*

Il paragrafo IV del titolo IX, intitolato «*Des exceptions dilatoires*», era dedicato ad una categoria di eccezioni il cui scopo diretto ed immediato era di ottenere un differimento rispetto al naturale sviluppo della procedura. Due erano le fattispecie ivi contemplate: la prima, che in verità investiva un istituto più riconducibile al diritto sostanziale, consisteva nel termine accordato al chiamato all'eredità per fare l'inventario e poter così deliberare in merito all'accettazione dell'eredità (art. 174), mentre la seconda, di natura più schiettamente processuale, riguardava la chiamata in garanzia (art. 175).

Quanto all'ordine di proposizione delle eccezioni dilatorie rispetto alle altre categorie di eccezioni, le due appena sopra indicate dovevano essere proposte successivamente all'eccezione di cauzione *judicatum solvi*, all'eccezione di incompetenza *ratione personae* e ad eventuali eccezioni di nullità sempre che, ovviamente, queste ultime riguardassero atti processuali già posti in essere.

Per quanto invece concerneva l'ordine con il quale si dovevano proporre le due eccezioni dilatorie, quest'aspetto veniva (solo parzialmente) risolto dagli artt. 186 e 187 dell'Ancien Code de procédure civile, le cui disposizioni, malgrado l'apparente semplicità, presentavano alcune difficoltà applicative. L'art. 186 stabiliva che le eccezioni dilatorie do-

---

<sup>(23)</sup> Il principio si trova espressamente affermato anche nei lavori preparatori al c.p.c del 1806: «*Si l'exception de nullité n'est pas proposé avant toutes les autres exceptions, et avant toutes défenses, il n'est plus temps de le faire, la nullité est couverte*». Cfr. *Recueil des discours des orateurs du gouvernement et des rapports de la commission du tribunalat sur les lois composant le Code de procédure civile*, Turin, 1806, sub «*Des exceptions*», p. 78.

vessero essere proposte congiuntamente e prima di qualsiasi difesa di merito. L'utilizzo dell'avverbio "congiuntamente" si spiegava, in questo caso, con la necessità che le eccezioni dilatorie fossero proposte tutte assieme, nel medesimo atto, e ciò per impedire eventuali manovre dilatorie da parte del convenuto volte a ritardare la soluzione della lite. Ma, al contempo, l'art. 187 disponeva che l'erede proponesse le altre eccezioni dilatorie successivamente al periodo a lui concesso per provvedere all'inventario e poter così deliberare in ordine ai suoi diritti successori.

Tale incongruenza era stata in più occasioni messa in luce anche dalla dottrina del tempo, la quale aveva manifestato la propria perplessità a fronte dell'antinomia derivante dal combinato disposto degli artt. 186 e 187. In particolare, non si riusciva a spiegare la ragione per cui si richiedeva che le eccezioni dilatorie fossero proposte congiuntamente se le uniche due eccezioni dilatorie previste dall'*Ancien Code*, ossia l'eccezione relativa al beneficio di inventario concessa all'erede e la chiamata in garanzia, potevano essere presentate in tempi diversi. Gli autori, pertanto, cominciarono ad interrogarsi sulla possibilità che esistessero altre ipotesi di eccezioni dilatorie, tanto all'interno dello stesso *Code de procédure civile*, quanto del *Code civil* <sup>(24)</sup>. In verità, si dimostrò che

---

<sup>(24)</sup> Così, secondo alcuni, si poteva scorgere nel beneficio di escussione previsto dall'art. 2021 del *Code civil*, un'ipotesi di eccezione dilatoria. Con questa eccezione, il fideiussore a cui fosse intimato il pagamento eccepiva che il creditore dovesse escutere preventivamente i beni del debitore principale e, solo in caso di esito infruttuoso, sarebbe stato possibile rivolgersi al fideiussore; poiché l'eccezione doveva essere proposta non appena venisse formulata la richiesta di pagamento, ciò era coerente dal punto di vista formale con il disposto dell'art. 186 del *Code de procédure civile* («*les exceptions dilatoires seront proposées [...] avant toutes défenses au fond*») e con la *ratio* intrinseca delle eccezioni dilatorie poiché il fideiussore che invoca il *beneficium excussionis* mira sostanzialmente a ottenere un differimento rispetto all'obbligo di pagamento, sospendendo così anche le eventuali domande di condanna proposte nei suoi confronti. Egli non si rifiuta di pagare, né contesta la sua qualità di fideiussore, ma si limita solamente a richiedere che l'intimazione di pagamento avanzata nei suoi riguardi sia differita del tempo necessario per escutere preventivamente il debitore principale. Sulle argomentazioni a sostegno di tale ricostruzione, nonché per

le sole eccezioni dilatorie nell'accezione moderna del termine erano le due incluse nel *Code de procédure* civile e che la contraddizione impressa negli artt. 186 e 187 era il risultato di un *lapsus calami* del legislatore del 1806 <sup>(25)</sup>.

L'ultimo paragrafo del titolo dedicato alle eccezioni, si chiudeva con *l'exception de communication de pièces*, in virtù della quale le parti potevano richiedere, entro un breve termine, di visionare i documenti contro di loro prodotti. Questa disposizione, la quale — com'è stato detto — aveva dato origine ad una giurisprudenza imbarazzante <sup>(26)</sup>, costituiva niente più che un'applicazione del diritto di difesa (nella sottospecie del diritto alla prova) e non era in nessun caso inserita in quella dinamica di consequenzialità che caratterizzava il sistema delle eccezioni procedurali, tant'è che il *Nouveau Code de procédure civile*, memore dell'esperienza pregressa, lo espliciterà nell'art. 74, 2<sup>e</sup> *al.*, il quale oggi dispone testualmente che «*la demande de communication de pièces ne constitue pas une cause d'irrecevabilité des exceptions*».

4. *La mancata codificazione della fin de non-recevoir nel c.p.c. del 1806 si spiega con la difficoltà di inglobare in una categoria unitaria le diverse ipotesi di irricevibilità*

---

quelle a confutazione, v. E. DEROY, *Des exceptions dilatoires*, Thèse, Paris, 1898, p. 159 e ss.

<sup>(25)</sup> Il legislatore del 1806, infatti, avrebbe inavvertitamente ripreso il tenore letterale degli artt. 1 e 2 del titolo IX dell'*Ordonnance civile* del 1667, disposizioni che prevedevano un nutrito numero di eccezioni dilatorie, coerentemente con la filosofia processuale del tempo secondo cui il *iudicium* si sostanziava nell'*ordo quaestionum*. Depongono in tal senso le conclusioni della dissertazione di E. DEROY, *op. cit.*, spec. pp. 167-168. Sulle eccezioni dilatorie nell'esperienza dell'*Ordonnance civile* del 1667, v. *infra*, cap. II, *sub* § 8. Sul processo come *ordo quaestionum* v. *infra*, cap. II, *sub* § 1.2.

<sup>(26)</sup> Cfr. S. GUINCHARD, *Exceptions de procédure*, in S. GUINCHARD (sous la direction de), *Droit et pratique de la procédure civile*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, 2014, § 192.12.

L'adesione per un sistema bipartito degli strumenti difensivi, come evidenziato dall'esame dei lavori preparatori dell'*Ancien Code de procédure civile*, era stata dettata dalla constatazione da parte del legislatore dell'estrema eterogeneità e frammentarietà che caratterizzava la categoria delle *fins de non-recevoir* agli albori del XIX secolo, essendo tale materia ancora profondamente influenzata dall'impostazione asistemica tramandata dall'*Ancien droit*.

Così, a titolo d'esempio, i motivi di irricevibilità della domanda come il difetto di *qualité* o di *intérêt* <sup>(27)</sup> — condizioni oggi espressamente contemplate dall'art. 122 *NCPC* tra le *fins de non-recevoir* — solevano talvolta essere sanzionate anche attraverso la *fin de non-valoir*, categoria giuridica mutuata dall'*Ancien droit* che rispecchiava l'espressione latina *non valet agere* e che in seguito verrà assorbita nella *fin de non-recevoir*

---

<sup>(27)</sup> Condizioni tra le più classiche dell'*action en justice*, grossomodo corrispondenti alla legittimazione e all'interesse ad agire (invero con qualche peculiarità in più la *qualité*), la *qualité* e l'*intérêt pour agir* non sono definiti esplicitamente neppure dal *NCPC*, che all'art. 31 tratteggia le due figure in questi termini: «*L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé*». È stato osservato da autorevole dottrina (v. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29<sup>e</sup> éd. Paris, 2008, p. 160 e ss.) come questa disposizione contribuisca non tanto a definire, quanto a confondere tra loro le due nozioni. Per promuovere l'azione, infatti, si esige un interesse personale, giuridico e legittimo, salvo nei casi in cui sia la legge stessa ad attribuire azione alle persone da lei qualificate per promuovere o contrastare una pretesa, ovvero per difendere un interesse determinato. In buona sostanza, l'esistenza, in capo a colui che promuove o contrasta una pretesa, di un *intérêt pour agir*, gli conferirebbe in via di principio anche la *qualité pour agir*: l'idea è infatti che il soggetto che può reclamare la riaffermazione della legge a tutela del diritto che si assume leso, sia anche il soggetto personalmente interessato alla applicazione della legge. In questi casi la *qualité* rappresenta un aspetto particolare dell'*intérêt*, entro il quale risulta assorbita. Tuttavia, l'art. 122 *NCPC* annovera esplicitamente la *qualité* e l'*intérêt* come ipotesi distinte di *fins de non-recevoir*.

(<sup>28</sup>). Il legislatore napoleonico, influenzato dalla diffidenza illuministica verso le complicazioni formali e le definizioni oscure, mal riusciva a trovare una formula unitaria che contenesse le *fins de non-recevoir* relative alla irricevibilità delle azioni e, al contempo, tutte quelle altre *fins de non-recevoir* procedurali, di cui il titolo IX relativo all'ordine di proposizione delle *exceptions de procédure* si serviva in così larga misura.

L'*impasse* fu parzialmente superata nel corso del XX secolo, quando in Francia si assistette a una riscoperta della dottrina dell'azione, che divenne un dato di diritto positivo anche grazie ad una rinnovata riflessione che coinvolse la categoria giuridica delle *fins de non-recevoir*.

Presso la maggior parte dei precedenti autori francesi, infatti, l'azione era definita sulla base della celebre dottrina del Savigny secondo cui l'azione si sostanziava nel diritto soggettivo: quest'ultimo, in seguito ad una aggressione, entrava in uno stato di difesa e, mutato il proprio aspetto originario, diveniva "azione" (<sup>29</sup>). L'espressione più rappresenta-

---

(<sup>28</sup>) In tal senso anche N. CAYROL, «*Les moyens de défense*». *Le titre V du livre I du Code de procédure civile*, in AA.VV., *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, II, Paris, 2016, p. 255.

(<sup>29</sup>) Fino a quando si era mantenuta una visione unitaria dello *ius civile*, comprendente cioè tanto il diritto pubblico quanto il diritto privato, le formulazioni di *actio* che ancora risentivano dell'esperienza romana, erano apparse sufficienti. In epoca romana, infatti, il pretore *iudicium dabat* e in ciò consisteva l'azione: nello *ius persecuendi in iudicium quod nobis debetur*. Questo diritto, tuttavia, non lo si otteneva *de plano*: occorreva che fosse concesso dal pretore. Nella vigenza di un siffatto sistema, dunque, veniva naturale distinguere il diritto in sé, dall'azione intentata per farlo valere. La grande frattura si ebbe con la Pandettistica, quando gli interpreti cominciarono ad interrogarsi intorno alla nozione di diritto soggettivo, calandolo in un contesto differente rispetto al diritto pubblico di modo che, inevitabilmente, ciò condusse anche alla rottura della stessa concezione unitaria del fenomeno giuridico che fino ad allora si era osservata. Conseguentemente, l'antico *ius in iudicio persecuendi* finiva per appartenere ad un altro sistema concettuale, ovvero al mondo del processo e, sebbene con riguardo alle finalità, esso era ancora visto come uno strumento di realizzazione del diritto privato, come organizzazione esso apparteneva ora al diritto pubblico, ossia ad un sistema che per norme e principi direttivi era da considerarsi estraneo e, anzi, contrapposto alle regole proprie del sistema privatistico. Data questa premessa, due erano le possibilità: o cercare, rispetto al diritto soggettivo, un *trait d'union* con il processo per calarlo al suo interno, oppure co-

tiva di tale adesione la si ritrova in Demolombe: «*Qu'est-ce que c'est donc l'action? [...] C'est le droit à l'état d'action, au lieu d'être à l'état de repos; le droit à l'état de guerre, au lieu d'être à l'état de paix [...]*»<sup>(30)</sup> e sulla stessa linea di pensiero si situa anche il Garsonnet, secondo il quale azione e diritto hanno la medesima natura: l'azione costituisce un elemento stesso del diritto soggettivo, e il diritto soggettivo, a propria volta, si ritrova nell'azione, perché quest'ultima non è altro che il diritto soggettivo “in stato di guerra”<sup>(31)</sup>.

#### *5. Il ruolo della fin de non-recevoir nelle diverse dottrine dell'azione. Applicazioni pratiche*

Questo concetto di azione — sostanzialmente corrispondente al diritto soggettivo rispetto a cui la procedura, costituendo il complesso di regole dove far valere utilmente il diritto sostanziale, si pone in chiave meramente strumentale — si riflette nell'impostazione dualistica degli strumenti difesivi fatta propria dall'*Ancien Code de procédure civile* —

---

struire l'azione come un diritto a sé stante. Alla prima ricostruzione aderirono soprattutto i civilisti e, tra costoro, si contraddistinse particolarmente il Savigny secondo il quale l'azione non sarebbe nient'altro che un diritto soggettivo modificato in seguito ad una aggressione: esso entrerebbe in uno stato di difesa mutando così il proprio aspetto originario. Tra offeso e aggressore si instaurerebbe un rapporto, il cui contenuto si sostanzia nella facoltà rimessa all'offeso di attivarsi per la riparazione della lesione. Questo rapporto è detto azione in senso sostanziale, o diritto di agire, e si contrappone all'azione in senso formale che consiste nell'attività concretamente posta in essere dall'offeso per far valere il proprio diritto di agire e porre così rimedio alla lesione subita. Questa attività, che è retta da regole proprie e si estrinseca attraverso particolari forme, è diretta manifestazione del fenomeno processuale, il quale è regolato dal diritto pubblico. Su questi aspetti, v. R. ORESTANO, *Azione (storia del problema)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. IV, Milano, 1959, p. 785 e ss., oltre alla ricostruzione storica operata da G. CHIOVENDA in *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Milano, 1993, p. 3 e ss.

<sup>(30)</sup> V. C. DEMOLOMBE, *Course de Code Napoléon*, 1870, t. IX des Œuvres complètes, § 338.

<sup>(31)</sup> V. E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, t. I (1892), 3<sup>e</sup> éd., in collab. avec C. CEZAR-BRU, Paris, 1912, § 315.

*défenses au fond* e *exceptions de procédure* — risolvendosi l'*actio* in un mero *quid pluris* procedurale rispetto alla situazione giuridica di diritto sostanziale.

Per quanto invece concerneva la *fin de non-recevoir*, che l'*Ancien Code de procédure* scelse di non codificare, la dottrina che ne aveva analizzato le caratteristiche tendeva a qualificarla come uno strumento difensivo di natura mista: assomigliava alla *défense au fond* nella misura in cui mirava a respingere definitivamente la domanda, ma anche alla *exception de procédure* nella misura in cui, nel farlo, non entrava nel merito del pretesa <sup>(32)</sup>. Contrariamente alla *exception de procédure*, ma similmente alla *défenses au fond*, già nella pratica giudiziaria del XIX secolo la *fin de non-recevoir* poteva essere sollevata in qualsiasi momento della causa.

Per impedire le manovre dilatorie che spesso si erano registrate nella prassi e che consistevano nel ritardare di sollevare le *fins de non-recevoir secundum eventum litis*, il legislatore, con il decreto legge del 30 ottobre 1935, modificò l'art. 192 dell'*Ancien Code de procédure civile*, riservando alle *fins de non-recevoir* un regime che sostanzialmente le equiparava alle *exceptions de procédure*, esigendo che dovessero necessariamente essere sollevate prima di concludere nel merito. A ciò si contrappose la giurisprudenza della *Cour de Cassation* che vanificò, di fatto, l'intervento normativo del legislatore sulla base di un'interpretazione letterale-sistematica del nuovo art. 192 *ACPC* <sup>(33)</sup> e, valorizzando la pecu-

---

<sup>(32)</sup> In questo senso, v. P.-A. MERLIN, «*Fin de non-recevoir*», in *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. XII, 5e éd., Tarlier, 1826, p. 265; E. -N PIGEAU, *La procédure civile des tribunaux de France*, t. I, Paris, 1807, p. 48.; L.-L. -F. LEMERLE, *Traité des fins de non-recevoir*, cit., p. 2.

<sup>(33)</sup> L'art. 192 dell'*ACPC* successivo alla riforma del 1935 dichiarava irricevibili «*toutes les exceptions, demandes en nullité, fins de non-recevoir et toutes déclinatoires visés aux articles précédents [...] s'ils sont présentés après qu'il aura été conclu au fond*». La *Cour de Cassation* interpretò questo disposto letteralmente, intendendo cioè che l'irricevibilità si dovesse applicare esclusivamente alle *fins de non-recevoir* previste dagli artt. 166-191 dell'*ACPC* che riguardavano sostanzialmente le *fins de non-recevoir* che abbiamo definito procedurali,

liarità delle *fins de non-recevoir*, escluse che queste dovessero essere parificate alle *exceptions de procédure*.

A giudizio della giurisprudenza di legittimità, le *fins de non-recevoir*, pur avvicinati alle eccezioni procedurali poiché non attaccavano direttamente la *res litigiosa*, meritavano rispetto a queste ultime un regime derogatorio poiché diverso era il loro scopo: esse rappresentavano delle irregolarità sufficientemente gravi che, attraverso la declaratoria di irricevibilità, permettevano un'efficace selezione delle pretese litigiose<sup>(34)</sup>.

6. *Il Nouveau Code de procédure civile codifica la fin de non-recevoir sulla base (anche) di una nuova concezione dell'azione*

Finalmente, con l'avvento del *Nouveau Code de procédure civile* (si tratta, in particolare, del *décret* n. 72-684 del 20 luglio 1972), il legislatore si allinea alle opinioni espresse dalla giurisprudenza aderendo ad una impostazione tripartita degli strumenti di difesa: la *fin de non-recevoir* è qualificata come uno strumento difensivo che sanziona la mancanza del diritto di azione, opponibile in qualsiasi momento della causa, salva la possibilità per il giudice di condannare al risarcimento del danno la parte che si sia astenuta dal farlo con intento dilatorio (art. 123), e rilevabile in certi casi anche d'ufficio (art. 125).

Più precisamente, la definizione dell'art. 122 *NCPC* recepisce quanto autorevolmente enunciato da un celebre processualista francese, Henri Motulsky, impegnato nella ricerca di un criterio più razionale per fondare scientificamente la tripla distinzione tra *fins de non-recevoir*, *défenses au fond* e *exceptions de procédure*.

---

che si sostanziavano cioè nelle regole previste a pena di irricevibilità per impartire un ordine tra le *exceptions de procédure*.

<sup>(34)</sup> Per una efficace sintesi di questa giurisprudenza, si rimanda a H. VIZIOZ, *La demande en justice*, in *Etudes de procédure*, Paris, 2011, note 46 e 47 pp. 231-233.

Secondo Motulski, la categoria delle *fins de non-recevoir*, lungi dall'essere ibrida, mista, mal definita, se non superflua, al contrario si integrerebbe perfettamente nella struttura logica del processo. L'autore basò le proprie dimostrazioni proprio sui recenti sviluppi che — specie presso la dottrina straniera <sup>(35)</sup> — avevano interessato il concetto di azione, il cui merito più grande fu quello di differenziare l'azione dal diritto sostanziale sottostante, mostrando che, in definitiva, per usare le parole di Motulski, «*l'action est le pouvoir d'obtenir d'un tribunal une décision sur le fond de la prétention qui lui est soumise*» <sup>(36)</sup>.

Date queste premesse, sembra allora possibile, secondo questa nuova ottica, distinguere tre specie diverse di strumenti difensivi opponibili dal convenuto alla pretesa dell'attore: le difese volte a contestare la sussistenza del diritto di azione dell'attore, ossia le *fins de non-recevoir*; quelle rivolte contro la regolarità della procedura, ossia le *exceptions de procédure* e, infine, quelle volte a contestare il fondamento stesso della pretesa, vale a dire le *défenses au fond* <sup>(37)</sup>.

Si tratta di una ricostruzione per certi versi vicina alla teoria concreta del diritto di azione, dove il diritto di azione è concepito come un diritto soggettivo processuale, ben distinto dal diritto sostanziale fatto valere. La teoria concreta dell'azione si contraddistinse per essere una ricostruzione intermedia o, per meglio dire, di transizione, tra la massima concretezza sostanziale attribuita all'azione dalla Pandettistica (l'azione come diritto soggettivo in stato di guerra) e la nuova astrattezza propria delle concezioni pubblicistiche del Novecento. Secondo la teoria concreta, l'azione è concepita come il diritto ad ottenere positivamente — con-

---

<sup>(35)</sup> Significativamente, l'autore cita Wach, Hellwing, Goldschmidt e, sul versante italiano, Chiovenda e Carnelutti, v. H. MOTULSKY, *Le droit subjectif et l'action en justice*, in *Arch. Phil. Dr.*, n. 9, 1964, p. 216.

<sup>(36)</sup> H. MOTULSKY, *op. ult. cit.*, *passim*, ma spec. p. 225.

<sup>(37)</sup> V. spec. H. MOTULSKY, *Note sous Cass.*, 6 juin 1962, in *Sem. Jur.*, 1963, II, 13.191 e *Id.*, *Le droit subjectif et l'action en justice*, in *Arch. Phil. Dr.*, n. 9, 1964, p. 215 e ss.

cretamente — tutela dal giudice, attraverso il riconoscimento del diritto sostanziale sottostante e, pertanto, solamente l'effettivo titolare di una situazione giuridica soggettiva può invocare la tutela giurisdizionale al fine di ottenere una pronuncia sul merito del diritto litigioso <sup>(38)</sup>.

Invero, non ci sembra del tutto esatto affermare che l'ordinamento francese ha aderito apertamente alla teoria concreta del diritto di azione e che la *fin de non-recevoir* è lo strumento difensivo che nega questo diritto nel senso fatto proprio dalla teorica appena esposta.

Non si deve dimenticare, infatti, che l'art. 30 del *NCPC* definisce l'*action en justice* non come il diritto dell'attore di ottenere una pronuncia favorevole sul merito, ma solamente come diritto di essere ascoltati nel merito della propria pretesa <sup>(39)</sup>. D'altra parte, anche l'espressione "*prétention*" è generica poiché non è sinonimo di domanda nel senso di atto processuale introduttivo che contiene l'azione. Altrettanto significativamente, poi, la disposizione non parla di "attore" o "convenuto", ma solo di "autore di una pretesa" e di "avversario". Si tratta, insomma, di una concezione sostanzialmente incentrata sul confronto dialettico tra attore e convenuto nella dinamica processuale.

È su questo fraintendimento che, ci sembra, derivino molti dei problemi legati alla corretta comprensione della *fin de non-recevoir*: non

---

<sup>(38)</sup> Sul concetto di azione e sulle tappe che condussero a teorizzarne l'autonomia rispetto al diritto sostanziale nella dottrina italiana, v. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, p. 17 e ss.; A. PEKELIS, *Azione*, in «*Nuovo digesto italiano*», I, Torino, 1937, p. 19 e ss.; P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, I, p. 22 e ss.; R. ORESTANO, *Azione (storia del problema)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. IV, Milano, 1959, p. 785 e ss.; E. T. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 47 e ss.; V. DENTI, *Azione (dir. proc. civ.)*, in «*Enc. giur. Treccani*», III, Roma, 1988, p. 1 e ss.; E. FAZZALARI, *Azione civile*, in «*Digesto disc. priv.*», II, Torino, 1988, p. 30 e ss.

<sup>(39)</sup> È utile rileggere il testo dell'art. 30 *NCPC*: «*L'action est le droit pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention*».

si può negare che il legislatore francese abbia voluto ricollegare questo istituto ad alcune delle ipotesi classiche (interesse ad agire, legittimazione ad agire) di mancanza di azione (in senso concreto), ma è altrettanto vero che questo strumento difensivo non può essere inteso solamente secondo questo significato <sup>(40)</sup>.

In particolare, per quanto concerne quest'ultimo aspetto, la dottrina francese ha spesso parlato di “disordine” tra gli strumenti difensivi, affermando che il concetto di irricevibilità si presterebbe ad originare delle “false” *fins de non-recevoir* nel momento in cui venga spezzato il collegamento reputato essenziale tra *fin de non-recevoir* e pretesa attorea <sup>(41)</sup>.

A questa opinione se ne contrappone però un'altra secondo cui la *fin de non-recevoir* sarebbe solamente un *nomen juris*; infatti, non esisterebbe una *fin de non-recevoir* «*par nature*», individuabile attraverso i suoi elementi costitutivi; essa non sarebbe altro che una sanzione, particolarmente rigorosa, che il legislatore ricollega all'inosservanza di certe regole procedurali, semplicemente perché lo ritiene opportuno <sup>(42)</sup>.

Invero, una parte dell'interesse attorno alla (più o meno) avvertita necessità di delimitare la definizione di *fin de non-recevoir*, risiede nell'affermazione di principio per cui sembrerebbe che nell'ordinamento francese esista un'idea generale di esaminare prioritariamente la ricevibi-

---

<sup>(40)</sup> Significativamente, nel celebre *Vocabulaire juridique* diretto da G. Cornu, il primo significato attribuito all'aggettivo «*recevable*» fa riferimento a tutto ciò che merita di essere preso in considerazione «*pour un examen du fond (en l'absence de toute fin de non-recevoir, s'opposant à cet examen)*», v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11<sup>e</sup> éd., Paris 2016.

<sup>(41)</sup> V., *ex multis*, P. THERY, *Le désordre des moyens de défense*, in *RTD civ.*, 2012, p. 566; J. NORMAND, *Les excroissances des fins de non-recevoir*, in *RTD civ.*, 1981, p. 684; N. CAYROL, *Un mot de droit dans le contexte du Code de procédure civile: la recevabilité*, in AA.VV., *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, II, Paris, 2016, p. 191 e ss.

<sup>(42)</sup> Così J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991, § 441, p. 376. In precedenza, anche J. Hébraud era giunto alla stessa conclusione: «*la fin de non-recevoir est donc caractérisée par sa forme procédurale, et non par sa cause, par ses éléments de fond. Elle n'a précisément de raison d'être que par cette forme*», in *RTD civ.*, 1958, p. 368.

lità di ogni questione processuale rispetto al merito e, anzi, che questa tendenza sia non solo auspicata, ma anche favorita, come se si avvertisse l'esigenza continua di filtrare le questioni da portare al vaglio del giudice.

Tuttavia, non è forse questo il modo più corretto di esprimere tale concetto perché nell'ordinamento processuale francese il primo interesse — come si è visto — è il contraddittorio che si instaura tra le parti (anziché tra le parti e il giudice: esemplare in tal senso è la definizione che il *Nouveau Code de procédure civile* dà dell'azione) e, dunque, l'idea alla base di ogni questione di ricevibilità può essere così riassunta: non vi è interesse ad entrare nel merito del contraddittorio, quando ciò, per una serie di ragioni, si riveli non necessario.

Ma quali possono essere queste ragioni? Si tratta solo di evitare un contraddittorio nato difettoso o, in certi casi, vi è anche l'interesse a non dar seguito ad un contraddittorio ritenuto inopportuno <sup>(43)</sup> o superfluo <sup>(44)</sup>?

---

<sup>(43)</sup> Terreno privilegiato, sotto questo profilo, è il contenzioso in materia di filiazione. Il legislatore, che tradizionalmente si è sempre dimostrato circospetto nei riguardi di questo genere di azioni alla luce della delicatezza delle questioni controverse, ha voluto ergere tutta una serie di barriere che l'attore dovrà superare per poter finalmente entrare nel merito della *res litigiosa*. E ciò fin dal principio, prevedendo *ex lege* i casi tassativi in cui l'azione può essere promossa. Come vedremo in seguito, tuttavia, questi motivi di irricevibilità hanno poco o nulla a che fare con l'azione e le condizioni del suo esercizio, poiché il loro meccanismo operativo le avvicina semmai a delle presunzioni (sul punto, v. *infra*, cap. III, sez. II, *sub* § 6.4.)

<sup>(44)</sup> Un esempio in tal senso si ha nell'ambito della regolamentazione del divorzio contenzioso e, più precisamente, nel *divorce pour faut* (artt. 242 e ss. *Code civil*), laddove l'intervenuta riconciliazione tra i coniugi è *fin de non-recevoir* rispetto alla domanda costitutiva di *divorce pour faute*, proponibile da ciascun coniuge quando l'altro consorte si sia reso responsabile di una grave e reiterata violazione degli obblighi e dei doveri derivanti dal matrimonio al punto tale da rendere la convivenza intollerabile. In buona sostanza, poiché per l'ottenimento del *divorce pour faute* è necessaria la configurazione di un comportamento colpevole in capo al coniuge convenuto, la riconciliazione intervenuta successivamente alla presentazione della domanda, la rende irricevibile (art. 244 *c.c.*). Infatti, sarebbe superfluo instaurare un contraddittorio sul carattere colpevole dei

7. *L'irricevibilità come impedimento alla trattazione del merito. Brevi considerazioni in chiave comparata in relazione alla teorica del rapporto giuridico processuale*

La sanzione dell'irricevibilità intesa come impedimento alla trattazione del merito, di cui le *fins de non-recevoir* costituirebbero i singoli casi in cui la sanzione viene applicata, non trova un'esatta corrispondenza nel diritto italiano dove si ricorre solitamente alla tradizionale categoria dei presupposti processuali o condizioni di decidibilità della causa nel merito<sup>(45)</sup>.

Nonostante l'assenza di una previsione normativa in tal senso, è opinione comune nella dottrina e nella giurisprudenza italiane che, quando il giudice accerti l'inesistenza di uno dei presupposti cui è condiziona-

---

comportamenti del convenuto adottati dall'attore (fatti costitutivi), poiché la parte, riconciliandosi, ha dimostrato di averli superati.

<sup>(45)</sup> In Italia, su questo classico tema, v. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 89 ss.; ID., *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Saggi di diritto processuale (1894-1937)*, II, Milano, 1993 II, p. 375 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, (ristampa), 1960, spec. p. 47 ss.; P. CALAMANDREI, *Il processo come situazione giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, I, p. 219 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1940, p. 167 ss.; E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1973, p. 30 ss.; ID., *L'opera scientifica di G. Goldschmidt e la teoria del rapporto giuridico processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 328 ss. e, più recentemente, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, p. 77 ss.; ID., «*Domanda giudiziale*», in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1991, pp. 44 ss. e 128 ss.; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele*, Torino, 2014, p. 5 ss.; F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, I. Principi generali*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, p. 54 ss. Sul tema, sia pure con impostazione critica, v. F. INVREA, *Contro il concetto dei presupposti processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, II, p. 100 ss.; C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, in «*Noviss. Dig. it.*», XIII, Torino, 1966; C. VOCINO, *Presupposti processuali. I) Diritto processuale civile*, in «*Enc. giur.*», XXIV, Roma, 1991; S. LA CHINA, «*Presupposti processuali*», in «*Dig. disc. priv.*», XIV, Torino, 1997; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996; D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, spec. p. 45 e ss.

to il suo dovere di pronunciare sul merito della domanda, il processo debba concludersi con una pronuncia in rito di inammissibilità. Difettando tuttavia il nostro ordinamento di una definizione generica di presupposto processuale, notevolissime sono le divergenze all'interno della dottrina sull'argomento, tanto che risulta assai difficoltoso riuscire a darne una definizione ontologica, risultando invece più agevole ricorrere ad una concezione per così dire funzionale dei medesimi, cosicché i presupposti vengono alternativamente descritti come condizioni o requisiti da cui dipende la nascita stessa del processo o la sua valida costituzione, ovvero la sua idoneità a mettere capo ad una decisione sul merito del diritto controverso, la cd. *res in iudicium deducta*.

Un aspetto certamente non controverso è quello secondo cui la genesi dei presupposti processuali risiede nella nozione di rapporto giuridico processuale, concetto ideato dalla scienza giuridica tedesca — antesignano in tal senso fu Oskar von Bülow grazie alla sua celebre monografia pubblicata nel 1868 <sup>(46)</sup> — per affermare l'autonomia del fenomeno giuridico processuale rispetto a quello sostanziale, contraddistinto dalla trilateralità dei soggetti coinvolti: le due parti — attore e convenuto — e il giudice. Il rapporto giuridico processuale, inoltre, si caratterizza come relazione trilatera di valenza pubblicistica in ragione della partecipazione del giudice, organo rappresentativo del potere giurisdizionale che è an-

---

<sup>(46)</sup> Si tratta, come noto, di O. VON BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868. Sempre nell'ambito della dottrina tedesca vanno almeno ricordati i classici contributi di J. KOHLER, *Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888; J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925, che pure andò oltre approfondendo il carattere dinamico del fenomeno processuale, mettendo in rilievo come esso sia ben più di un rapporto giuridico — figura statica e pertanto inadatta a descrivere la componente naturalmente dinamica del processo —, sostanziandosi piuttosto in una serie di rapporti in continua evoluzione e interazione reciproca grazie all'esercizio di poteri, oneri e facoltà; A. BLOMEYER, *Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Festschrift der juristischen Fakultät der freien Universität Berlin*, Berlin, 1955, p. 51 ss.; ID., *Zivilprozessrecht. Erkennnisverfahren*, Berlin, Göttingen, Heidelberg, 1963, p. 196 ss.

che, al contempo, autorità preposta alla direzione del processo. L'autorità giudiziaria, infatti, prima di poter giudicare sulla domanda, sarà chiamata ad accertare se esistono le premesse richieste e, in questo vaglio, logicamente preliminare, dovrà esaminare se siano state osservate le norme che regolano il corretto funzionamento del processo, contrariamente alle norme di diritto sostanziale che regolano invece la *res in judicium deducta*. La distinzione fra il giudizio sui presupposti processuali e il giudizio sul merito ha una grande rilevanza giuridica poiché, quando il giudice riconosce il difetto di un presupposto processuale, deve ritenere la domanda inammissibile ed emettere una pronuncia negativa che chiude il processo senza decidere sul fondamento della stessa <sup>(47)</sup>.

Invero, anche nell'esperienza processuale francese sembrerebbe essere stato accolto il concetto di rapporto giuridico processuale, il cd. «*lien juridique d'instance*» <sup>(48)</sup>. In effetti, consultando gli indici dei più autorevoli manuali contemporanei di *procédure civile*, ci si imbatte quasi

---

<sup>(47)</sup> Questo orientamento, come noto, sfocia nella teorica del doppio oggetto del giudizio: accanto all'esistenza della situazione soggettiva di cui l'attore si afferma titolare e rispetto a cui chiede tutela (oggetto di merito, «*sachlicher Streitgegenstand*») vi sarebbe inoltre un oggetto di rito («*prozessualer Streitgegenstand*»), il quale imporrebbe al giudice di valutare preliminarmente — ossia prima di passare all'esame nel merito della controversia — se sussiste il dovere processuale del giudice di provvedere sulla domanda di parte. Sul tema, che in questa sede non possiamo che lambire, oltre agli autori già citati alle note precedenti, ulteriori riferimenti anche in L. LAUDISA, *La sentenza processuale*, Milano, 1982; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, p. 91 ss.; A. ROMANO, *In tema di rapporti tra questioni meramente processuali e oggetto del giudizio*, in *Foro amm.*, 1957, I, p. 325 ss., spec. p. 340 ss.; M. MARINELLI, *Ricorso incidentale e ordine delle questioni (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008 n.11)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 609 ss.; di recente, a margine della sentenza delle SS.UU. n. 21260/2014, ancora C. CONSOLO, *Il "vecchio" rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 267 e ss., a cui rimandiamo anche per un'accurata disamina della giurisprudenza sul punto.

<sup>(48)</sup> V. L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, 2017; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29<sup>e</sup> éd., Paris, 2008; J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 2012.

sempre in un capitolo dedicato a questa nozione. Si afferma che tra le parti intercorre «*le lien juridique d'instance*», il quale si instaura con la «*demande en justice*» ed è destinato a permanere fino alla pronuncia della sentenza o fino a che non sopraggiunga un incidente che vi metta prematuramente fine; tutta l'attività processuale svolta, inoltre, viene ricostruita alla stregua di un susseguirsi di rapporti obbligatori <sup>(49)</sup>.

Ci si rende ben presto conto che in Francia il concetto di «*lien juridique d'instance*» è per lo più spogliato della valenza pubblicistica che invece caratterizza il rapporto giuridico processuale, poiché, contrariamente a quest'ultimo, il *lien juridique d'instance* è concepito come un *quid* che intercorre esclusivamente tra le parti <sup>(50)</sup>, nel quale queste ultime esercitano, secondo la propria volontà, i poteri e le facoltà che la legge attribuisce loro <sup>(51)</sup>.

---

<sup>(49)</sup> «*Il ne saurait être question d'indiquer ici toutes les obligations qui pèsent sur les parties pendant l'instance. Ces obligations seront énoncées en même temps que sera exposé le déroulement des diverses procédures*», v. J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, cit., § 128.

<sup>(50)</sup> Con alcuni temperamenti. Per esempio S. GUINCHARD afferma che «*véritable énigme, le lien d'instance serait, pour certains, de nature contractuelle ou quasi contractuelle; il semble préférable d'y voir un rapport juridique d'origine légale, qui intéresse les relations des parties entre elles, mais aussi avec l'État représenté par le juge; il produit même certains effets à l'égard des tiers*», v. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, cit., § 583.

<sup>(51)</sup> Anziché alla nozione di bülowiana memoria, nell'interprete si fa strada la sensazione di essere tornati indietro a certe costruzioni care alla pandettistica — su tutte, evidentemente, il concetto di negozio giuridico, o «*Rechtsgeschäft*» — ideate con lo scopo di valorizzare massimamente il riconoscimento dell'autonomia privata. Invero, la nozione di *Rechtsgeschäft* era familiare al diritto francese sin dai tempi dei lavori della Commissione di riforma del *Code civil* del 1806. In quel contesto, il problema principale riguardava soprattutto la concettualizzazione dell'atto giuridico nel senso precipuo di *Rechtsgeschäft* e, di conseguenza, del ruolo attribuibile alla volontà. L'avanprogetto del *Code civil* francese definiva l'atto giuridico in questi termini (art. 1): «*L'effet d'une volonté qui s'est manifestée en vue de créer, modifier ou éteindre un droit*». Su questi aspetti, v. C. DO COUTE E SILVA, *Contribution à une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procédure civile*, in *Quaderni fiorentini*, XIV, 1985, p. 248, n. 7.

In altre parole, il processo è sostanzialmente inteso alla stregua di un contratto che lo stesso concetto di *lien juridique d'instance* contribuisce a rafforzare: significativamente, certi autori francesi contemporanei affermano che la *procédure civile* non rappresenta tanto un complemento dinamico del diritto privato sostanziale, quanto una materia che rientra più nel diritto dei singoli contratti e nel diritto delle obbligazioni: così, ad esempio, si afferma che la sospensione del processo rievoca la sospensione della prestazione contrattuale; l'estinzione del processo, la prescrizione; il mandato alle liti, un contratto speciale processuale<sup>(52)</sup>. Addirittura, secondo una parte della dottrina francese, persino il fondamento della cosa giudicata sarebbe di natura contrattuale: un accordo tra le parti con cui si conviene di accettare la sentenza<sup>(53)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> Negli studi dedicati alla memoria di Didier R. Martin, E. Jeuland, professore all'*Université Paris I Panthéon-Sorbonne* e allievo di D. R. Martin, descrive in questi termini il suo insegnamento della materia, mutandolo dall'esempio del Maestro: «[...] je reprends le plan du cours de Didier Martin [...] j'étudie pour commencer les contrats spéciaux de la procédure civile: mandat ad litem et ad agendum [...] Lorsque j'évoque la suspension de l'instance, j'ai en tête les propos de D. R. Martin sur la suspension du contrat. La péremption est [...] une traduction procédurale de la prescription [...] la fin d'instance à la fin du contrat et à l'exécution des obligations», v. E. JEULAND, *Le procès comme opération juridique à trois personnes. Parcours germanique*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, Paris, 2015, p. 253.

<sup>(53)</sup> V. O. PIGUET, *L'exception de chose jugée*, Thèse, Lausanne, 1956, p.15; R. MOREL, *Traité élémentaire proc. civ.*, Paris, 1932, § 577, p. 450. Restando in argomento, è plausibile ritenere che la concezione contrattualistica del processo possa essere anche alla base della tendenza, almeno fino all'adozione del NCPC, di servirsi della *fin de non-recevoir* di autorità di cosa giudicata (anziché dell'eccezione di litispendenza) quando la stessa causa pendeva davanti a giudici di grado diverso, proprio perché non si coglieva l'essenza del rapporto giuridico processuale che, per chi si serva fruttuosamente della nozione, rimane naturalmente lo stesso anche nelle fasi di gravame. Significativamente, gli autori francesi affermano che «*le lien juridique d'instance s'étend jusqu'au jugement*», v. J. HÉRON, T. LE BARS, *op. loc. cit.*; pertanto, è lecito presumere che, secondo questa concezione, la stessa causa, ora portata davanti al giudice d'appello, dia vita ad un nuovo *lien juridique d'instance*. Ciò spiegherebbe il motivo per cui si preferiva ricorrere alla *fin de non-recevoir* di autorità de la chose jugée anziché all'eccezione di litispendenza allorquando, pendente il giudizio di gravame sulla prima causa, nel frattempo ne fosse stata instaurata

Dopo aver constatato che nell'ordinamento processuale francese la nozione di rapporto giuridico processuale non ha avuto uno sviluppo particolarmente fecondo, ritorniamo ora ad occuparci del concetto di irricevibilità.

Invero, anche nel nostro ordinamento, in passato, si è registrato un utilizzo di questo termine — mutuato probabilmente dai testi normativi che regolavano il funzionamento del Consiglio di Stato — per alludere fondamentalmente a delle ipotesi di inammissibilità derivanti da scadenza di un termine o da un difetto formale insanabile del libello introduttivo o della sua notificazione<sup>(54)</sup>. La dottrina, ritenendo che si trattasse di una nozione sprovvista di una reale differenza in termini di effetti giuridici rispetto all'inammissibilità, ha però valutato l'importazione di questo concetto come fondamentalmente priva di un qualche apprezzabile vantaggio<sup>(55)</sup>.

---

un'altra di identico contenuto tra le stesse parti. Tuttavia, il *NCPC* precisa oggi che l'eccezione di litispendenza può essere sollevata anche se la stessa causa pende davanti a giudici di grado diverso. Su questi aspetti, v. quanto sarà detto *infra*, cap. III, sez. I, *sub* § 9, sulla regola del *ne bis in idem* tra la *fin de non-recevoir* di *autorité de la chose jugée* e l'eccezione di litispendenza.

<sup>(54)</sup> In effetti, nell'ambito delle pronunce di rito del giudice amministrativo, si suole distinguere tra le pronunce di irricevibilità del ricorso, emesse in caso di tardività della notificazione o del deposito, dalle pronunce di inammissibilità dello stesso, le quali ricorrono qualora l'interesse sia carente ovvero sussistano altre ragioni ostative ad una pronuncia di merito. Come si nota, la sanzione dell'irricevibilità nel processo civile francese è una somma delle due perché colpisce sia le ipotesi in cui difetti il diritto di azione (alcuni dei casi di *fins de non-recevoir* previsti dall'art. 122), sia le ipotesi in cui un atto processuale sia compiuto tardivamente, ovvero manchi dei requisiti minimi necessari previsti dalla legge; in generale, questa sanzione raggruppa tutti quei casi in cui, per svariate ragioni, si ritiene che il giudice non debba esaminare il merito di una certa questione: ciò sarebbe superfluo in quanto si tratta di una questione sorta in maniera "difettosa", per cui non ha senso entrare nel merito della stessa.

<sup>(55)</sup> In questi termini A. LUGO, *Inammissibilità e improcedibilità (Diritto processuale civile)*, in «*Novissimo Digesto Italiano*», vol. VIII, Torino, 1965, p. 483 e ss.

Viceversa, nel *Code de procédure civile* francese la nozione di irricevibilità ha un valore fondamentale e trova le sue espressioni con una diffusione quasi capillare: in relazione all'azione, alle pretese delle parti, alla domanda, all'ordine di proposizione degli strumenti di difesa.

Quando la ricevibilità è utilizzata con riferimento alla pretesa, *i.e.* la domanda che si sottopone al giudice, la ricevibilità è intesa soprattutto come manifestazione del diritto fondamentale di agire in giudizio (*“droit d'agir en justice”*) che, da una valenza puramente astratta — il diritto di essere ascoltati dal giudice nel merito di una pretesa —, si attualizza poi attraverso la domanda introduttiva (*“demande en justice”*).

I riferimenti codicistici fondamentali in questo senso sono allora l'art. 31 del *NCPC* secondo il quale *«l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention [...]»* e il già ricordato art. 122 *NCPC* dove si afferma che costituisce una *fin de non-recevoir* *«tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir»*. Sotto questo profilo, l'irricevibilità è, al contempo, operazione di verifica da parte del giudice del diritto di azione dell'autore della pretesa, e il risultato di questa operazione: se il risultato è positivo, l'azione è ricevibile, se negativo l'azione è irricevibile.

## 8. I diversi ruoli della *fin de non-recevoir*

### 8.1. La *fin de non-recevoir* presidia il diritto di azione

La *fin de non-recevoir* può essere prevista per molteplici ragioni, così può certamente trattarsi — come prevede l'art. 122 — di sanzionare il difetto di una di quelle che, secondo l'ordinamento francese, costituiscono le condizioni classiche del diritto di azione. In questi casi, pertanto, il convenuto contesta che la pretesa dell'attore possa essere decisa con una pronuncia giudiziale che entri nel merito del diritto sostanziale de-

dotto perché difettano quei requisiti minimi, necessari e sufficienti, richiesti dalla legge affinché ciò si verifichi: difetterà così l'interesse o la legittimazione ad agire, l'azione sarà prescritta, saranno maturate delle decadenze, oppure la lite sarà già stata decisa con una sentenza passata in giudicato.

Si è anche detto che la *fin de non-recevoir* sarebbe uno strumento di polizia processuale. È una visione che trova i suoi precedenti in tempi assai remoti: per esempio, sembrerebbe esservene traccia nell'*Ordonnance de Blois*, promulgata da Enrico III nel 1579 dove si affermava che «*les Juges sont obligez de faire préalablement droit sur les fins de non-recevoir*» in quanto «*c'est le devoir d'un bon juge de finir le procès le plus tôt qu'il lui est possible [...]*»<sup>(56)</sup>. In questa accezione, le condizioni di ricevibilità rispondono dunque all'esigenza di stabilire un collegamento tra la qualità della pretesa sottoposta dall'attore e la qualità della decisione del giudice, tra interessi privati e l'esigenza di una buona amministrazione della giustizia.

D'altra parte, già a cavallo tra il XVII e il XVIII secolo, la distinzione tra ricevibilità della domanda e il suo fondamento era ben vivida e i maggiori commentari del tempo dedicati alla pratica in uso presso i tribunali durante la vigenza delle ordinanze regie, lo attestano chiaramente affermando che «*[...] c'est une chose différente que le demandeur soit non recevable ou qu'il soit mal fondé se pouvant faire qu'il soit recevable et néanmoins mal fondé au fonds, mais pas qu'il soit irrecevable et bien fondé*»<sup>(57)</sup>.

La *fin de non-recevoir* appare, pertanto, come una categoria che tende a rendere effettiva la riflessione del giudice su tutto quello che costituisce la ricevibilità di una pretesa, che è altra cosa rispetto al suo fon-

---

<sup>(56)</sup> Su questa *Ordonnance*, v. quanto si dirà *infra*, cap. II, *sub* § 7.

<sup>(57)</sup> P. BORNIER, *Conférences des Ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre*, Paris, 1755, p. 39.

damento e ben altro ancora rispetto alla regolarità della procedura, il contenitore dove avviene lo scambio dialettico tra le pretese delle parti.

Ma la *fin de non-recevoir*, talvolta, può anche esprimere la volontà del legislatore di concedere l'azione solamente a certe condizioni, cosicché essa diviene uno strumento di politica legislativa. Solitamente ci si imbatte in questo tipo di *fins de non-recevoir* nelle norme di diritto sostanziale: per esempio all'interno del diritto di famiglia e, segnatamente, nell'ambito del contenzioso in materia di filiazione, il quale costituisce terreno privilegiato di questa tendenza anche se, con il mutamento dei costumi e della sensibilità giuridica, diverse ipotesi di *fins de non-recevoir* sono state abrogate nel corso del tempo<sup>(58)</sup>.

## 8.2. *La fin de non-recevoir presidia una serie di condizioni, requisiti, regole di diligenza imposte dalla legge*

L'irricevibilità, inoltre, è anche utilizzata dal legislatore o dal giudice per sanzionare delle ipotesi ben diverse da quelle in cui difetta il diritto di azione in senso stretto. Ne è un esempio l'art. 783, 1<sup>er</sup> al. del *Code de procédure civile*<sup>(59)</sup> che consente al giudice di dichiarare l'irricevibilità dei documenti o delle conclusioni depositate da una parte successivamente all'ordinanza di chiusura della fase di trattazione: la *fin de non-recevoir* si applica perciò non a una domanda o a una difesa, ma ad un altro tipo di atto processuale (finanche un documento prodotto tardivamente) per carenze o irregolarità procedurali che, più logicamente, potrebbero forse venir sanzionate sul terreno della nullità degli atti processuali.

---

<sup>(58)</sup> Il tema verrà sviluppato nel cap. III, sez. II, *sub* § 5 e ss., con riguardo alle azioni di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità.

<sup>(59)</sup> Art. 783 *NCPC*, 1<sup>er</sup> al.: «Après l'ordonnance de clôture, aucune conclusion ne peut être déposée ni aucune pièce produite aux débats, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office».

Come abbiamo già avuto modo di osservare, il *NCPC* non è perfettamente coerente sotto questo profilo: dopo aver definito la *fin de non-recevoir* nei termini dell'art. 122, dimostrando apparentemente di voler collegare la sanzione di irricevibilità alle condizioni classiche del diritto di azione («*tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande pour défaut de droit d'agir*»), non si esime poi dal prescrivere a pena di irricevibilità — sanzionando, quindi, con una *fin de non-recevoir* — l'inosservanza di tutta una serie di requisiti, condizioni, regole e situazioni che compongono una casistica assai variegata.

D'altra parte, l'art. 122 chiarisce che le ipotesi di *fins de non-recevoir* ivi contemplate non esauriscono la casistica, com'è attestato dall'utilizzo dell'espressione «*tel*» all'interno di questa disposizione<sup>(60)</sup>, pertanto non si può affermare che questa operazione estensiva sia contraddittoria rispetto al dato normativo.

Inoltre, il riferimento al “*délai préfix*” che l'art. 122 riporta come caso tipico di *fin de non-recevoir*, permette di servirsi dell'irricevibilità per sanzionare un'ampia casistica di ipotesi previste a pena di decadenza, come ad esempio il mancato rispetto dei termini impugnatori, o del termine entro cui promuovere la domanda di rescissione per lesione o l'azione redibitoria nella compravendita (rispettivamente, artt. 1676 e 1648 *Code civ.*)

Un altro esempio relativo all'utilizzo della *fin de non-recevoir*, è offerto dall'art. 74, 1<sup>er</sup> al. del *NCPC* (61), il quale prevede l'irricevibilità delle *exceptions de procédure* che, contrariamente al principio di simul-

---

(60) «*La formule du Code est excellente, mais il ne faut pas croire qu'elle épuise la liste des fins de non-recevoir*», così S. GUINCHARD, *Fins de non-recevoir*, in S. GUINCHARD (sous la direction de), *Droit et pratique de la procédure civile*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, 2014-2015, §193.12.

(61) Art. 74 *NCPC*, 1<sup>er</sup> al.: «*Les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir. Il en est ainsi alors même que les règles invoquées au soutien de l'exception seraient d'ordre public*».

taneità in materia di eccezioni, siano state sollevate successivamente ad altre *exceptions de procédure*, ovvero successivamente agli altri strumenti difensivi, ossia le *défenses au fond* o le *fins de non-recevoir* (principio di anteriorità delle *exceptions de procédure* sugli altri *moyens de défense*). Pertanto, ai sensi dell'art. 74 del *NCPC*, contestare sotto uno di questi due profili la ricevibilità di un'*exception de procédure*, significa frapporre una *fin de non-recevoir* che opera come ostacolo logico all'esame di una eccezione processuale incidente. Allo stesso modo, anche le eccezioni di nullità per difetto di forma sono minacciate da irricevibilità dello stesso tipo (artt. 112-114 *NCPC*, che prevedono limitazioni temporali al loro rilievo), allo scopo di limitare l'utilizzo di queste eccezioni, molto spesso sorrette da intenti dilatori.

Di diversa sfumatura è poi l'irricevibilità prevista dall'art. 75 *NCPC* in virtù del quale l'eccezione declinatoria per incompetenza (semplice) del giudice adito è irricevibile qualora non siano rispettate due condizioni formali concorrenti: l'obbligo di motivazione sufficiente, nel senso di chiarire sotto tutti i profili dei possibili fori concorrenti perché il giudice adito sarebbe in ogni caso incompetente e — secondo requisito — l'indicazione del foro che, applicando correttamente i criteri di radicamento della competenza, sarebbe competente a conoscere della controversia. In questo caso, dunque, il merito dell'eccezione di competenza non può essere esaminato dal giudice poiché la declinatoria difetta dei requisiti richiesti dalla legge affinché possa essere efficacemente esaminata.

#### 9. Il delicato problema della distinzione tra eccezioni di nullità e fin de non-recevoir

In dottrina, alcuni autori hanno aderito esplicitamente alla tesi secondo cui il campo operativo delle *fins de non-recevoir* si estende

senz'altro anche alle regole di validità degli atti processuali. Così, per esempio, J. Héron afferma che la *fin de non-recevoir* è uno strumento che tende a fare rigettare, senza esame del merito, una domanda o una difesa perché la parte che l'ha adottata non ha rispettato le condizioni minime di validità richieste dal legislatore per poter sottoporre al giudice un tale atto processuale <sup>(62)</sup>. E una simile impostazione è condivisa anche da J. Viatte, il quale ha ribadito che, contrariamente ad una opinione comunemente condivisa, l'irricevibilità è una sanzione che può senz'altro derivare dalla violazione delle regole formali degli atti processuali, violazione che generalmente sarebbe sanzionata per il tramite della nullità <sup>(63)</sup>.

La distinzione non è di poco conto poiché essa è alla base di due situazioni profondamente differenti: la nullità attiene, infatti, alla validità dell'atto processuale per inosservanza di forma (*nullité pour irrégularités de forme*, che trova disciplina negli artt. compresi tra il 112 e il 115 del NCPC), ovvero per inosservanze concernenti il corretto esercizio dell'azione (*nullité pour irrégularités de fond*, di cui si occupa l'art. 117 NCPC <sup>(64)</sup>), entrambe riguardano cioè il *quomodo*, le forme dell'agire in giudizio.

Eppure, certe disposizioni prevedono espressamente che l'omissione di certe formalità degli atti processuali costituiscono motivo di irricevibilità: dal punto di vista processuale, ciò significa che verrà sollevata una *fin de non-recevoir* e, conseguentemente, occorrerà sottostare alle regole previste dal legislatore per questo tipo di strumento difensivo anziché a quelle previste per le nullità formali.

---

<sup>(62)</sup> In questi termini, J. HERON, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 1991, § 113, p. 88.

<sup>(63)</sup> Si veda J. VIATTE, *La notion d'irrecevabilité*, in *Gaz. Pal.*, II, 1980, pp. 470-471.

<sup>(64)</sup> È opportuno fin d'ora premettere che queste irregolarità riguardano il difetto di capacità processuale, di rappresentanza processuale o di rappresentanza tecnica.

### 9.1. La disciplina codicistica delle nullità formali

Le eccezioni di nullità per vizio di forma trovano disciplina nelle regole previste dagli artt. 112-116 del *Code de procédure civile*, sistematicamente collocate all'interno del titolo V, intitolato agli strumenti di difesa «*Les moyens de défense*», capitolo II «*Les exceptions de procédure*», sezione IV «*Les exceptions de nullité*», sotto-sezione 1, «*La nullité des actes pour vice de forme*». Le eccezioni di nullità, dunque, sono ricomprese all'interno delle eccezioni procedurali le quali, ai sensi dell'art. 73 *NCPC*, sono definite come «qualsiasi mezzo che tende a fare dichiarare la procedura irregolare o estinta, ovvero a sospenderne il corso». La definizione generale di *exceptions de procédure* si declina più nello specifico in relazione alla sottospecie delle *exceptions de nullité pour vice de forme*, nel senso che queste ultime sanzionano l'omissione o il mancato rispetto di una regola formale di redazione o di notificazione di un atto processuale: in quanto elemento che concorre al regolare svolgimento della procedura, e così al suo avanzamento, in linea di principio ogni vizio che interessa un atto processuale, dovrebbe ripercuotersi nella procedura.

Occorre, tuttavia, operare un bilanciamento di interessi, poiché le regole in materia di nullità degli atti processuali rispondono ad una doppia necessità. Da un lato, infatti, il rispetto delle regole formali della procedura rappresenta una garanzia per le parti ma, al contempo, poiché l'annullamento di un atto può comportare conseguenze anche gravi, come nel caso delle nullità previste in materia di atti introduttivi <sup>(65)</sup> in relazione alle decadenze e alle prescrizioni alle quali si può andare incontro

---

<sup>(65)</sup> Tra i quali, il più importante è la cd. *assignation* (equivalente al nostro atto di citazione) i cui requisiti, a pena di nullità *pour vice de forme*, sono previsti dall'art. 56, 1<sup>er</sup> al. *NCPC*.

(<sup>66</sup>), occorre anche limitare la possibilità per la parte a beneficio della quale opera la nullità di servirsene indiscriminatamente. Conseguentemente, il *Code de procédure civile* prevede che la nullità per vizio di forma possa essere pronunciata esclusivamente al ricorrere di due condizioni.

La prima condizione impone che la nullità sia espressamente prevista dalla legge, conformemente alla regola tradizionale «*pas de nullité sans texte*» (art. 114, 1<sup>e</sup> al. *NCPC*) (<sup>67</sup>). Tuttavia, assecondando una giurisprudenza formatasi in tempi remoti e divenuta assolutamente tradizio-

---

(<sup>66</sup>) A tal riguardo, però, occorre dare conto di una significativa riforma — si tratta della legge n° 2008-561 del 17 giugno 2008 — che ha interessato l'art. 2241 del *Code civil* ai sensi del quale (1<sup>er</sup> al.): «*La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion*» — questo per quanto riguarda la regola generale. La riforma è intervenuta nel 2<sup>e</sup> al. dell'articolo in maniera dirompente poiché ha sovvertito il principio tradizionale secondo cui la citazione nulla era inidonea ad interrompere la prescrizione. Ora, infatti, la *demande en justice* interrompe in ogni caso i termini di prescrizione e decadenza, quand'anche l'atto sia presentato davanti ad una giurisdizione incompetente, ovvero sia annullato per effetto di un vizio di procedura («*Il en est de même lorsqu'elle est portée devant une juridiction incompétente ou lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure*»). Il nuovo riferimento al «*vice de procédure*» che si trova nella nuova formulazione dell'art. 2241, ha sollevato diverse perplessità nella dottrina d'oltralpe perché si tratta di un'espressione che non compare nel *Code de procédure civile*, il quale, come si è visto, considera esclusivamente le *exceptions de nullité pour vice de forme* e le *exceptions de nullité pour irrégularité de fond*. Secondo l'opinione di un autore (v. D. MAS, *Le vice de procédure: réflexions désordonnées d'un artisan du droit sur l'article 2241, alinéa 2 du Code Civil*, Paris, 2014), la categoria del «*vice de procédure*» costituirebbe una categoria aperta, suscettibile di inglobare tutte le possibili irregolarità che possono interessare gli atti introduttivi, sia che si tratti di nullità «*pour vice de forme*», ovvero di nullità «*pour irrégularité de fond*». Secondo l'autore, infatti, «*même la demande en justice annulée pour irrégularité de fond par suite du défaut de capacité ou du défaut de pouvoir de son auteur voire de son destinataire, n'entache pas nécessairement la manifestation de volonté dont l'acte de saisine de la juridiction est porteur*», *ibid.* (préf.), e *passim*, ma spec. p.102 e ss. dove si argomenta ricorrendo al concetto filosofico — si chiamano in causa Parmenide e Aristotele (*sic!*) — di «*existence potentielle*» con un esempio riguardante una società in fase di costituzione che non abbia ancora ottenuto la personalità giuridica.

(<sup>67</sup>) Art. 114 *NCPC*: «*Aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul pour vice de forme si la nullité n'en est pas expressément prévue par la loi [...]*».

nale, la stessa disposizione ammette un'eccezione a questa regola prevedendo che la nullità possa essere pronunciata anche in assenza di previsione normativa qualora essa riguardi l'inosservanza di una formalità sostanziale o di ordine pubblico. Anche il concetto di «*formalité substantielle ou d'ordre public*» — contrapposta alla «*formalité secondaire*», per la quale vige invece la regola «*pas de nullité sans texte*» — è stato sviluppato in via pretoria dalla giurisprudenza francese, la quale ha chiarito che questa nozione abbraccia tutti gli elementi che conferiscono all'atto la sua natura tipica, le sue caratteristiche fondamentali, l'insieme di elementi che rappresentano — in altre parole — la stessa ragione d'essere di quell'atto <sup>(68)</sup>. Si tratta di una definizione che lascia ampio spazio all'interpretazione giudiziale, la quale ha ricavato un'ampia casistica specialmente in ambito probatorio in relazione alla «*expertise*», ossia alla perizia. In questo settore, sono state definite ipotesi di «*formalité substantielle ou d'ordre public*»: il giuramento del perito al momento del conferimento dell'incarico; la sottoscrizione della perizia da parte del perito; le formalità previste dall'art. 276 *NCPC* sul contenuto della perizia <sup>(69)</sup>.

La seconda condizione, in ossequio all'adagio «*pas de nullité sans grief*», prevede che la nullità per vizio di forma possa essere pronunciata solamente nel caso in cui la parte che la invochi dimostri di aver subito un pregiudizio derivante dall'irregolarità dell'atto (art. 114, 2<sup>e</sup> *al.* *NCPC*). Tale regola, ribadita da una giurisprudenza assolutamente co-

---

<sup>(68)</sup> V. Cass. civ., 3 mars 1955, in *JCP*, 1955, II, 8654, dove si afferma che «*le caractère substantiel est attaché dans un acte de procédure à ce qui tient à sa raison d'être et lui est indispensable pour remplir son objet*».

<sup>(69)</sup> L'art. 276 *NCPC* dispone, tra l'altro, che: «*L'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. [...] lorsque l'expert a fixé aux parties un délai pour formuler leurs observations ou réclamations, il n'est pas tenu de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai, à moins qu'il n'existe une cause grave et dûment justifiée, auquel cas il en fait rapport au juge [...]*»).

stante della *Cour de Cassation* <sup>(70)</sup>, si applica anche alle ipotesi di nullità derivanti dall'inosservanza di una formalità sostanziale o di ordine pubblico che, pur costituendo una categoria peculiare, per poter essere pronunciata dal giudice richiede, come qualsiasi altro vizio di forma, che la parte allegghi e dimostri di aver subito un pregiudizio. La giurisprudenza di legittimità ha, infatti, censurato le decisioni che hanno accolto una ricostruzione in termini presuntivi dell'esistenza del pregiudizio o che, nelle nullità sostanziali o di ordine pubblico, hanno aderito ad un principio di inversione dell'onere della prova.

Importante è, inoltre, la giurisprudenza della *Cour de Cassation* che ha chiarito in che cosa debba sostanziarsi il pregiudizio ai fini della declaratoria di nullità: si tratta di un'alterazione nello svolgimento processuale di entità tale da perturbare il fondamentale principio del giusto processo («*droit à un procès juste et équitable*»), il quale a propria volta si declina nei sotto-corollari del rispetto del principio del contraddittorio e del principio della parità delle armi <sup>(71)</sup>.

Tuttavia, sia che trovi la propria fonte nell'inosservanza di una *formalité substantielle* o di una *formalité secondaire*, il vizio di forma non conduce necessariamente alla declaratoria di nullità dell'atto poiché la diligenza della parte che ha posto in essere l'atto processuale, ovvero la negligenza della controparte, possono incidere in tal senso.

L'art. 115 del *NCPC*, infatti, offre all'autore la possibilità di emendare il difetto di forma dell'atto a condizione che ciò non sia precluso («*si aucune forclusion n'est intervenue*») e sempreché la sanatoria elimini integralmente il pregiudizio subito dalla controparte («*et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief*»). Ovviamente, costui ha an-

---

<sup>(70)</sup> V., *ex multis*, Civ. 3<sup>e</sup>, 3 oct. 1991, n°89-12.943; Civ. 3<sup>e</sup>, 14 mars 2006, n.° 05-12.167; Civ. 2<sup>e</sup>, 6 oct. 2005, 03-17.680; Civ. 2<sup>e</sup>, 16 mars 2004, n.° 02-30.834.

<sup>(71)</sup> Sul punto e per una casistica, v. C. BLERY, *Sanction des règles de formation des actes de procédure*, in S. GUINCHARD (sous la direction de), *Droit et pratique de la procédure civile*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, 2014-2015, § 162.71.

che la possibilità di impedire che il giudice pronunci la nullità contestando il merito dell'eccezione altrui, per esempio dimostrando che difetta il pregiudizio, ovvero, qualora si tratti di una nullità per vizio di forma non prevista dalla legge, che essa non possiede i requisiti della *formalité substantielle ou d'ordre public*.

Per quanto invece concerne la posizione della controparte, la nullità può essere eccepita nella misura in cui i singoli atti processuali vengono ad esistenza, ma si considera sanata se la parte, anziché eccepire la nullità, si sia difesa nel merito, ovvero abbia sollevato una *fin de non-recevoir* (art. 112). Inoltre, se più motivi di nullità colpiscono diversi atti processuali già venuti ad esistenza, le nullità dovranno essere eccepite simultaneamente, pena l'irricevibilità di quelle che non siano sollevate nel rispetto di questo criterio (art. 113).

### *9.2. Ragioni che determinano l'opportunità di ricorrere alla fin de non-recevoir per sanzionare l'irregolarità formale di un atto processuale*

La disciplina processuale dettata dal *Nouveau Code de procédure civile* per le eccezioni di nullità formali è rigorosa e capita che talvolta questo sistema risulti poco gradito. L'aspetto forse più significativo è rappresentato dall'onere probatorio che grava su chi eccepisce la nullità di aver subito un pregiudizio, profilo che invece difetta totalmente quando si solleva una *fin de non-recevoir*. Infatti, l'art. 124 *NCPC* dispone che le *fins de non-recevoir* devono essere accolte senza che chi le invochi debba dimostrare di aver subito un pregiudizio, anche nel caso in cui l'irricevibilità non risulti da alcuna disposizione espressa. Inoltre, contrariamente alle nullità formali, le *fins de non-recevoir* possono essere pro-

poste in qualsiasi stato della causa e, se rispondono ad un interesse pubblico, possono essere anche rilevate d'ufficio (art. 123) <sup>(72)</sup>.

Così, accade spesso che il legislatore, ma anche la giurisprudenza, ricorra all'artificio di sanzionare l'irregolarità di un atto processuale non come vizio di forma, bensì come difetto del diritto di azione, opponibile in qualsiasi fase della lite e senza necessità di dimostrare di aver subito un pregiudizio, grazie al più elastico regime della *fin de non-recevoir*. In questo modo, l'irricevibilità si sostituisce alla nullità, consentendo di sanzionare più agevolmente le irregolarità commesse. La dottrina ne ha preso atto, tanto che in certe occasioni si è riferita a questo fenomeno parlando di "escrescenze" della nozione di *fin de non-recevoir* <sup>(73)</sup>.

È, per esempio, il caso dell'irricevibilità prevista dall'art. 75 *NCPC* in virtù del quale l'eccezione declinatoria per incompetenza (semplice) del giudice adito è irricevibile qualora non siano rispettate due condizioni formali concorrenti: l'obbligo di motivazione sufficiente, nel senso di chiarire sotto tutti i profili dei possibili fori concorrenti perché il giudice adito sarebbe in ogni caso incompetente e — secondo requisito — l'indicazione del foro che, applicando correttamente i criteri di radicamento della competenza, sarebbe competente a conoscere della controversia. Un altro esempio in tal senso è il mancato rispetto dei requisiti di cui agli artt. 1090-1091 *NCPC* nel ricorso introduttivo in materia di divorzio congiunto (cd. *divorce judiciaire par consentement mutuel*), previsti espressamente a pena di irricevibilità. Parimenti, si qualifica come *fin de non-recevoir* la mancata trascrizione della domanda giudiziale ri-

---

<sup>(72)</sup> In argomento, v. *infra*, cap. III, sez. I, sub § 6.2, dedicati agli sviluppi relativi alla *chose jugée* e all'*intérêt pour agir*.

<sup>(73)</sup> J. NORMAND, *Les excroissances des fins de non-recevoir*, in *RTD civil*, 1981, p. 684 *ess.*

spetto all'azione volta a far dichiarare la nullità di una vendita immobiliare <sup>(74)</sup>.

Assai pregnanti, inoltre, sono le conseguenze che derivano dal qualificare un'irregolarità come nullità o come *fin de non-recevoir* quando essa riguarda gli atti introduttivi. Come si è già avuto modo di anticipare <sup>(75)</sup>, a seguito della riforma che ha interessato l'art. 2241 del *Code civil*, anche la domanda dichiarata nulla per un *vice de procédure* è idonea ad interrompere i termini di prescrizione e decadenza, effetto che invece non si verifica nel caso in cui la domanda sia dichiarata irricevibile per la presenza di un vizio procedurale colpito da una *fin de non-recevoir*.

Invero, al pari della nullità, anche la situazione che dà luogo ad una *fin de non-recevoir* può essere regolarizzata, evitando così che sia pronunciata la sanzione di irricevibilità. Tuttavia, come può desumersi da una lettura interpretativa dell'art. 126 *NCPC* <sup>(76)</sup>, la regolarizzazione ha efficacia *ex nunc*; pertanto, quand'anche la parte abbia proceduto alla regolarizzazione della *fin de non-recevoir* che colpisce l'atto introduttivo, è da escludere che gli effetti vantaggiosi in punto di interruzione della prescrizione e della decadenza retroagiscano dal momento della proposizione della domanda.

---

<sup>(74)</sup> Per una più ampia casistica, v. J. BEAUCHARD, *Nullité des actes de procédure. Généralités*, in *Jur. Cl. Proc. civ.*, fasc. 136, 1996, p. 8, §§ 31 e 32.

<sup>(75)</sup> V. *supra*, in questo capitolo, § 9.2, *sub nota* 62.

<sup>(76)</sup> Art. 126 *NCPC*: «*Dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Il en est de même lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance*». La disposizione, in effetti, non sancisce espressamente questa regola, ma ne offre un esempio costruito su un caso tipico: se l'azione è promossa da una parte sprovvista di legittimazione ad agire, la pronuncia di irricevibilità potrà essere evitata purché la parte legittimata prenda parte al giudizio prima che sia decaduta dall'azione. La decadenza, cioè, si considera validamente interrotta nel momento in cui il soggetto legittimato ad agire prende parte al giudizio.

10. *La fin de non-recevoir de procédure: una prima visione d'insieme*

In conclusione di questo primo capitolo, si è visto che nell'ordinamento francese la sanzione di irricevibilità è irrogata attraverso un rimedio giuridico ben preciso: la *fin de non-recevoir*. Pur trattandosi di uno strumento difensivo conosciuto e utilizzato nella pratica processuale sin da tempi remoti, la *fin de non-recevoir* è stata codificata solamente con il passaggio al *Nouveau Code de procédure civile* che ne ha dato una definizione all'art. 122. L'effetto tecnico dell'irricevibilità è definito da questa disposizione, dove si precisa che questa declaratoria avviene senza esame nel merito («*sans examen au fond*») della pretesa. Significativamente, l'irricevibilità è stata definita come la «*sanction-reine de la procédure civile*»<sup>(77)</sup> perché comporta, per chi la subisce, il diniego radicale di poter essere ascoltati nel merito dal giudice.

In base alla lettura dell'art. 122 del *Code de procédure civile*, le *fins de non-recevoir* sembrerebbero corrispondere a quelle che in Francia sono stata definite, secondo un'illustre opinione, le condizioni di apertura dell'azione<sup>(78)</sup>, ma tale disposizione, in realtà, non esaurisce tutte le ipotesi di *fins de non-recevoir*, come attestato dall'utilizzo dell'espressione «*tel*» (“come nei casi”). Infatti, accanto alle cinque ipotesi contemplate dall'art. 122, ve ne sono molte altre, nel *Code de procédure civile* ma non solo, le quali evidenziano come il legislatore francese abbia voluto ricollegare questo istituto non solo alle ipotesi classiche (interesse ad agire, legittimazione ad agire) di mancanza di azione (in senso concreto) bensì,

---

<sup>(77)</sup> C. CHAINAIS, *Les sanctions en procédure civile*, in CHAINAIS C., FENOUILLET D., *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Paris, 2012, p. 361.

<sup>(78)</sup> Utilizzando le categorie del diritto processuale italiano si annoverano: due condizioni dell'azione (interesse ad agire, legittimazione ad agire), un presupposto processuale (assenza di un precedente giudicato) e due istituti di diritto sostanziale (prescrizione e decadenza), di cui uno — la prescrizione — costituisce una eccezione preliminare di merito.

soprattutto, ai molti casi in cui l'ordinamento processuale ritiene inopportuno, ovvero non necessario o meritevole d'interesse, entrare nel merito del contraddittorio.

Invero, tale istituto acquisterebbe una maggiore coerenza semplicemente se si leggesse in altro modo la definizione di *action en justice* contenuta nell'art. 30 del *NCPC*: non tanto come diritto dell'attore di ottenere una pronuncia favorevole sul merito, bensì come diritto di essere ascoltati nel merito della propria pretesa. Una definizione — questa — sostanzialmente incentrata sul confronto dialettico tra attore e convenuto nella dinamica processuale e coerente con la tradizione secolare dell'ordinamento francese secondo cui il processo è, prima di tutto, “cosa delle parti”.

La normazione codicistica della *fin de non-recevoir* è stata travagliata e ondivaga: tale constatazione potrà risultare sorprendente a proposito di un istituto apparso in Francia nel XIV secolo e che non ha più cessato, a partire da quel momento, di esser sollevato, sia pure con appellativi diversi, pressoché quotidianamente davanti a corti e tribunali. All'origine e al peculiare sviluppo diacronico di questo istituto, sarà perciò dedicato il successivo capitolo.

## CAPITOLO SECONDO

### ORIGINI E SVILUPPO DELLA *FIN DE NON-RECEVOIR*: DALLE *COUTUMES D'ANCIEN DROIT* AL *CODE DE* *PROCÉDURE CIVILE* DEL 1806

#### 1. Il milieu territoriale e giuridico per la nascita di un nuovo istituto

«Comme le cercle existait avant qu'on l'eût nommé et mesuré, les fins de non-recevoir existaient avant qu'on les eût ainsi désignées. Le premier qui fit proscrire une prétention sans se donner la peine d'en apprécier le mérite, avait proposé une fin de non-recevoir» <sup>(1)</sup>. Con queste parole L.-L.-F. Lemerle, giureconsulto francese del XIX secolo, iniziava il suo trattato del 1819 dedicato alle *fins de non-recevoir*. L'istituto, che secondo alcuni poggierebbe le basi sulla *denegatio actionis* di tradizione romanistica <sup>(2)</sup> e che trova ora definizione nell'articolo 122 del *Nouveau code de procédure civile française*, apparve espressamente per la prima volta in Francia nel corso del Medio-Evo.

Ciò malgrado, nel diritto processuale civile francese regnano ancora oggi numerose incertezze attorno alla natura della *fin de non-recevoir*, una constatazione che potrà risultare sorprendente a proposito di un istituto apparso in Francia nel XIV secolo e che non ha più cessato, a partire da quel momento, di essere sollevato davanti a corti e tribunali. Invero, come si avrà modo di illustrare nel corso di questo capitolo, questa incertezza ha un'anima antica che solo in parte è stata riscattata dai nuovi approdi, specie in materia di teoria dell'azione, raggiunti dalla dot-

---

<sup>(1)</sup> L.-L.-F. LEMERLE, *Traité des fins de non recevoir*, Nantes, 1819, p. 2.

<sup>(2)</sup> Su questi aspetti, v. quanto si dirà *infra*, in questo capitolo, § 5, *sub* nota 41.

trina francese nel corso del XX secolo. Ma, come anche evocato dalla metafora del cerchio che esisteva prima ancora che se ne fosse data definizione, è opportuno iniziare la nostra indagine partendo dal principio.

*1.1. La demarcazione tra pays de droit écrit e pays de droit coutumier nell'antica Francia*

Agli albori dell'XI secolo, la Francia non si presentava connaturata da un'esperienza giuridica uniforme: vi era, infatti, una separazione netta tra regioni settentrionali e meridionali <sup>(3)</sup>. La Francia meridionale, già mediterranea sia per effetto dell'influenza della tradizione giuridica latina — non scalfita neppure dai due regni che intorno al 450 vennero fondati, nelle regioni della Gallia meridionale, dai Visigoti e dai Borgognoni <sup>(4)</sup> — che aveva ininterrottamente permeato quella regione, sia per la maggior vicinanza geografica e d'interessi commerciali con l'Italia,

---

<sup>(3)</sup> Invero, la separazione tra le regioni a sud della Francia rispetto a quelle a nord era assai risalente: già l'*edictum Pistense* dell'864 di Carlo il Calvo ragionava di «*terra in qua iudicia secundum legem romanam terminantur*» e di «*terra in qua iudicia secundum legem romanam non terminantur*», come ricordato anche da F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano, 1954, p. 612.

<sup>(4)</sup> Visigoti e Borgognoni, infatti, non espropriarono le popolazioni romane delle loro leggi per imporre le proprie: questo avrebbe contrastato con il principio della personalità del diritto che era tipico della loro civiltà. Le popolazioni romane, dunque, avrebbero continuato a vivere secondo la legge romana e gli occupanti secondo il diritto germanico. Questi ultimi, inoltre, fecero qualcosa in più. Mossi dal desiderio di assicurare una pacifica convivenza tra le diverse genti, non solo permisero alla popolazione romana, presso la quale era chiaro che le consuetudini germaniche non avrebbero mai potuto attecchire, di vivere secondo il proprio diritto, ma vollero essi stessi curarne delle raccolte — note come *Lex romana Wisigothorum* e *Lex romana Burgundionum* — per rispondere alle esigenze pratiche che la convivenza tra diverse popolazioni avrebbe comportato. In argomento, v. G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile (1902)*, in G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I, Milano, 1993, p. 181 e ss., sia pure con le riserve che verranno meglio esposte *infra*, § , *sub* nt. 22, nonché F. CALASSO, *op. cit.*, spec. p. 71 e ss. e A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975, pp. 55-56.

aveva accolto l'esperienza del diritto romano giustiniano come diritto comune e, mutuando gli insegnamenti della scuola di Bologna, aveva subordinato ad esso la validità dei diritti locali di matrice consuetudinaria divenendo così *pays de droit écrit*. Le popolazioni del nord, invece, che non avevano beneficiato della stessa esperienza, dalla commistione delle differenti leggi personali d'impronta sostanzialmente franca che caratterizzavano quei territori — le antiche *lex salica* e *lex ripuaria* tra tutte — avevano ricavato un complesso di diritto uniforme d'impronta consuetudinaria (*coutumes*) con assoluto valore territoriale («*toutes coutumes sont réelles*»), dove il diritto romano non era riconosciuto. Per questo tali regioni vennero a costituire quello che, in seguito, venne denominato *pays de droit coutumier* <sup>(5)</sup>.

La demarcazione tra i due *pays* (*de droit écrit* a sud, *de droit coutumier* a nord) era individuata da una linea a sud della quale vi era quella parte di Francia che nel secolo V era stata occupata dai Visigoti e dai Borgognoni, eccezion fatta per le regioni del Poitou, del Berry e dell'Alta Borgogna. Questa distinzione, come attestato anche dalla storiografia giuridica francese, non dev'essere tuttavia interpretata con valore assoluto poiché nei *pays de droit coutumier* il diritto romano, che pure non era riconosciuto come fonte di diritto ufficiale, non era affatto sconosciuto: in alcune *coutumes* del secolo XIV, infatti, ci si riferiva ad esso come a un diritto suppletivo; in altre, vi si ricorreva come «*raison escripte*» <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Su questi aspetti, v. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, Paris, 1882, spec. p. 6 ss. e ID., *Histoire des sources et des institutions de la France*, Paris, 1891, spec. vol. IV, cap. I, e vol. VIII, cap. I; É. CHÉNON, *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, Paris, 1926, spec. vol. I, p. 502 ss., F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, 1948; per la dottrina italiana, con mirabile chiarezza, F. CALASSO, *op. cit.*, p. 611 ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007, pp. 180-181.

<sup>(6)</sup> V. É. CHÉNON, *Histoire générale du droit français*, cit., I, p. 489, sub nt. 2, dove si segnala che l'espressione «*selon raison escripte*» compare per la prima volta nell'*Ancien Coutumier du pays de Berry* (sec. XIV) al cap. 158. Inoltre,

Successivamente, quando con la celebre *Ordonnance de Montils-les-Tours* del 1453 <sup>(7)</sup> Carlo VII impose la redazione per iscritto di tutte le *coutumes* locali, dottrina e prassi cominciarono ad interrogarsi sulla loro efficacia e sul problema di individuare a quale fonte occorresse fare riferimento per regolare quelle fattispecie rispetto alle quali la *coutume* locale non disponesse.

Si presentava perciò, pure in questo contesto, il fondamentale problema alla base del sistema pubblicistico medievale: se la *coutume* era

---

nella raccolta *Coutumes et institutions de l'Anjou & du Maine antérieures au XVI<sup>e</sup> siècles*, avec notes et dissertations par M.C.-J. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, I, *Coutumes et styles*, (t. II), Paris, 1878, si ritrova in capo all'indice del volume — che riproduce quello del manoscritto originale — la seguente dicitura: «*Cy sont les coutumes d'Anjou et du Maine intitullés selon les rubriques de code dont les aucunes sont concordés de droit escript*». La medesima raccolta detta poi una serie di disposizioni chiarificatrici su quali fossero le fonti del diritto in quelle regioni a quel tempo. Così il § 5 afferma che «*Il est assavoir que il a difference entre droit naturel, droit escript, et coutume. Droit naturel est celui qui enseigne non pas seulement les gens mais toutes maniers de bestes naiscens en ciel, en mer et en terre, ce qu'il leur laist à faire selon l'instinct et introduction de raison naturelle*», v. *op. cit.*, p. 36; e ai §§ 6 e 7 (*ibidem*) ritroviamo, rispettivamente, le definizioni di *droit escript*: «*(...) ce qui est escript ou commun prouffit es lays, decretz et decretalles. Et pour ce droit de lays est nommé droit civil, pour ce que il est estably au prouffit et à la conservacion des citez. Et par ce peut estre entendu de toutes les villes et de tout le peuple. Et regarde plus la temporallité que l'espiritualité.*» e di *coutume*: «*(...) droit non escript constitué par raisonnables acoustumances et usaiges de la maire partie du peuple d'aucun pais, par plusieurs foiz par le temps de dix ans frequentez, aiant auctorité et puissance de lay.*». Si ritrova poi anche in queste *coutumes* l'utilizzo dell'espressione «*selon raison escripte*» (§§ da 28 a 31, *op. cit.*, pp. 43-44), a riprova di come i territori dell'Angiò e del Maine non fossero affatto rimasti immuni dalla penetrazione del diritto comune. La diffusione del diritto comune in quei territori è inoltre ulteriormente attestato — crediamo — da un frammento dedicato alla formazione del giudice quale organo preposto alla corretta direzione dell'*ordo iudiciarius*: «*tout juge doit estre comme le point de la balance; et doit savoir de droit escript, et les coutumes et usaiges de pais pour rappeler ceulx qui nyent les droiz, et demandent droit où il n'appartient pas (...)*» (§ 38). <sup>(7)</sup> Sull'importanza di tale ordinanza («*c'est surtout avec Charles VII que la royauté, définitivement triomphante contre les Anglais, contre l'Église, contre la féodalité, prend en main l'organisation de la justice*»), v. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, cit., p. 14.

*ius proprium*, qual era, di fronte ad essa, lo *ius commune* <sup>(8)</sup>?

Parte della dottrina riteneva che diritto comune, similmente a quel che avveniva nelle regioni meridionali, dovesse intendersi il diritto romano; ma un'altra parte non condivideva affatto questa impostazione poiché affermava che quel diritto — romano, non mai promulgato in Francia — fosse di origine imperiale e il *regnum Franciae* non riconosceva alcuna soggezione all'Impero <sup>(9)</sup>. Questa dottrina, pertanto, si orientò in tal senso: dove la *coutume* locale non avesse disposto, occorreva guardare alla *coutume* della regione, e in difetto di quest'ultima, alla *coutume* dei paesi limitrofi ovvero — come si affermò più tardi — alla *coutume* di Parigi e, solo in ultima istanza, si sarebbe potuto far riferimento a quel diritto romano che assurgeva già al rango di *raison escripte* poiché presso alcune *coutumes* locali già vi si ricorreva, sia pure «*non ratione Imperii, sed imperio rationis*».

---

<sup>(8)</sup> È ciò che F. CALASSO, con riguardo ai rapporti intercorrenti tra statuti comunali e diritto comune, ha efficacemente descritto come «*lotta tra l'antico e il nuovo, motivo eterno di ogni evoluzione*» (F. CALASSO, *op. cit.*, p. 491), dove l'antico è naturalmente rappresentato dalla vecchia idea di Impero universale e del suo capo, l'Imperatore, quale unico creatore del diritto.

<sup>(9)</sup> Con riguardo al problema, emerso in Europa tra la fine del XIII e l'inizio del XIV secolo, relativo al riassetto dei poteri tra i regni o principati indipendenti e l'Impero, il sistema di giustizia francese costituisce un caso emblematico. Il tema dell'autonomia della giurisdizione regia dalla giurisdizione imperiale verrà, infatti, affrontato con spiccato interesse proprio in Francia culminando, in seguito, nella sintesi concettuale della giurisdizione come manifestazione della sovranità. Fu, in particolare, all'epoca di Filippo il Bello (1285-1314) che si crearono le condizioni tali per cui fossero riesaminati i rapporti sia col papato, sia con l'impero. Il Re di Francia, infatti, si affermò entro il proprio *regnum* in posizione paritetica rispetto a quella dell'Imperatore: «*rex Franciae princeps est in regno suo, utpote qui in illo in temporalibus superiorem non recognoscat*» (sussistono tuttavia opinioni discordanti circa l'origine — francese o italiana — delle formule incentrate sul «*superiorem non recognoscens*», v., *ex multis*, E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000, spec. p. 432 e ss., ed ivi i relativi riferimenti bibliografici). Per un approfondimento intorno agli albori del concetto moderno di sovranità — con particolare riferimento ai profili storici e giuridici — ci sia consentito rinviare, per tutti, al saggio di N. PICARDI, *Giurisdizione e sovranità*, in N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, p. 81 ss., comprensivo di una ricca e autorevole nota bibliografica (*passim*, ma spec. nota 6, *op. ult. cit.*, p. 83).

Tale ricostruzione, dunque, offre inequivocabile conferma di come il diritto comune avesse permeato la Francia del nord, per tradizione *pays de droit coutumier*, a tal punto che neppure la dottrina locale poté ignorare il fenomeno: i *doctores* iniziarono così ad interrogarsi su tali questioni, servendosi, e all'occorrenza rielaborando, le categorie giuridiche e la terminologia tecnica in uso presso quel diritto.

*1.2. Lo strumento operativo del giudice: l'ordo iudiciarius medioevale e la concezione del processo come «modo di risolvere questioni»*

Per quanto più specificamente concerne il nostro tema d'indagine, occorre ora esaminare la disciplina del processo nella Francia medioevale del XV secolo. È, infatti, tra le *coutumes* dell'Angiò e del Maine dedicate all'*ordo iudiciarius* («*coutumes et style*») che compare per la prima volta l'espressione «*fin de non-recevoir*»<sup>(10)</sup>.

Nella concezione medioevale, lo strumento operativo del giudice, la procedura, era chiamato *ordo iudiciarius*, espressione chiave che designerà la nostra materia almeno fino al XVI secolo<sup>(11)</sup>. Talvolta, anziché

---

<sup>(10)</sup> V. *Coutumes et institutions de l'Anjou & du Maine antérieures au XVI<sup>e</sup> siècle*, I, *Coutumes et styles*, (t. II), avec notes et dissertations par M.C.-J. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, Paris, 1878. La raccolta, a cura di M.C.-J. BEAUTEMPS-BEAUPRÉ, raccoglie per la maggior parte testi del XV secolo, in ogni caso tutti anteriori alla riforma delle *coutumes* intervenuta nel XVI secolo.

<sup>(11)</sup> Sul delicato problema del passaggio dall'*ordo* medioevale al *processus* dell'età moderna, cfr. N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XXXVI, Milano, 1987, spec. sez. III, p. 110 e ss.; ID., *Les racines historiques et logiques du code de procédure civile*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, t. I, *Filosofia e scienza della legislazione*, in *L'educazione giuridica*, V, Napoli, 1988, p. 241 ss.; ID., *Torniamo al giudizio?*, in N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., spec. § 5, p. 240 e ss.; A. GIULIANI, *L'«ordo iudiciarius» medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 598 e ss., spec. § 1; ID., *Dalla 'Litis contestatio' al 'Pleading-System'. Riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Modelli storici della procedura continentale*, t. II., *Dall'«ordo iudiciarius» al codice di procedura*, in *L'educazione giuri-*

*ordo iudiciarius* — o, più brevemente, *iudicium* <sup>(12)</sup> — si utilizzavano termini considerati equivalenti come *stylus*, *ritus*, *praxis*, *practica* e *processus* <sup>(13)</sup>.

A quell'epoca, la procedura, o *ordo iudiciarius*, era considerata manifestazione di una razionalità pratica e sociale che aveva natura originaria e, in un certo senso, extratestuale. La materia fu in origine teorizzata presso le scuole minori con la collaborazione essenziale di giudici e avvocati, e poi, nel corso del tempo, progressivamente realizzata, grazie anche all'apporto della dottrina, nelle prassi delle corti dove giudici, avvocati e i loro ausiliari operavano <sup>(14)</sup>. In particolare, secondo questa

---

*dica*, vol. VI, 2, Napoli, 1994, p. 205 e ss.; spunti interessanti si rinvencono inoltre nel saggio di C. NATALINI, 'La coscienza limita la coscienza'. Considerazioni su «ordo» e «processus» in alcune practicae del secolo XVI, in C. NATALINI, «Bonus Iudex» Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna, Napoli, 2016, p. 143 e ss.

<sup>(12)</sup> Celebre è la definizione di Bulgaro: «*Iudicium accipitur actus ad minus trium personarum, scilicet actoris intendentis, rei intentionem evitantis, Iudicis in medio cognoscentis*», in *De iudiciis*, tit. VIII, in *Corpus Glossatorum juris civilis*, I a cura di M. VIORA, Torino, 1973, p. 119. Tale definizione sarà destinata a esercitare una grandissima influenza negli studi processualistici all'epoca del diritto comune, a cominciare dal nome stesso della materia e dalla intitolazione dei trattati che, a quel tempo, ad essa erano dedicati: *de iudiciis* o, per l'appunto, *ordines iudicarii*.

<sup>(13)</sup> È il caso delle *Coutumes de l'Anjou & du Maine*, dove l'*ordo* è definito «*style*». Per ulteriori esempi in tal senso, cfr. le attestazioni riportate da N. PICARDI, in *Processo civile (diritto moderno)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 105, *sub* nt. 20.

<sup>(14)</sup> Sull'*ordo iudiciarius*, cfr., per tutti, gli ormai classici studi di N. PICARDI e A. GIULIANI, alcuni dei quali confluiti, insieme ad altri studi sul tema (v., in particolare, la riedizione del celebre saggio di A. M. STINCKLER, *Ordines iudicarii*, originariamente pubblicato in *Dict. de droit canonique*, IV, Paris, 1957, ora alle pp. 3 e ss. del volume), in *L'educazione giuridica*, a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, vol. VI, Napoli, 1994, *Modelli storici della procedura continentale*, t. II, *Dall'«ordo iudiciarius» al codice di procedura*. V., inoltre, A. GIULIANI, *L'«ordo iudiciarius» medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 598 e ss.; ID., *L'ordo iudiciarius medioevale tra retorica e logica*, in M. BELLOMO (a cura di), *Die Kunst der Disputation. Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. Und 14. Jahrhundert*, München, 1997, p. 133 e ss.; N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, op. cit., p. 102 ss.; ID., *Les racines historiques et logiques du code de procédure civile*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Modelli di legislatore*

concezione, l'*ordo iudiciarius* era concepito come *ordo quaestionum* <sup>(15)</sup> e il processo stesso era configurato «*come un modo di risolvere questioni*» <sup>(16)</sup>. Pertanto, occorre in primo luogo distinguere tra loro le varie questioni per poi chiarire quale tra queste dovesse essere esaminata per prima e con quale ordine esaminare le successive <sup>(17)</sup>.

Questo procedimento doveva avvenire secondo quello che era considerato il cardine del processo comune europeo: il rispetto del principio del contraddittorio. Nella concezione medievale, infatti, citazione e difesa rappresentavano momenti da cui emergevano contrarie informazioni e, pertanto, il contraddittorio si articolava nell'*ars opponendi et respondendi*, perseguito attraverso una regolamentazione del dialogo che

---

*e scienza della legislazione*, op. cit., p. 241 ss.; A. CAMPITELLI, *Processo civile (diritto intermedio)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XXXVI, Milano, 1987, spec. pp. 93-96; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005, pp. 19 e ss. e 58 e ss.; E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000, spec. p. 282 e ss.

<sup>(15)</sup> Significativamente, il glossatore Rogerio nella *Summa codicis* così chiosa: «*De ordine iudiciorum id est quaestionum in iudicio*», cfr. ROGERIO, *Summa Codicis*, III, VIII ed., Palmieri, in *Bibliotheca iuridica medii aevi*, I, Bononiae, 1913, p. 83. Il frammento è citato, con il medesimo intento, anche da A. GIULIANI, *La logique de la controverse et le droit chez les romanistes du XIIIème et du XIVème siècle*, in *Documenta Historia et Iuris*, 1968, p. 235. Lo stesso concetto si ritrova, in epoca ben più tarda, anche in BALDO DEGLI UBALDI (*In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis, 1577, *Comm.* in C. 45, 3, *de sentent. Praeses*): «*ordo est praemittere praemittenda et postponere postponenda, servato solito more iudiciorum*». Il passo è ricordato anche da N. PICARDI in *Processo civile (diritto moderno)*, cit., p. 116, n. 138. Inoltre, in materia istruttoria, specialmente per quanto riguardava la regolamentazione del diritto alla prova, l'*ordo quaestionum* si declinava in *ordo probationum*. In estrema sintesi, ciò significava che nessuna prova poteva essere posta a fondamento del giudizio se non era stata preventivamente sottoposta al suo vaglio critico. Per maggiori approfondimenti, si rinvia, per tutti, a A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano, 1961, spec. p. 115 e ss.; per una trattazione più sintetica, v. inoltre A. GIULIANI, *Prova (filosofia del diritto)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 518 e ss.

<sup>(16)</sup> Così G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, rist., Napoli, 1950, p. 115.

<sup>(17)</sup> «*Dubium (...) cuius cognitio debeat praecedere*», così DURANTE, *Speculum iudiciale*, II, 1, *De incidentibus quaestionibus. Et de ordine cognitionum*, citato da N. PICARDI, *op. loc. cit.*, n. 122.

aveva l'obiettivo di assicurare reciprocità ed uguaglianza tra le parti <sup>(18)</sup>. Inoltre, non bisogna dimenticare il fondamento etico *dell'ordo iudiciarius*: la materia, infatti, fu rivendicata nell'XI secolo da giuristi che erano anche teologi, educati nelle arti liberali <sup>(19)</sup>. Il richiamo ai testi sacri permetteva a costoro di elevare la citazione a simbolo attraverso cui riaffermare gli *iura naturalia* nel processo, in particolare il diritto di difesa. Quest'ultimo, a propria volta, presupponeva la dialettica tra due ipotesi argomentative ("*fecisti vs. non feci*"), le quali si sostanziavano in una serie di questioni che dovevano essere esaminate nel processo secondo un ordine logico, in contraddittorio tra le parti, evitando così ogni *perversio ordinis*.

In questo contesto, il giudice rivestiva un ruolo professionale, ma non burocratico, e la sua era una posizione neutrale, ma non passiva. Egli aveva il compito di garantire il rispetto dell'*ordo* evitando così ogni sconfinamento nella *perversio* e, in ultima istanza, era chiamato a scegliere una delle due tesi ricostruttive prospettate dalle parti, senza sovrapporre ad esse la propria opinione. Le regole procedurali, infatti, non erano ancora concepite in funzione della formazione del convincimento del giudice, ma a tutela dei diritti naturali nel processo: in questo modo, la violazione dell'*ordo iudiciarius* (inteso come *ordo quaestionum*) non corrom-

---

<sup>(18)</sup> In argomento, con particolare riguardo alla genesi della domanda riconvenzionale come istituto processuale tipico e nuovo — risultato cui si pervenne grazie al lavoro intellettuale dei glossatori civilisti e canonisti, impegnati a cogliere differenze e analogie tra quella che verrà da loro chiamata *reconventio* e le altre *quaestiones* che del pari coinvolgevano la competenza del giudice (così ad es. la continenza di cause, le azioni pregiudiziali, la compensazione tra crediti, etc.) —, v. C. NATALINI, *Convenientem reconvenire. Genesi e sistematica della riconvenzione nella dottrina dei glossatori (1120-1234)*, ed. in brossura, Bologna, 2008; sull'*ordo quaestionum* in presenza di questioni pregiudiziali da dirimere, v. inoltre A. GIULIANI, *L'ordo iudiciarius medievale tra retorica e logica*, cit., spec. § 3, dove si evince che la nozione medievale di pregiudizialità tra questioni venne elaborata nell'ottica di una logica della rilevanza in termini negativi: la questione pregiudiziale era infatti considerata un divieto logico per la discussione della questione principale («*primum de incidenti postea de principali cognoscendum est*», ROGERIO, *Summa de ordine iudiciorum*, II, §24).

<sup>(19)</sup> Tra questi spicca il nome di Ivone di Chartres, come ricordato da A. GIULIANI, *Prova (filosofia del diritto)*, cit., spec. § 10.

peva solamente i principi della logica, ma anche quelli della giustizia naturale — una giustizia laica, basata sul comune sentimento di ciò che si riteneva giusto ed equo e che mirava a garantire reciprocità ed eguaglianza tra le parti — ed è per questa ragione che ogni sovvertimento dell'*ordo* veniva avvertito come una *perversio* <sup>(20)</sup>.

Questo tipo di procedura, articolata su di una versione forte del contraddittorio, è stata considerata da autorevole dottrina un modello puro di ordine isonomico, ossia di un modello processuale nel quale le regole di procedura hanno un ruolo compensativo rispetto alle diverse forme di disuguaglianza che si registrano nel processo <sup>(21)</sup>: l'*ordo iudiciarius*, infatti, mira ad assicurare non solo l'eguaglianza tra le parti, ma anche tra il giudice e le parti <sup>(22)</sup>.

Quanto sinora illustrato a proposito dell'*ordo iudiciarius*, offre una visione di quella che era la concezione del processo comune, noto anche come processo romano-canonico <sup>(23)</sup>. Tale appellativo fa riferi-

---

<sup>(20)</sup> V. A. GIULIANI, *L'«ordo iudiciarius» medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 598 e ss., spec. p. 610.

<sup>21</sup> Per quanto invece concerne il fondamento istituzionale dell'ordine isonomico, questa stessa dottrina propende per ricercarlo «nella democrazia greca, in cui la “isonomia” veniva intesa come eguaglianza tra i governanti e i governati», così A. GIULIANI, *Osservazioni sulla procedura nel metodo dialettico: dalla tradizione aristotelica a quella medievale*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Modelli storici della procedura continentale*, t. I., *Dall'«ordo iudiciarius» al codice di procedura*, in *L'educazione giuridica*, vol. VI, Napoli, 1994, p. 30.

<sup>(22)</sup> Ad esempio, poiché l'accusatore riveste naturalmente una posizione di forza rispetto all'accusato, si andava alla ricerca di regole che costituissero una forma di compensazione per riequilibrare la posizione di quest'ultimo. Principi quali “in dubio pro reo” o “nemo tenetur se detegere”, costituiscono la diretta manifestazione di tale vocazione. Per ulteriori approfondimenti, si veda A. GIULIANI, *L'«ordo iudiciarius» medioevale*, cit., p. 598 e ss.; ID., *Osservazioni sulla procedura nel metodo dialettico: dalla tradizione aristotelica a quella medievale*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Modelli storici della procedura continentale*, t. I., *Dall'«ordo iudiciarius» al codice di procedura*, in *L'educazione giuridica*, vol. VI, Napoli, 1994, p. 27 e ss.; N. PICARDI, *Torniamo al giudizio?*, in N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., spec. § 5, p. 240 e ss.

<sup>(23)</sup> Sul processo romano-canonico la letteratura è ampissima; rinviamo, pertanto, alle indicazioni bibliografiche indicate da F. CALASSO, *op. cit.*, spec. in parte

mento a quelle che erano le fonti principali della sua conoscenza, ossia il diritto romano e il diritto canonico, cui i *doctores* medievali alludevano con l'espressione "*utrumque ius*", cioè l'uno e l'altro diritto, alla base anche delle molte compilazioni di *ordines iudicarii*. Significativamente, nei primi tempi, il funzionamento della procedura era del tutto analogo presso i tribunali laici e presso quelli ecclesiastici. I due ordini non persero mai le proprie caratteristiche, ma la penetrazione e l'intima connessione tra leggi civili e leggi canoniche si attuò profondamente proprio in materia processuale: il diritto romano forniva la base di partenza su cui il diritto canonico operava, elaborando gradualmente quelle regole, in parte conservandole, in parte alterandole, al fine di adattarle ai tribunali ecclesiastici. Un esempio importante in tal senso è rappresentato, come vedremo proprio in Francia, dalla dottrina delle *exceptiones*.

## 2. *L'ordo iudiciarius nei due pays*

In Francia, Luigi IX (1226-1270), conosciuto come Il Santo, coerentemente con la condotta ferma e decisa — specie in materia di giurisdizione — da costui osservata nei riguardi della Chiesa (che pur non escludeva rispetto e devozione), non volle estendere la procedura canoni-

---

I, cap. IX («*Utraque Lex*») e in parte II, cap. III (*La codificazione del diritto della Chiesa: «Utrumque Ius»*); per una trattazione più sintetica, ma d'insieme, v. A. CAMPITELLI, *Processo civile (diritto intermedio)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XXXVI, Milano, 1987, spec. sez. VI. Utili riferimenti si trovano anche in G. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile (1902)*, in G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I, Milano, 1993, p. 181 e ss., sebbene, come ricordato anche da N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, op. cit., pp. 101-102., occorre tenere a mente come quest'indirizzo storiografico (all'interno del quale il saggio chiovendiano è ascrivibile), impegnato a rivendicare le origini romane piuttosto che germaniche del processo moderno, si sia risolto, talora, «*in una celebrazione del passato*», operando «*come strumento di conservazione di principi e di valori, da trasmettere, il più possibile immutati, alle nuove generazioni*», anziché operare con gli strumenti propri dell'indagine documentaristica.

ca ai tribunali laici, introducendo per questi ultimi una procedura speciale. Tale rito, tuttavia, presentando svariati inconvenienti, cadde ben presto in desuetudine e, a quel punto, i giuristi d'Oltralpe non esitarono a volgere il proprio sguardo al diritto della Chiesa, estendendo l'*ordinem* del processo romano-canonico anche ai tribunali laici.

In particolare, due avvenimenti memorabili contribuirono alla sua larga diffusione in Francia: la fissazione del Parlamento a Parigi e il trasferimento della Santa Sede ad Avignone <sup>(24)</sup>. La suddivisione tra *pays de droit écrit* e *pays de droit coutumier* non valse pertanto per il diritto processuale: superato il periodo feudale ed eccezion fatta per la parentesi che si ebbe con Luigi IX, andò sempre più diffondendosi nell'antica Francia un'unica procedura, quella che i giureconsulti d'Oltralpe mutuavano dalla scuola canonistica, la quale, a propria volta, l'aveva attinta dagli *ordines iudicarii* di derivazione bolognese <sup>(25)</sup>.

Conseguentemente, trovandosi a operare in un contesto dove la procedura o *ordo cognitionum* era concepita come *ordo quaestionum*, accrebbe sensibilmente anche nei *praticiens* e nei *coutumiers* — così erano chiamati nei due *pays* di Francia i giureconsulti — l'interesse per l'ordine logico di esame delle questioni nel processo. Partendo dalla dottrina canonistica delle *exceptiones*, che ampliarono notevolmente, i *coutumiers* misero in luce come tali strumenti difensivi si potevano distinguere in ragione dell'effetto che provocavano sulla pretesa avversaria — se, ad esempio, tendevano solo a modificarla o ritardarla, oppure estinguerla — e, in seguito, arrivarono a teorizzare un preciso ordine logico con il quale

---

<sup>(24)</sup> V. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, cit., p. 17.

<sup>(25)</sup> E. GLASSON riferisce che l'*Ordo iudiciarius* composto da Tancredi da Bologna andò diffondendosi in Francia a partire dal 1234; tradotto, esercitò una «*sérieuse influence dans les justice laïques*», v. E. GLASSON, *op. cit.*, p. 21; ulteriori riferimenti anche in C. NATALINI, *Convenientem reconvenire*, cit., p. 134, n. 106.

far valere tutte queste diverse eccezioni nel giudizio <sup>(26)</sup>.

*3. Il recepimento delle classificazioni canonistiche in materia di eccezioni nelle coutumes d'Ancien droit come premessa per la nascita di un nuovo strumento difensivo*

L'interesse manifestato dai *coutumiers* per l'ordine di cognizione delle questioni (cd. *ordo cognitionum*) non aveva implicazioni unicamente teorico-filosofiche, bensì anche spiccatamente pratiche, come può desumersi dalle caratteristiche strutturali del processo di quel tempo. Nel proprio atto introduttivo, la cd. *réponse*, il convenuto, anziché difendersi nel merito rispetto alla pretesa avversaria, ossia *répondre*, come si diceva tecnicamente, aveva la possibilità di opporre delle eccezioni. Ciò comportava che nella procedura si inserisse un "incidente" che andava esaminato e risolto a parte attraverso un sub-procedimento speciale, all'esito del quale il giudice si pronunciava con sentenza.

È notevole osservare che, in età feudale, quando ancora il convenuto era costretto a difendersi affermando o negando parola per parola quanto contenuto nella domanda senza poter addurre nuovi fatti o circostanze, costui aveva un solo modo per difendersi attivamente: evitare la risposta solenne adducendo delle eccezioni che, all'epoca, erano chiamate dai *praticiens* "*fuites*", letteralmente "vie di fuga" <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Un'esposizione di quella che era la procedura ordinaria in Francia, anteriormente alla riforma delle *coutumes* del XVI secolo, si può leggere nelle *Coutumes et institutions de l'Anjou & du Maine antérieures au XVI<sup>e</sup> siècles*, cit., III vol., p. 27, nn. 52 e ss.

<sup>(27)</sup> Essendo questo lo stato delle cose, è possibile ipotizzare che l'avversione per la contumacia (cd. "*défaut*") che caratterizzava il processo francese d'epoca feudale e che comportava un gravoso regime sanzionatorio per il convenuto che sceglieva di non presentarsi in giudizio, sia derivata, in parte, proprio dalla concezione dell'eccezione come fuga e, in parte, dall'influenza dell'antico diritto germanico di origine barbarica. Questa concezione, tuttavia, venne in seguito notevolmente mitigata grazie all'influsso del processo romano-canonico.

Venendo alle singole specie di eccezioni, sarà opportuno partire preliminarmente da quelle note già all'epoca del processo feudale, le quali, successivamente, si arricchiranno e verranno sistematicamente ordinate dai *coutumiers* grazie anche all'influsso del diritto canonico.

Prima di passare a esaminare le varie categorie di eccezioni note in Francia all'epoca del processo comune, occorre dare conto della tradizionale distinzione, conosciuta già in epoca romana e in seguito rinverdata sotto l'influsso della scuola canonistica, tra eccezioni dilatorie e perentorie <sup>(28)</sup>.

Le eccezioni dilatorie, che paralizzavano la pretesa avversaria per un certo tempo senza distruggerla, si dividevano in due categorie:

- le eccezioni *dilatoriae iudicii*, le quali presupponevano che l'attore avesse commesso un errore procedurale, come nel caso dell'eccezione d'incompetenza, detta anche declinatoria, e le eccezioni fondate sull'incapacità delle parti, dei loro rappresentanti, ovvero sull'incapacità del giudice;

- le eccezioni *dilatoriae solutionis*, che attaccavano direttamente il diritto dedotto in giudizio, non già per annientarlo definitivamente, bensì per ritardarne gli effetti come nel caso dell'eccezione di termine non scaduto rispetto all'obbligo di pagamento.

Le eccezioni perentorie, «*quae causam et intentionem actoris pe-*

---

Nell'economia del presente lavoro, tuttavia, non è possibile approfondire tale problematica che, da sola, richiederebbe un'indagine capillare. Per le fonti feudali di riferimento, v. le indicazioni bibliografiche indicate da E. GLASSON in *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre comparées au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusq'a nos jours*, Paris, 1882, vol. III, cap. VI, pp. 483 e 484, *sub nt.* 105-107.

<sup>(28)</sup> In argomento, v. C. A. CANNATA, *Eccezione (Diritto romano)*, in «*Novissimo Digesto Italiano*», vol. VI, Torino, 1960, p. 346 e ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975, pp. 102-103; F. DELLA ROCCA, *Eccezione (Diritto processuale canonico)*, in «*Novissimo Digesto Italiano*», vol. VI, Torino, 1960, p. 353 e ss., spec. § 2. Riferimenti in tal senso anche nelle fonti canonistiche citate da C. NATALINI, *Convenientem reconvenire*, cit., p. 286, *sub nt.* 68.

*rimat*»<sup>(29)</sup>, producevano invece un effetto più radicale in quanto demolivano definitivamente la pretesa attorea, come nel caso delle delle *exceptions doli, metus*, di transazione, di cosa giudicata<sup>(30)</sup>.

Come si evince consultando le *coutumes* dell'Angiò e del Maine, i *coutumiers* si appropriarono di tali classificazioni ma ne mutarono parzialmente i contenuti perché, a poco a poco, finirono con l'erosere la categoria delle eccezioni dilatorie — che la dottrina canonistica suddivideva in *dilatoriae iudicii* e in *dilatoriae solutionis* — fino a ricavare una categoria di difese intermedia tra queste ultime e le eccezioni perentorie (e di queste ultime mutuando l'effetto tipico): le *fins de non-recevoir*. Vi è però da dire che, in origine, l'espressione “*fin de non-recevoir*” veniva adoperata dai *coutumiers* per alludere alle eccezioni *dilatoriae solutionis* e che fu solo nel corso del tempo che si arrivò al risultato di individuare un istituto giuridico distinto, come avremo modo di illustrare nel prosieguo della trattazione.

Questi i frammenti d'interesse:

«1123. *Et est assavoir qu'il y est deux manières de excepcions, l'une dillatoire se divide en deux: car l'une est dillatoire de juridiction qui est communement nommée declinatoire, et a lieu pour excepter de juridiction; et l'autre est dillatoire de solucion est communement nommée*

---

<sup>(29)</sup> La definizione è citata da C. NATALINI, *op. loc. cit.*, e ivi i relativi riferimenti bibliografici.

<sup>(30)</sup> La casistica riportata dalle fonti canonistiche è all'incirca la stessa che si ritrova già nelle *Istituzioni* di GAIO: «*Dicuntur exceptiones aut peremptoriae aut dilatoriae. Peremptoriae sunt quae perpetuo valent nec evitari possunt, veluti quod metus causa aut dolo malo, aut quod contra legem senatusvve consultam factum est, aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est, item pacti conventi quod factum est, ne omino pecunia peteretur*», cfr. Gai. 4. 120-122, cit. in A. BURDESE, *op. loc. cit.*. Si evince così che già all'epoca di Gaio la distinzione tra eccezioni perentorie e dilatorie si fondava sulla circostanza che fossero opponibili dal convenuto senza limitazione di tempo (le prime), ovvero entro un dato termine (le seconde).

*par coustume fin de non recevoir»* <sup>(31)</sup>.

«1127. *Si traicterons premierement des declinatoires, desquielles les unes naissent de juridiction, et les autres de la personne du juge. Et premierement hon peut decliner du juge au regart de la juridicion: car si la chose litigieuse n'est pas de la juridicion du juge devant qui l'en plaidoit, l'en en peut decliner [...]*» <sup>(32)</sup>.

«1139. *Si traicterons par après des excepcions dillatoires qui sont dillatoires de solucion, autrement nommées par coustume fins de non recevoir; desquielles les unes naissent de la fourme du libelle et propox du demandeur, les autres de la personne du demandeur ou de son procureur, les autres de la personne du deffendeur ou de son procureur, et en plusieurs autres manieres que saige et caut advocat saura bien adviser. [...] car si le libelle est obscur et impertinent ne doit pas estre receu»* <sup>(33)</sup>.

«1150. *Il est assavoir que en la contestacion du plait, peut et doit l'avocat barroier et proposer excepcions peremptoires s'aucunes en a la deffence de sa cause; comme de veoir si sa partie adverse propose aucune chose contraire, reppugnant ou opposite à son dit mesmes. [...]*» <sup>(34)</sup>.

«30. *Exception déclinatoire est celle par laquelle le défendeur monstre qu'il n'est tenu de répondre à la demande du demandeur par devant le juge où il est ajourné; et se doit proposer au commencement de*

---

<sup>(31)</sup> V. *Coutumes et institutions de l'Anjou & du Maine antérieures au XVI<sup>e</sup> siècles*, cit., t. II, p. 423, n. 1123. La trascrizione qui riportata è fedele nell'utilizzo del francese arcaico in uso a quell'epoca.

<sup>(32)</sup> *Op. cit.*, p. 424, n.1127, sub «*De declinatoires de juridicion*».

<sup>(33)</sup> *Op. cit.*, p. 428, n.1139, sub «*De dillatoires nommés fins de non recevoir*».

<sup>(34)</sup> *Op. cit.*, p. 434, n.1150, sub «*Des peremptoires*»; segue poi una lunga casistica.

*la cause, et avant que approuver la juridicion»* <sup>(35)</sup>.

«31. *Ceste exception nais par troys manieres: La premiere pour raison de la cause dont on fait demande; La seconde pour raison du lieu; La tierce pour raison des personnes»* <sup>(36)</sup>.

«62. *Exceptions dilatoires sont en effect toutes les choses par lesquelles le défendeur délayé et dissimule le principal de la cause sans respondre aux fins péremptoires du demandeur. Il y a dilatoires des personnes, dilatoires de stille, et dilatoires de cause; et se doivent proposer par ordre»* <sup>(37)</sup>.

«98. *Exception peremptoire est celle fin, laquelle montrée ou prouvée peremist le négoce, ou le fait mourir contre celui qui ladite fin est proposée»* <sup>(38)</sup>.

4. *L'ordine di esame delle difese nell'esperienza processuale delle coutumes dell'Angiò e del Maine e il ruolo ivi riservato alla fin de non-recevoir*

L'interesse pratico di queste distinzioni emergeva, secondo i *coutumiers*, nell'ordine con il quale tali eccezioni dovevano essere invocate davanti al giudice. Per prima veniva l'eccezione d'incompetenza (cd. *declinatoria fori*), poi le altre eccezioni *dilatoriae iudicii*, a loro volta indi-

---

<sup>(35)</sup> V. *Coutumes et institutions de l'Anjou & du Maine antérieures au XVI<sup>e</sup> siècles*, cit., *Les usaiges et stilles du Pais d'Anjou (1463)*, t. III, Paris, 1879, p. 88.

<sup>(36)</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>(37)</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>(38)</sup> *Ibid.*, p. 101.

viduate secondo il proprio ordine logico di cognizione <sup>(39)</sup>. Invero, questo periodo storico contemplava una varietà infinita di eccezioni dilatorie poiché le prassi procedurali del tempo comprendevano indistintamente (e asistematicamente) sotto questa nomenclatura tutti quegli strumenti difensivi che miravano a frapporre un ostacolo provvisorio alla domanda <sup>(40)</sup>.

Esaurite le varie eccezioni dilatorie, toccava alle *fins de non-recevoir*, cui la *coutume* dedicava una lunga ed eterogenea casistica mutuata dalla prassi delle corti di quei territori. Sebbene nelle singole fattispecie che componevano la categoria delle *fins de non-recevoir* non sia ancora possibile scorgere — similmente a quanto avveniva per le eccezioni dilatorie — una ragione ordinatrice squisitamente sistematica, questa variopinta elencazione era tuttavia accomunata dall'effetto di rendere il libello introduttivo «*obscur et impertinent*», sanzionando come irricevibile la pretesa contenuta al suo interno («*si le libelle est obscur et impertinent ne doit pas etre receu*»).

##### 5. (segue) *Il confine ancora troppo labile tra la fin de non-recevoir e l'eccezione dilatoria*

Emerge però una contraddizione: se le *fins de non-recevoir*, quando sollevate e accolte, comportavano l'irricevibilità della pretesa

---

<sup>(39)</sup> V. il lungo elenco da nn. 1128 a 1138, pp. 428-428, *Coutumes et institutions de l'Anjou & du Maine antérieures au XVI<sup>e</sup> siècles*, cit., t. II, nonché t. III (*Les usages et stilles du Pais d'Anjou*), p. 88 e ss.

<sup>(40)</sup> Per ulteriori approfondimenti sulle eccezioni dilatorie nell'*Ancien Droit*, v. E. DEROY, *Des exceptions dilatoires*, Thèse, Paris, 1898, spec. p. 4 e ss. dell'introduzione. Peraltro, secondo l'autore, le "autentiche" eccezioni dilatorie nell'*Ancien Droit* erano riconducibili a tre cause: 1) quelle che rilevavano un vizio di forma nella domanda; 2) quelle che rilevavano l'incapacità dell'attore o del suo rappresentante; 3) quelle che rilevavano la temporanea inesigibilità del diritto controverso. Successivamente, a partire dal XVI secolo, la teoria delle eccezioni dilatorie comincerà visibilmente a chiarificarsi, e il numero di queste diminuirà sensibilmente, cfr. E. DEROY, *op. cit.*, pp. 6-7.

contenuta nel libello introduttivo, perché allora considerarle alla stregua delle eccezioni *dilatoriae solutionis* <sup>(41)</sup>, che avevano solamente lo scopo di ritardare lo spiegarsi degli effetti del diritto dedotto in giudizio?

Una possibile risposta a tali interrogativi risiede, a nostro avviso, nella consistente influenza che la tradizionale dottrina canonistica delle *exceptiones*, già caratterizzante il processo romano-canonico, continuava a spiegare sugli schemi elaborati dai *praticiens* francesi anteriormente al XVI secolo. Infatti, se da una parte si assiste ad un primo distacco dalla tradizione attraverso il riferimento alla sanzione della irricevibilità <sup>(42)</sup>,

---

<sup>(41)</sup> V. *retro*, § 4, *sub* frammenti nn. 1123 e 1139.

<sup>(42)</sup> Come si vedrà in seguito, la progressiva elaborazione di questa sanzione andrà di pari passo con lo sviluppo della riflessione sulle *fins de non-recevoir*. Peraltro, una certa dottrina francese sembrerebbe suggerire che la sanzione dell'*irrecevabilité* trovi il proprio addentellato storico nell'antico istituto di matrice romanistica della *denegatio actionis*, apparso per la prima volta nella tradizione procedurale arcaica delle *legis actiones*. Questa ricostruzione dottrinale potrebbe forse essere stata influenzata da un trattato redatto dal giureconsulto L.-L.-F. LEMERLE (cfr. L.-L.-F. LEMERLE, *Traité des fins de non recevoir*, Nantes, 1819) agli inizi del XIX secolo e dedicato alle *fins de non recevoir*. L'autore, invero poco interessato a scandagliare le origini storiche dell'istituto («[...] *cette recherche, plus curieuse qu'utile, s'éloigne de notre sujet*», v. *op. cit.*, p. 2), afferma suggestivamente che «[...] *comme le cercle existait avant qu'on l'eût nommé ou mesuré, les fins de non recevoir existaient avant qu'on les eût ainsi désignées. Le premier qui fit proscrire une prétention sans se donner la peine d'en apprécier le mérite, avait proposé une fin de non recevoir*», *ibid.*, p. 2. Come noto, la *denegatio actionis* imponeva al magistrato di rifiutare di concedere l'azione qualora rilevasse l'assenza di uno o più presupposti processuali (in senso lato), ma non aveva effetto preclusivo; conseguentemente, l'attore poteva ripresentare la domanda dinnanzi allo stesso magistrato o al successore. Con la transizione al processo formulare, mutò anche la disciplina della *denegatio actionis*: infatti, qualora una o più fra le questioni che potevano condurre al diniego dell'azione avesse richiesto un'indagine più approfondita, il pretore avrebbe ugualmente concesso l'azione, demandando però al giudice la decisione, eventualmente inserendo nella formula una *exceptio*. Si trattava di un'ipotesi più rischiosa per l'attore — nonostante che la decisione fosse ora assunta dopo lo svolgimento di indagini e non *prima facie*, come avveniva in epoca precedente — in quanto poteva condurre all'assoluzione del convenuto, precludendo così all'attore la riproposizione dell'azione. L'istituto della *denegatio actionis* finì, tuttavia, per assumere contorni ancora più sfumati nell'esperienza della *cognitio extra-ordinem*, fino al punto da non poter più essere distinta con nettezza dal rigetto nel merito della domanda. Sulla possibile connessione tra

dall'altra è evidente come i *coutumiers* non riuscissero ancora a cogliere pienamente la natura autonoma delle *fins de non-recevoir* per rapporto alle eccezioni dilatorie.

Ad ogni modo, si evidenzia anche un ulteriore dato, sebbene per il momento non se ne abbia che una tenue manifestazione: i *coutumiers* dell'Angiò e del Maine sono già consapevoli che tra le eccezioni dilatorie e le eccezioni perentorie — che comprendevano, anche, tutte le eccezioni di merito — esiste una categoria intermedia di questioni in grado di incidere sull'*ordo cognitionum*.

## 6. Analisi di alcune opere di pratica giudiziaria nella Francia del XVII secolo

### 6.1. Le "Institutes coutumières" di Antoine Loysel (1608)

«*Qui de barres* <sup>(43)</sup> *se veut aider, doit commencer aux déclinatoires, et finalement aux péremptoires; et si la dernière met devant, ne s'aidera des premières*», recita un adagio tradizionale che si può leggere in un piccolo tomo, originariamente pubblicato nel 1608 da Antoine Loysel, avvocato presso il Parlamento di Parigi, e intitolato "*Institutes cou-*

---

*denegatio actionis* e *irrecevabilité*, forse sulla scorta delle suggestive osservazioni del predecessore L.-L.-F. LEMERLE, si veda M. ABDEL-KHALEK OMAR, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, Thèse, Paris, 1967, pp. 46 e 50; per ulteriori approfondimenti sulla *denegatio actionis* si veda V. COLACINO, *Denegatio actionis*, in «*Novissimo Digesto Italiano*», vol. V, Torino, 1960, p. 453 ss.; per una breve ricognizione dell'istituto nell'evoluzione delle diverse fasi del processo romano, v., per tutti, A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2003 e, ivi, cap. II, *Il processo civile* (di T. SPAGNUOLO VIGORITA), pp. 87, 108-109, 169.

<sup>(43)</sup> Tradizionalmente, presso i *coutumiers*, l'eccezione soleva essere chiamata anche "*barre*" poiché ostacolava colui che aveva instaurato il processo proprio come, in guerra, una barriera serviva per bloccare il nemico. Su questi aspetti, cfr. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, cit., pp. 49-50.

*tumières*”<sup>(44)</sup>. Il volume, influentissimo all’epoca, raccoglieva attraverso brevi aforismi il complesso di principi comuni a tutte le *coutumes* regionali e quindi sovrastanti le loro particolari — e nell’ottica di Loysel non determinanti — differenze.

Come si può notare, l’autore fa riferimento solamente alle eccezioni dilatorie e perentorie<sup>(45)</sup>, e non alle *fins de non-recevoir*. Dunque, sebbene in questa massima si trovi il principio fondamentale, comune a tutte le *coutumes*, dell’ordine di presentazione delle eccezioni o, come generalmente detto, dell’*ordo quaestionum*, quest’*ordo* non contemplava ancora esplicitamente le *fins de non-recevoir* in quanto, probabilmente, non tutte le corti ancora conoscevano (o avevano elaborato una propria prassi relativa a) questo istituto.

In considerazione di ciò, riteniamo assai probabile che l’istituto della *fin de non-recevoir* nacque proprio grazie all’intuizione che ebbero i *coutumiers* dell’Angiò e del Maine circa la differenza sussistente tra la ricevibilità e il fondamento dell’istanza. Nel contesto di un *ordo iudiciarius* concepito come *ordo quaestionum*, infatti, ciò implicava la necessità di anteporre alle eccezioni cd. perentorie (nell’accezione romano-canonica), le questioni a pena di irricevibilità, le quali, tuttavia, non potevano essere trattate alla stregua delle eccezioni dilatorie perché presupponavano uno scrutinio condotto non solo su momenti, ma anche su basi valutative diverse.

---

<sup>(44)</sup> V. A. LOYSEL, *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses reigles. Sentences & Proverbes tant anciens que modernes du Droit Coutumier plus ordinaire de la France*, livre V («D’actions»), tit. II («De barres et exceptions»), Paris, 1608, p. 61.

<sup>(45)</sup> Invero, l’autore non include neppure la sottodistinzione, di derivazione romano-canonica, tra eccezioni dilatorie *iudicii* e dilatorie *solutionis*. In questo caso, però, siamo propensi a ritenere che l’omissione si sia resa necessaria solamente perché la frase in questione doveva mantenersi assai sintetica e così facile da ricordare, e non perché la sottodistinzione non fosse nota e in uso presso la generalità delle corti.

6.2. *Il commentario di Jean Imbert (1628) e il riconoscimento della fin de non-recevoir anche oltre i confini dell'Angiò e del Maine*

Le definizioni erano però ancora empiriche e l'utilizzo dei vocaboli mutevole. Prova ne è che un *coutumier* di epoca successiva, Jean Imbert, proporrà nel proprio commento intitolato “*La pratique judiciaire, tant civile que crimille, receue et observée pour tout le Royaume de France*” una distinzione sostanzialmente differente, che finalmente terrà conto dell'esistenza delle *fins de non-recevoir* <sup>(46)</sup>.

Anche in Jean Imbert ritroviamo la distinzione tra eccezioni dilatorie e perentorie, ma le prime erano suddivise in *fins de non-procéder* e in *fins de non-recevoir*, mentre le seconde venivano anche chiamate “*par coutume*” *fins de non-valoir*. *Fins de non-recevoir* e *fins de non-procéder* avevano in comune il fatto di impedire l'esame del merito e si distinguevano tra loro poiché:

«*les fins de non-procéder sont celles par le moyen desquelles on n'est point tenu de procéder outre au procez, jusqu'à ce qu'il soit décidé et prononcé sur icelles, comme l'exception de litispence ou declinatoire; fins de non-recevoir sont celles par le moyen desquelles on maintient que l'action n'est recevable, et le procez principal se termine avec elle*» <sup>(47)</sup>.

Ciò malgrado, il compilatore precisa che tale distinzione non poteva ancora dirsi interamente consolidata presso i *praticiens* dell'epoca perché una parte di costoro ancora confondeva le *fins de non-recevoir* con le *fins de non-procéder* <sup>(48)</sup>.

In buona sostanza, è possibile affermare che nell'*Ancien Droit* i

---

<sup>(46)</sup> V. J. IMBERT, *La pratique judiciaire, tant civile que crimille, receue et observée pour tout le Royaume de France*, I, Paris, 1623.

<sup>(47)</sup> V. J. IMBERT, *op. cit.*, I, § XXXVI, p. 256, nt. g).

<sup>(48)</sup> *Ibid.*, p. 256.

compilatori conoscessero la distinzione tra le questioni che conducevano a una declaratoria di irricevibilità dell'istanza, senza esame nel merito, sanzionate attraverso le *fins de non-recevoir*, e le questioni che, invece, impedivano l'accoglimento nel merito dell'istanza (quello che poi sarà chiamato "*fond*"), sanzionate attraverso le *fins de non-valoir* o *exceptions péremptoires*. Questa classificazione si perfezionerà ulteriormente nel corso del XVII e del XVIII secolo.

*7. Il passaggio dall'ordo iudiciarius al processus. Il ruolo attribuito alla fin de non-recevoir alla luce delle nuove esigenze processuali perseguite dalle ordinanze regie*

Si è fin qui visto come, fino all'età moderna, anche in Francia fosse riconosciuto ai tribunali il potere di determinare l'*ordo iudiciarius* o le *Style de la Cour*, ossia i modi stessi del loro operare.

In seguito alla nascita dello Stato moderno, tuttavia, si verificò un mutamento profondo nella storia della procedura continentale (e francese, in particolare): conformemente al vincolo sempre più stretto che andava intrecciandosi tra giustizia e sovranità, i monarchi cominciarono a legiferare anche nella materia dell'*ordo iudiciarius*.

Il potere regio iniziò a servirsi anche di una nuova terminologia: i concetti di "*ordo iudiciarius*" e "*iudicium*" vennero sostituiti con quelli di "procedura" e "processo", i quali racchiudevano *in nuce* una nuova concezione del giudizio, d'ora in avanti inteso come fenomeno burocratico<sup>(49)</sup>. Come si ricorderà, nella filosofia della procedura medioevale, l'*ordo iudiciarius* aveva natura originaria ed era considerato manifestazione di una ragione pratica, pubblica e sociale: l'intervento di una volontà esterna, come quella del monarca, si sarebbe tradotto in un'azione

---

<sup>(49)</sup> Su questi aspetti, v. N. PICARDI, *Introduzione al Code Louis*, in *Code Louis, I, Ordonnance civile (1667)*, Milano, 1996, p. IX e ss.

odiosa e avrebbe rappresentato una *perversio ordinis*. Il nuovo corso, invece, segnava un netto mutamento di rotta perché faceva dipendere la regolamentazione del processo più dalle *leges* dei sovrani che dai principi di ordine naturale.

In Francia, questo cambiamento di realizzò gradatamente, attraverso una serie di passaggi intermedi: per esempio, nella seconda metà del XV secolo, iniziò la raccolta per iscritto delle *coutumes* regionali, operazione che rispondeva non solo a esigenze di certezza del diritto ma, anche, all'interesse della monarchia nell'esercitare un controllo su questo fronte <sup>(50)</sup>. Nondimeno, fu a partire dal XVI secolo che i monarchi cominciarono a legiferare direttamente sugli stili e gli usi giudiziari. In particolare, furono adottate in quel secolo una serie di modifiche procedurali con l'intento di contenere i costi e i tempi dei giudizi attraverso l'*Ordonnance de Villers-Cotterêts* del 1539, l'*Ordonnance d'Orleans* del 1560, l'*Ordonnance de Moulins* del 1566 e, infine, l'*Ordonnance de Blois* del 1579.

Peraltro, gli autori francesi non mancano di osservare come queste ordinanze non avessero la pretesa di formulare una normativa processuale organica e di come, oltretutto, i loro contenuti fossero sostanzialmente ripetitivi. L'esigenza di ritornare su precetti già noti, infatti, derivava dal persistere di abusi e, tra questi, figuravano quelli perpetrati da procuratori compiacenti, sempre più numerosi, al punto che si rese necessario regolamentarne la professione, fissando un numero massimo per gli iscritti <sup>(51)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Come si ricorderà, nel 1455 Carlo VII con l'*Ordonnance de Montils-les-Tours* aveva imposto l'obbligo per ogni distretto di procedere ufficiale redazione scritta di tutte le consuetudini locali, ma il risultato fu parziale poiché solo poche regioni vi provvedettero. Tra queste, figurano naturalmente i distretti dell'Angiò e del Maine, le cui raccolte di *coutumes* anteriori al XVI secolo hanno costituito un materiale importante per la conduzione delle nostre ricerche.

<sup>(51)</sup> Cfr. E. GLASSON, *Les sources de la procédure civile française*, cit., pp. 30-31.

Un dato d'interesse per il nostro tema d'indagine si rinviene nell'*Ordonnance de Blois*, promulgata da Enrico III nel 1579. Il riferimento è riportato in un'opera del 1755 di commento alle varie ordinanze di Luigi XIV a cura di Philippe Bornier <sup>(52)</sup>. L'autore, nel commentare l'art. 5 del titolo V dell'*Ordonnance civile* del 1667, afferma che il suo tenore letterale è conforme a quello dell'art. 154 dell'antecedente *Ordonnance de Blois*, che così disponeva: «*les Juges sont obligez de faire préalablement droit sur les fins de non-recevoir*» in quanto «*c'est le devoir d'un bon juge de finir le procès le plus tôt qu'il lui est possible [...]*» <sup>(53)</sup>.

Pertanto, sullo scorcio del XVII secolo, la *fin de non-recevoir* è apprezzata per il suo tipico effetto di mettere fine al giudizio, contenendo così le tempistiche processuali. Il fondamento dell'*ordo iudiciarius* come ordine isonomico comincia a vacillare: sia perché il sovrano si sta progressivamente appropriando dell'*ordo*, sia perché ci si sta orientando verso la burocratizzazione del processo. Infatti, con l'abbandono dell'idea del carattere extratestuale o originario della procedura, cominceranno ad avere un peso via via più consistente anche il momento organizzativo e il lato efficientistico del processo, aspetti che, nella concezione originaria dell'*ordo*, erano sempre rimasti in ombra. Nel breve passo dell'*Ordonnance de Blois* sulle *fins de non-recevoir* e sul relativo dovere per il giudice di esaminarle con precedenza, possiamo già scorgere *in nuce* le tendenze di questo nuovo corso.

8. *L'Ordonnance civile del 1667 (cd. Code Louis) e il sistema delle difese ivi delineato. La fin de non-recevoir ottiene riconoscimento normativo*

---

<sup>(52)</sup> Si tratta di P. BORNIER, *Conférences des Ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre*, Paris, 1755. Tra le ordinanze in commento, figura naturalmente anche la più celebre, ossia l'*Ordonnance civile* del 1667, poi passata alla storia come *Code Louis*, su cui v. subito *infra*, § 8.

<sup>(53)</sup> Cfr. P. BORNIER, *Conférences des Ordonnances de Louis XIV*, cit., p. 42.

È con il regno di Luigi XIV che si assiste al primo, organico tentativo di rivendicare, da parte del sovrano legislatore, il monopolio della normativa processuale. Ciò avvenne con la celebre *Ordonnance civile* del 1667, altresì nota come *Code Louis*, un *corpus* normativo che rappresenta l'archetipo di una lunga serie di codificazioni europee che giungono fino ai giorni nostri<sup>(54)</sup>.

L'*Ordonnance civile* del 1667 fu realizzata sotto la sapiente guida del ministro Jean-Baptiste Colbert, il quale era convinto che solo un'opera sistematica di riforma legislativa avrebbe potuto attribuire alla monarchia un controllo normativo effettivo, volto a contrastare la tendenza in uso presso le Corti di giustizia di interpretare discrezionalmente le leggi del regno. Significativamente, l'ultimo articolo dell'*Ordonnance civile* sanciva l'abrogazione di «*toutes ordonnances, coutumes, lois, statuts, différents ou contraires règlements, styles et usages différents ou contraires aux dispositions y contenues*»<sup>(55)</sup>, con ciò presumendo di aver dettato una disciplina autosufficiente, idonea a rompere con le fonti anteriori.

Esaminando più nel dettaglio i profili che coinvolgono il nostro tema d'indagine, l'*Ordonnance civile* di Luigi XIV innovava di poco la materia delle difese, riprendendo sostanzialmente l'impostazione del suo

---

<sup>(54)</sup> In argomento e, in particolare, sui principi ispiratori sottesi a tale *corpus* normativo v., per tutti, N. PICARDI, *Introduzione al Code Louis*, cit., p. IX e ss.; ID., *Il giudice e la legge nel Code Louis*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 33 e ss.; ID., *Il monopolio statale della giurisdizione e della procedura*, in N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., 103 e ss.; v., inoltre, A. MARTIN-LEBIGRE, *Juger dans la France moderne*, in R. JACOB (sous la direction de), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques euroéennes*, Paris, 1996, p. 155 e ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 320 e ss.

<sup>(55)</sup> Cfr. *Code Louis*, tome I, art. 42 del titolo XXXV dell'*Ordonnance civile*, in *Code Louis, I, Ordonnance civile (1667)*, Milano, 1996, p. 64.

tempo <sup>(56)</sup>. È nel titolo V, curiosamente rubricato “*Des congés et défauts*”, che si trova l’elenco dei diversi strumenti processuali dei quali ci si poteva avvalere nelle “*défenses*”, vale a dire nell’atto introduttivo scritto del convenuto.

«Art. 5. *Dans le défenses seront employées les fins de non-recevoir, nullité des exploits ou autres exceptions péremptoires, si aucunes y a, pour y être préalablement fait droit*» <sup>(57)</sup>.

Inoltre, l’art. 1 del titolo IX (“*Des exceptions dilatoires*”) così disponeva:

«Art. 1. *Celui qui aura plusieurs exceptions dilatoires sera tenu de les proposer par un même acte*» <sup>(58)</sup>.

Per quanto invece concerne le difese che, già in passato, venivano denominate *fins de non-procéder*, esse trovano disciplina in un omonimo titolo, il VI, dell’*Ordonnance*. Questa categoria, in sintesi, comprendeva: 1) le eccezioni di (difetto di) giurisdizione e regolava, per esempio, i rapporti tra giurisdizione laica e giurisdizione ecclesiastica; 2) le eccezioni di incompetenza (comprendenti anche le ipotesi di modifica della competenza per ragioni di connessione); 3) l’eccezione di litispendenza <sup>(59)</sup>.

Dalla lettura combinata di questi articoli, si evince che l’*Ordonnance civile* del 1667 aveva esplicitamente riconosciuto l’istituto della *fin de non-recevoir* e che, inoltre, aveva accolto un’impostazione

---

<sup>(56)</sup> V. infatti quanto già detto *retro*, sub § 7, a proposito dell’*Ordonnance de Blois*.

<sup>(57)</sup> Cfr. *Code Louis*, tome I, art. 5 del titolo V, in *Code Louis*, cit., p. 9. “*Nullité des exploits*” rimanda alle eccezioni di nullità degli atti processuali.

<sup>(58)</sup> *Op. cit.*, art. 1, titolo IX, p. 12.

<sup>(59)</sup> *Op. cit.*, artt. 1-8, titolo VI, p. 9.

tale per cui le eccezioni di rito <sup>(60)</sup> e le *fins de non-recevoir* dovevano essere proposte prima delle difese di merito, quelle che la dottrina comincerà ben presto a chiamare “*défenses au fond*”.

Qualche perplessità, tuttavia, investe la sorte riservata alle *exceptions péremptoires*, anch'esse incluse nella disciplina tratteggiata dall'art. 5 del titolo V dell'*Ordonnance*. Infatti, consultando i lavori preparatori dell'*Ordonnance* relativi al titolo V, si apprende che tale opzione normativa si fondava su un'impostazione condivisa tra i *conditores*, suggerita da manifestazioni di pensiero quali: «[...] *il est bon de faire droit préalablement, sur les exceptions péremptoires*» <sup>(61)</sup>, nonché: «[...] *il est du bien de la justice de juger toutes les exceptions péremptoires sans entrer dans le mérite du fond*» <sup>(62)</sup>.

Tutto ciò lascia intendere che i redattori dell'*Ordonnance civile* avevano, evidentemente, aderito ad un'altra impostazione in materia di eccezioni rispetto a quella fatta propria dai *coutumiers*.

Come si ricorderà <sup>(63)</sup>, nelle *coutumes d'Ancien droit* le *fins de non-recevoir* erano tratteggiatamente ritenute equiparabili alle eccezioni *dilatatorie solutionis*, impostazione che avevamo criticato in quanto l'effetto di queste ultime era unicamente quello di frapporre un ostacolo temporaneo alla domanda. Le prime, andavano sollevate *in limine litis*, mentre le *fins de non-recevoir* potevano essere sollevate anche in un momento successivo purché ci si premunisse di farlo prima di sollevare

---

<sup>(60)</sup> Utilizziamo qui l'espressione “eccezioni di rito” in senso lato, ricomprendendo tutte quelle questioni che, nel regime dell'*Ordonnance civile*, erano idonee ad incidere nell'*iter* ordinario della procedura, ossia le *exceptions dilatoires*, le eccezioni di nullità (“*nullité des exploits*”) e le *fins de non-procéder*.

<sup>(61)</sup> Cfr. *Procez verbal des conférences tenues par ordre du Roi pour l'examen des articles de l'Ordonnance civile du mois d'Avril, 1667 et de l'Ordonnance criminelle du mois d'Août, 1670*, Louvain, II éd., 1700, p. 35. L'opera, in quest'edizione, si può leggere anche in appendice a Code Louis, I, *Ordonnance civile (1667)*, Milano, 1996.

<sup>(62)</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>(63)</sup> V. quanto osservato *supra*, sub § 5.

le *exceptions péremptoires*, le quali, diversamente dalle eccezioni dilatorie, potevano essere sollevate senza alcuna limitazione temporale ma, una volta proposte, esaurivano la possibilità di avvalersi di ogni altra eccezione che fosse ad esse logicamente antecedente. Infatti, nella tradizionale dottrina canonistica delle *exceptiones*, le eccezioni perentorie («*quae causam et intentionem actoris perimat*») <sup>(64)</sup> si distinguevano dalle dilatorie da una parte perché potevano essere sollevate senza alcuna limitazione temporale, dall'altra perché, con l'importante eccezione dell'*exceptio rei iudicatae* <sup>(65)</sup>, miravano a contestare il merito della domanda.

9. *Ulteriori sviluppi ricostruttivi nella dottrina del XVII e XVIII secolo: la fin de non-recevoir tra exceptions péremptoires e défenses au fond*

Una chiarificazione sul nuovo modo di intendere le eccezioni perentorie giunge dall'esame della dottrina del tempo. Tra i commentatori dell'*Ordonnance civile*, infatti, vi era chi, nell'accostarsi alle *exceptions péremptoires*, chiariva preliminarmente che codeste si dividevano in

---

<sup>(64)</sup> La tradizionale definizione canonistica tiene conto dell'effetto demolitorio che le eccezioni perentorie producevano rispetto alla pretesa attorea, come avveniva nel caso delle *exceptiones doli, metus*, di transazione e di cosa giudicata.

<sup>(65)</sup> Questa osservazione riflette la natura odierna (e moderna) dell'eccezione di cosa giudicata come eccezione di rito in quanto, tra i presupposti processuali, vi è anche la mancanza di una precedente sentenza passata in giudicato sulla stessa *res in iudicium deducta*. Si tratta di un presupposto processuale di segno negativo: il presupposto processuale ricorre quando manca il precedente giudicato, privilegiando la ricostruzione processualistica dell'effetto del *ne bis in idem* rispetto al dovere decisorio del giudice di rendere una sentenza sul merito della lite. Viceversa, nella tradizione romanistica, la *res iudicata* era strettamente connessa con la *res de qua agitur* dopo che fosse stata giudicata come dovuta a o non dovuta, ossia nella espressione della concreta volontà del diritto (in questi termini, v. G. CHIOVENDA, *Sulla cosa giudicata*, originariamente in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1907, e oggi in G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. II, Milano, 1993, spec. p. 401), ma non mai si pensò di basarla sul ragionamento del giudice, né tantomeno si intravide che potesse svolgere un ruolo nei provvedimenti direttivi della lite.

due tipi: le eccezioni perentorie propriamente dette e le *défenses au fond* <sup>(66)</sup>.

Le *exceptions péremptoires* in senso stretto impedivano il perseguimento dell'azione senza esaminarne la fondatezza; rientravano in questa categoria le eccezioni fondate sulla nullità dell'atto introduttivo (“*nullité de l'exploit*”), oppure sui casi di *fins de non-recevoir*, di cui l'autore offre un'esemplificazione. A tal riguardo, sono richiamate le ipotesi di difetto di legittimazione ad agire, di *péremption d'instance* <sup>(67)</sup> e di prescrizione <sup>(68)</sup>. Le *défenses au fond*, invece, erano tutti quei rimedi difensivi di cui il convenuto poteva servirsi per contrastare il merito della domanda (“*fond*”), sia perché l'attore non aveva allegato il titolo della propria pretesa (“*est sans titre*”), sia perché l'obbligazione su cui la pretesa si fondava era nulla <sup>(69)</sup>.

Il concetto di “*défenses au fond*”, che pure non appariva nel testo dell'*Ordonnance civile*, verrà ulteriormente chiarito da alcuni proceduristi, tra i quali va ricordato almeno J. R. Pothier, nel corso del XVIII secolo. Si apprende così che, in un senso tecnicamente più specifico, le *défenses* erano strumenti difensivi che attaccavano il merito della domanda, mirando a sostenerne l'infondatezza <sup>(70)</sup>. In queste trattazioni, inoltre, viene meglio affrontato il concetto di eccezione perentoria, suddiviso in due sottospecie. Da una parte, le eccezioni perentorie che attenevano alla

---

<sup>(66)</sup> Letteralmente, difese di merito. Tuttavia, onde apprezzare le sfumature di significato, è parso più opportuno mantenere la dicitura francese di “*défenses au fond*”, tanto più in questo contesto dove si sta esaminando, passo dopo passo, l'*iter* che ha condotto alla nascita di un nuovo istituto.

<sup>(67)</sup> In mancanza di esatta corrispondenza italiana, l'istituto è volutamente riportato nella dicitura francese. È tuttavia possibile affermare — anche alla luce del dettato normativo dell'art. 122 del *Nouveau code de procédure civile* francese che regola oggi le *fins de non-recevoir* — che, con buona approssimazione, si tratti dell'antica nozione di decadenza (“*délai préfix*”, secondo l'odierna disposizione dell'art. 122 *NCPC*).

<sup>(68)</sup> M. JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance du mois d'Avril 1667*, Paris, 1757, p. 56.

<sup>(69)</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>(70)</sup> Cfr. R. J. POTHIER, *Traité de la procédure civile*, Paris, 1778, p. 30.

forma <sup>(71)</sup>, dall'altra le eccezioni perentorie che attenevano al diritto, che altro non erano se non le *fins de non-recevoir*.

Riferisce per esempio Pothier che, per il tramite delle *fins de non-recevoir*, il convenuto, senza entrare nel merito della pretesa, oppone all'attore di non avere neppure il diritto di formulare tale pretesa, la quale, dunque, non potrà essere considerata ricevibile. L'autore condivide la scelta operata dal legislatore regio nell'art. 5, tit. V dell'*Ordonnance* e l'ordine logico ivi stabilito per sollevare le varie difese, ma egli osserva altresì che le *fins de non-recevoir* potrebbero essere opposte anche successivamente alla contestazione sul merito della pretesa e financo alla pronuncia della sentenza definitiva <sup>(72)</sup>. E ciò trae giustificazione nel fatto che questo tipo di difesa mira a demolire (“*détruire*”) la domanda, il che equivale a dire che chi agisce è sprovvisto (del diritto) di azione <sup>(73)</sup>. Questa impostazione teorica ben potrebbe, secondo Pothier, essere traddotta anche in pratica: fermo restando il dovere per il convenuto di sollevare le questioni a pena di irricevibilità prima delle contestazioni sul merito della pretesa, se costui, magari venutone a conoscenza in un secondo tempo, non provvedesse comunque a proporle come difesa principale a partire da quel momento, perderebbe il diritto di ottenere la ripetizione delle spese sopportate per dar seguito alla trattazione e istruzione del merito nel quale ci si sia inutilmente addentrati <sup>(74)</sup>.

L'analisi della dottrina del XVIII secolo ci dimostra come, presso

---

<sup>(71)</sup> Scrive R. J. POTHIER, *op. ult. cit.*, p. 31 che «[...] ces exceptions sont celles qui tendent à faire renvoyer le défendeur de la demande contre lui donnée, à cause des quelques nullités qui se trouvent dans la forme de l'exploit de demande». Se ne deduce, pertanto, che le eccezioni perentorie di forma si avvicinavano di molto alle “*nullité des exploits*”, anch'essa incluse nell'art. 5, tit. V dell'*Ordonnance*.

<sup>(72)</sup> Il riferimento alla sentenza definitiva trova giustificazione nel fatto che i cd. incidenti d'istruzione venivano risolti nel corso del procedimento attraverso la pronuncia di sentenze interlocutorie.

<sup>(73)</sup> Così R. J. POTHIER, *op. ult. cit.*, pp. 33-35.

<sup>(74)</sup> *Ibid.*, p. 34.

i commentatori dell'*Ordonnance*, fosse ben chiara la distinzione tra la ricevibilità e il fondamento della domanda, ciò a cui certi autori facevano riferimento alludendo al carattere “*juste ou non*” oppure “*fondée ou pas fondée*” della pretesa.

Per quanto poi concerne la riconduzione delle *fins de non-recevoir* alle cd. *exceptions péremptoires de fond* (contrapposte alle *exceptions péremptoires de forme*, le quali, in buona sostanza, sanzionavano le ipotesi di nullità degli atti), ciò venne probabilmente influenzato dall'etimologia latina del verbo *perimere*, distruggere, il che traspare con una certa evidenza quando, nel descrivere la *fin de non-recevoir*, i *praticiens* affermavano trattarsi di uno strumento difensivo che, pur senza negare direttamente la pretesa dell'attore, mirava comunque a distruggerla. O, anche, ciò potrebbe essere stato ispirato da un parallelismo, quasi una suggestione evocativa, tra il concetto di perentorietà e di irricevibilità, come forse questo passo lascia sottintendere: «*L'exception était perpétuelle et péremptoire, a-t-on même écrit, lorsqu'on pouvait l'opposer au demandeur à quelque moment qu'il s'agit et qu'elle lui fermait absolument la bouche.*»<sup>(75)</sup>.

In conclusione, è possibile affermare che, in Francia, furono già poste all'epoca dell'*Ordonnance* del 1667 le premesse per ragionare attorno a quella che sarà poi denominata la struttura logica del processo; l'ordine logico delle difese, infatti, non è indifferente: l'esame della *fin de non-recevoir* si presenta prima del merito e il suo accoglimento comporta la chiusura della lite, a vantaggio del convenuto.

---

<sup>(75)</sup> Il passo è riportato nell'opera di E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, t. I, Paris, 1898, n° 449. Qui l'autore fa riferimento alla tradizione dottrinale a lui antecedente, che operava quando ancora era in vigore l'*Ordonnance* del 1667.

*10. Il Code de procédure civile del 1806 e la transizione verso un sistema bipartito delle difese: la fin de non-recevoir perde il riconoscimento normativo*

In considerazione dell'esplicito riconoscimento che l'*Ordonnance civile* del 1667 aveva riservato alla *fin de non-recevoir*, come pure dell'interesse manifestato dalla dottrina dell'epoca per questa categoria di questioni, ci si sarebbe potuti legittimamente attendere di trovarne traccia anche in quel fondamentale *corpus* normativo che, superata l'esperienza rivoluzionaria <sup>(76)</sup>, si sostituì all'*Ordonnance civile*. Dotato, com'è stato efficacemente detto, di «un cuore antico» <sup>(77)</sup>, l'*Ancien Code de procédure civile* fu promulgato a più riprese nel corso del 1806, per poi entrare formalmente in vigore il 1° gennaio del 1807.

A dispetto di quanto anticipato, è d'interesse notare che, con riguardo agli strumenti difensivi, il progetto originario dell'*Ancien Code de procédure civile* era fortemente influenzato dall'*Ordonnance*: all'interno del titolo IX dedicato alle eccezioni, vi era infatti un paragrafo, il quinto, esplicitamente intitolato alle *fins de non-recevoir*. I tre articoli di cui si componeva il paragrafo, così disponevano:

«Art. 185. *Le défendeur qui soutiendra le demandeur non-recevable en sa demande, sera tenu de proposer cette exception,*

---

<sup>(76)</sup> Sull'esperienza processuale sperimentata in Francia in epoca rivoluzionaria, v. J.- L. HALPÉRIN, *Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire*, in R. JACOB (sous la direction de), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques euroéennes*, Paris, 1996, p. 233 e ss., nonché A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., p. 437 e ss.

<sup>(77)</sup> L'espressione fa riferimento al ruolo rivestito dall'*Ordonnance* del 1667 la quale, in effetti, costituì il parametro fondamentale per costruire, secondo l'opinione unanime, l'ossatura del nuovo codice di procedura. Su questi aspetti, v., per tutti, U. PETRONIO, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul Codice di procedura civile del 1806*, in *I codici napoleonici* (vol. I): Codice di procedura civile (1806), Milano, 2000, p. VII e ss.

*préalablement à toutes défenses au fond»* <sup>(78)</sup>.

«Art. 186. *Les exceptions autres que celles à fin de renvoi, seront proposées conjointement et avant toutes défenses au fond»* <sup>(79)</sup>.

«Art. 187. *Néanmoins l'héritier, la veuve, et la femme divorcée ou séparée, pourront ne proposer leurs exceptions qu'après l'échéance des délais pour faire inventaire et délibérer»* <sup>(80)</sup>.

Ciò malgrado, in sede di discussione, la commissione legislativa decise di non approvare interamente il trittico di articoli, esprimendo le maggiori riserve proprio sull'utilizzo normativo del termine "*fin de non-recevoir*", reputato troppo evanescente e di difficile comprensione. Di conseguenza, fu ritenuto inopportuno sia dedicarvi un articolo, ossia il 185 del progetto, sia utilizzare quel termine per intitolare il quinto paragrafo.

A questo risultato si pervenne perché i *conditores* del *Code de procédure civile* del 1806, avendo ben in mente il contenuto dell'art. 5 del titolo V dell'*Ordonnance* <sup>(81)</sup>, osservarono che l'ordine logico tra le difese descritto in quel precedente *corpus normativo* non era imposto a pena di nullità e che, d'altra parte, riuscire a prevedere una simile sanzione sarebbe stato, a ben vedere, impossibile. E ciò in quanto, in assenza di un criterio ordinatore davvero sistematico, sarebbe stato assai difficile riuscire a determinare con precisione matematica tutte le ipotesi che avrebbero potuto dare origine alle questioni in grado di pregiudicare (la

---

<sup>(78)</sup> Cfr. J.-G. LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure civile, ou Conférence du Code de procédure avec les discussions du Conseil, les observations du Tribunal, les exposés de motifs, les discours des orateurs du Tribunal*, tome I, Paris, 1816, p. 367.

<sup>(79)</sup> *Ibid.*, p. 367.

<sup>(80)</sup> *Ibid.*, p. 367.

<sup>(81)</sup> V. in proposito quanto osservato *supra*, *sub* § 8.

discussione su) il merito della pretesa (“*fond*”) <sup>(82)</sup>.

Inoltre, a giudizio della commissione, il tenore letterale dell’art. 185 del progetto appariva assai più vago rispetto all’art. 5 del titolo V

---

<sup>(82)</sup> Questo il passaggio nella sua formulazione originale: «[...] *On avoit senti avec raison qu’il étoit impossible de déterminer avec précision mathématique tous les cas qui pouvoient donner lieu à des exceptions, et préjudicier au fond.*», cfr. J.- G. LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure civile*, cit., p. 367. “*Exceptions*” è qui usato in contrapposizione al concetto di “*défenses au fond*” che, come si è già avuto modo di osservare, corrispondevano alle difese che, attaccando direttamente il merito della domanda, negavano la pretesa o ne sostenevano l’infondatezza. Peraltro, l’utilizzo dell’espressione “*précision mathématique*” non è casuale: è noto infatti che alla base dell’opera di codificazione napoleonica vi fu l’influenza esercitata dall’ideologia di Jean Domat, trasfusa nella sua più celebre opera “*Les Loix civiles dans leur ordre naturel*”, apparsa per la prima volta anonima, a Parigi, in tre volumi dal 1689 al 1694 e seguita poi dalla seconda parte, “*Le Droit Public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*”, sempre a Parigi, nel 1697. Il motivo ispiratore delle *Loix civiles*, infatti, era quello di mettere ordine nel diritto vigente, rimediando in questo modo al disordine che Jean Domat, in qualità di magistrato, sperimentava quotidianamente come caratteristica insita di quel diritto che egli era chiamato ad applicare. Si trattava, invero, di una spinta ideologica affatto singolare sul finire del Seicento: Domat, da uomo del suo tempo, rappresenta un tipico esponente del razionalismo logico-deduttivo che, declinato nell’esperienza giuridica, si traduceva appunto nell’esigenza di messa in ordine razionale di tutto il diritto vigente (in argomento, v. G. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle «Loix civiles» di Jean Domat*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, II, 1972, p. 125 e ss.). Per quanto in questa sede interessa, si può ben cogliere l’eco di tale esperienza culturale — seppure in un contesto storico ed economico ormai molto differente — anche nelle *Observations préliminaires* sul progetto di codice di procedura civile redatto dalla commissione, laddove si afferma che «*il faut que l’utilité de ces formes soit tellement évidente qu’elle ne puisse être méconnue de personne, et que cette évidence devienne elle-même le premier garant de leur exécution*»; oppure dove si sottolinea come i *conditores* si siano preoccupati di «*classer les matières dans leur ordre naturel, et de manière que les idées se liassent avec plus de netteté et de facilité [...]*» (i passi qui riportati, estratti da un intervento del commissario Treilhard, sono citati con i relativi riferimenti bibliografici nell’introduzione di U. PETRONIO, *Il futuro ha un cuore antico*, cit., in Codice di procedura civile (1806), Milano, 2000, p. XXXVI; per ulteriori indicazioni su J. Domat, con specifico riferimento alle fondamenta ideologiche dell’opera di codificazione napoleonica, v. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine*, Torino, 2000, p. 128 e ss.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, cit., spec. pp. 341-342; con particolare riguardo all’atmosfera culturale e giusfilosofica di ispirazione cartesiana e giansenista nella Francia dei tempi antecedenti le codificazioni napoleoniche, contesto che nel quale germinò anche l’opera di J. Domat, v. M. MARINELLI, *La clausola generale dell’art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, spec. p. 22 e ss.

dell'*Ordonnance*, e ciò avrebbe comportato insidie ancora maggiori: in particolare, ci si chiedeva quale fosse il significato da attribuire all'*incipit* dell'articolo, dove si faceva riferimento al concetto di «*non-recevable*» in relazione alla domanda proposta dall'attore.

A questo punto traspare con evidenza l'*impasse*, determinata in primo luogo dall'assenza di una teoria sistematica sulle *fins de non-recevoir*, una mancanza che certamente risentiva dell'esperienza procedurale dei *praticiens* — la cui tradizione era ancora presente — trattandosi di un'esperienza caratterizzata dall'eccessivo empirismo che connotava le definizioni, oltre che da un loro utilizzo mutevole.

Questa situazione rifletteva in fondo la concezione non del tutto positiva (“*formes et chicanes*”) che si aveva del processo e la delicatezza che connotava questa materia: la procedura rappresentava “*la forme*” ed era anch'essa necessaria tanto quanto “*le fond*” perché da degli errori di procedura poteva senz'altro derivare il rigetto della domanda, proprio come metteva in luce un adagio allora in voga, «*la forme emporte le fond*»<sup>(83)</sup>. Con un paragone proprio dell'esperienza dell'Illuminismo e della cultura dell'*Encyclopédie* traguardi umani che certamente influenzarono l'opera dei *conditores*<sup>(84)</sup>, le forme procedurali occupavano, nell'applicazione della scienza del diritto, il ruolo che occupavano in matematica le formule, destinate a far trovare più facilmente la soluzione dei problemi, e solo in questo caso avevano un senso.

Per tentare di sgomberare il campo dall'incertezza, i *conditores* dell'*Ancien Code* si chiesero se non spettasse alla dottrina definire la *fin de non-recevoir* o se non fosse invece necessario distinguere, *ex iure positivo*, le *fins de non-recevoir*, le *fins de non-procéder* o le *fins de non-*

---

<sup>(83)</sup> U. PETRONIO, *op. cit.*, p. XXII.

<sup>(84)</sup> Lo rammenta anche V. DENTI, *La giustizia civile*, II ed., Bologna, 2004, p. 20.

*valoir* <sup>(85)</sup>. La seconda opzione non fu assecondata e, di fronte alle difficoltà terminologiche, ci si accontentò di sopprimere l'art. 185 del progetto. Il legislatore del 1806, preferì dunque lasciare agli orientamenti della dottrina e alle decisioni della giurisprudenza il compito di precisare il significato e la portata della *fin de non-recevoir*. In questo modo, l'*Ancien Code de procédure civile* aderì, almeno formalmente, ad un sistema bipartito degli strumenti difensivi, basato semplicemente sulle *exceptions de procédure* e sulle *défenses au fond*.

La distinzione così operata aveva effetti ben rilevanti perché le *exceptions* erano assoggettate ad un regime restrittivo e dovevano, in linea di principio, essere presentate congiuntamente e *in limine litis*, mentre le *défenses au fond* potevano essere presentate in qualsiasi momento della controversia.

Ignorata dal legislatore del 1806, ma ben viva nella pratica, la *fin de non-recevoir* continuò ad essere incessantemente sollevata davanti alle corti e ai tribunali di Francia. Dell'importante ruolo pratico svolto da questo istituto ancor prima che trovasse il suo riconoscimento ufficiale nel *Nouveau Code de procédure civile*, si è detto e scritto molto in relazione ad una legge speciale del 1912: quella che introdusse nell'ordinamento francese la possibilità di esperire l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità. Di questi aspetti, ci occuperemo nel corso del terzo capitolo.

---

<sup>(85)</sup> J.- G. LOCRÉ, *op. cit.*, p. 367.



## CAPITOLO TERZO

### LA MESSA IN OPERA DI ALCUNE *FINS DE NON-RECEVOIR*: SVILUPPI IN TEMA DI COSA GIUDICATA E RICERCA DI UN EQUILIBRIO TRA “*FOND*” E “*PROCÉDURE*”

Dopo aver indagato le origini, lo sviluppo diacronico e il successivo consolidamento della *fin de non-recevoir* attraverso la disciplina che il *Nouveau Code de procédure civile* riserva oggi a questo istituto agli artt. 122-126, nel corso di questo terzo e ultimo capitolo vorremmo soffermarci sulla messa in opera di alcune *fins de non-recevoir* <sup>(1)</sup>, sugli effetti della irricevibilità e sui motivi che hanno spinto il legislatore a servirsi largamente di questa sanzione in certe peculiari materie.

Una prima parte della trattazione sarà dedicata alla *fin de non-recevoir* che poggia sulla cd. *autorité de la chose jugée* che, come si ricorderà, è una delle ipotesi contemplate dall'art. 122 *NCPC*. Nell'ordinamento processuale francese, l'autorità della cosa giudicata è un effetto tradizionalmente riconosciuto alla sentenza nel momento stesso della sua pronuncia, ma che potrebbe essere rimesso in discussione con l'esercizio dei mezzi di impugnazione, sia ordinari che straordinari <sup>(2)</sup>. Vedremo che non è scevro di significato il fatto di aver collegato l'effetto tipico della *fin de non-recevoir*, ossia la declaratoria di irricevibilità, all'*autorité de la chose jugée* — dunque ad un attributo di carattere

---

<sup>(1)</sup> In particolare, si è preferito lasciare da parte le ipotesi classiche di *fins de non-recevoir*, quelle che Motulski aveva definito le «*conditions d'ouverture de l'action*» (v. H. MOTULSKY, *Note sous Cass.*, 6 juin 1962, in *Sem. Jur.*, 1963, II, 13.191), ossia l'*intérêt* e la *qualité pour agir*, per esaminare delle altre fattispecie, meno note, che ci consentiranno di approfondire alcuni tratti della *fin de non-recevoir* che caratterizzano queste particolari questioni.

<sup>(2)</sup> L'art. 480 del *NCPC* stabilisce, infatti, che «*le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononce, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche*».

provvisorio della sentenza — anziché alla *force de chose jugée* o alla sentenza divenuta irrevocabile <sup>(3)</sup>.

Nella seconda parte del capitolo, si esamineranno i rapporti tra *fond* e *procédure* attraverso ciò che in Francia suole definirsi «*processualisation d'une question de fond*», operazione che consiste nel classificare tra le questioni processuali una questione di merito, conferendo a quest'ultima un regime i cui effetti si esplicano direttamente sul piano del processo, anziché rispetto al diritto sostanziale dedotto. In tutti i casi considerati nella seconda sezione di questo capitolo <sup>(4)</sup>, infatti, una certa questione di merito è stata elevata a *fin de non-recevoir*. In seconda battuta, l'indagine condotta sulle azioni di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità si è dimostrata particolarmente interessante perché ben evidenzia come la *fin de non-recevoir* sia stata utilizzata non di rado anche come strumento di politica legislativa per realizzare scopi assai eterogenei. L'unitarietà della *fin de non-recevoir* si ritrova, allora, grazie soprattutto al suo regime processuale, confermando così, ancora una volta, che si tratta di una nozione più funzionale che concettuale. Invero, questa scelta di politica processuale non contrasta con la definizione dell'istituto espressa dal combinato disposto degli artt. 30 e 122 *NCPC*

---

<sup>(3)</sup> Nel processo civile francese, mentre l'*autorité de la chose jugée* è ricollegata alla mera pronuncia della sentenza, il fenomeno dell'esaurimento dei mezzi di impugnazione ordinari viene identificato con il concetto di forza di cosa giudicata (*force de chose jugée*); dispone infatti l'art. 500 *NCPC* che «*a force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution*», ossia un mezzo ordinario di impugnazione. Si considera invece irrevocabile la sentenza che non è più soggetta ai mezzi di impugnazione straordinari (v. L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 614, secondo cui la qualificazione di *jugement ir-révocable* è «*réservée au jugement insusceptibles de recours*»; nonché S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29<sup>e</sup> éd., Paris, 2008, sub § 226).

<sup>(4)</sup> Si tratta della prescrizione estintiva, delle *fins de non recevoir* nell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e della *fin de non-recevoir* di *accouchement sous X* rispetto al diritto della madre di restare anonima nell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità.

(<sup>5</sup>), in quanto si tratta di una definizione prima di tutto funzionale che trova solo una conferma esemplificativa nelle cinque ipotesi, tra loro così diverse (<sup>6</sup>), richiamate: la *fin de non-recevoir* rappresenta, prima di tutto, un ostacolo rispetto alla possibilità di essere ascoltati nel merito della pretesa, sebbene ciò possa avvenire con estensioni diverse. Si vedrà, infatti, che la *ratio* dell'istituto è ugualmente rispettata quando, sostanziosamente la stessa *fin de non-recevoir* in una questione di merito, impedisce solamente che il contraddittorio si dipani su di una parte di quest'ultimo, ossia su «*certaines éléments de fond*» sui quali non si è ancora statuito (<sup>7</sup>).

---

(<sup>5</sup>) Sul punto, rimandiamo al cap. I, spec. *sub* § 1 e 2.

(<sup>6</sup>) Utilizzando le categorie del diritto processuale italiano si annoverano: due condizioni dell'azione, un presupposto processuale e due istituti di diritto sostanziale, di cui uno — la prescrizione — costituisce una eccezione preliminare di merito. Inoltre, nell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità, vedremo che le *fins de non-recevoir* si estendono anche ad istituti propri dell'istruzione probatoria.

(<sup>7</sup>) Occorre inoltre precisare che non è indispensabile che la *fin de non-recevoir* sia sollevata *in limine litis*: ciò equivarrebbe confondere la funzione processuale della *fin de non-recevoir* con il suo regime processuale; l'impedimento per il giudice è prima di tutto di natura logica e riguarda il dipanarsi del suo ragionamento. Invero, l'effetto della *fin de non-recevoir* è, in ultima istanza, di impedire che il giudice decida sul merito della domanda, ma non necessariamente che il giudice esamini questo merito. Ciò è attestato dal fatto che l'ordinamento processuale francese ha adottato un regime molto liberale per la *fin de non-recevoir* prevedendo, ai sensi dell'art. 123 *NCPC*, che essa sia proponibile in qualsiasi momento della causa, salva la possibilità per il giudice di condannare al risarcimento del danno la parte che si sia astenuta dal farlo con intento dilatorio. Si tratta, invero, di una precisazione nient'affatto ridondante: come si ricorderà, durante la vigenza dell'*Ancien Code de procédure civile*, il legislatore, con la riforma del 1935, aveva cercato di estendere alla *fin de non-recevoir* — che pure non era ancora stata definita *ex iure positivo*, ma era tutt'altro che un rimedio sconosciuto dato che la si utilizzava costantemente nella prassi — un regime processuale particolarmente rigoroso, modellato su quello delle *exceptions de procédure*. Su questi aspetti, v. *supra*, cap. 1, *sub* § 5.

SEZIONE PRIMA

LA FIN DE NON-RECEVOIR DI AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE

1. *L' autorité de la chose jugée come presunzione iuris et de jure: origini di un fraintendimento*

La cosa giudicata rientra in quei grandi temi che, da sempre, suscitano l'interesse e la fascinazione dei giuristi. Ai fini della nostra ricerca, potremo esaminarne unicamente un profilo circoscritto ma che, tuttavia, ci consentirà di prendere in considerazione anche qualche altro argomento collaterale, com'è tipico di tutti i temi complessi. In Francia, la cd. *autorité de la chose jugée* (autorità della cosa giudicata) costituisce, infatti, una *fin de non-recevoir* che poggia sull'omonima eccezione (*exception de chose jugée*). Prima di esaminare nello specifico la disciplina di questa questione di ricevibilità, converrà inquadrarla brevemente nel suo contesto più ampio.

Nell'ordinamento francese, ogni riflessione attorno alla cosa giudicata è sempre andata di pari passo con il tema dell'autorità della stessa, trattandosi di un effetto che connota la sentenza sin dalla sua pronuncia. Tradizionalmente, l'autorità di cosa giudicata era concepita secondo l'adagio ulpiano «*res iudicata pro veritate accipitur*», ossia come una presunzione di verità attraverso la quale si pretendeva di restituire alla cosa giudicata quella vocazione all'autorità, da cui poi si affermava derivassero tutti gli effetti tipici del giudicato e, in particolare, per ciò che più contava all'atto pratico, la possibilità di avvalersene per agire *in executivis*.

Ciò trovava conferma anche dal punto di vista sistematico: il *Code civil*, infatti, collocava l'istituto nella sezione relativa alla prove in

materia di obbligazioni <sup>(8)</sup>. Si presumeva, così, che la cosa giudicata corrispondesse alla verità e, allo stesso modo di una presunzione *iuris et de iure*, non era ammessa la prova contraria rispetto a quanto statuito dal giudicato. Tuttavia, come rilevato anche da Daniel Tomasin, autore contraddistintosi in Francia per aver dedicato alla cosa giudicata una monografia dall'impostazione più moderna <sup>(9)</sup>, la portata storica di tale concezione, così come la sua portata logica, si espongono a critiche.

Dal punto di vista storico, la massima ulpiana «*res iudicata pro veritate accipitur*» è il frutto di un errore interpretativo. Sebbene il giurconsulto romano evocasse il concetto di *veritas* ponendolo in stretto collegamento con la *res iudicata*, è tecnicamente scorretto attribuire al suo aforisma un significato generale poiché l'intento della massima era solamente quello di operare un'equiparazione tra uomini liberi e schiavi affrancati al fine esclusivo di applicare una legge del tempo che dettava disposizioni in materia matrimoniale <sup>(10)</sup>.

I Glossatori furono i primi a servirsi dell'adagio per trarne una regola generale di ordine probatorio e sebbene altrove, e segnatamente in Germania, tale impostazione venne via via abbandonata col decorso del tempo e con la diffusione di nuove dottrine, in Francia, Jean Domat aderì con decisione alla spiegazione del giudicato in termini di presunzione *iu-*

---

<sup>(8)</sup> Cfr. C.-B.-M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Bruxelles, 1824, p. 63 e ss.; M. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le code français*, VII, Bruxelles, 1841, p. 418; M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, t. XIII, Paris, 1828, p.13 e ss. (v. *Présomption*, § 22).

<sup>(9)</sup> V. D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de chose jugée en matière civile*, Paris, 1975, *passim*, ma spec. § 324 e ss.

<sup>(10)</sup> Cfr. G. PUGLIESE, *Res iudicata pro veritate accipitur*, in AA. VV., *Studi in onore di Eduardo Volterra*, V, Milano, 1971, p. 783 e ss., dove in particolare si rammenta che la regola fu formulata da Ulpiano con riferimento a uno specifico tipo di sentenza, ossia quella pronunciata dai consoli circa l'accertamento dello status di *ingenuus* ai fini dell'applicazione delle leggi *Iulia* e *Papia Poppaea nuptialis*: si doveva considerare nato libero non solo il nato da madre libera, ma anche colui che era stato dichiarato tale da una sentenza, poiché quanto disposto dalla sentenza è assunto in luogo della *veritas*.

*ris et de iure* e, sulla scia di Domat, si pose successivamente anche il Pothier. Di autore in autore, questa ricostruzione raggiunse la sua fase di più alto lustro grazie al *Code civil* napoleonico, dove confluì nel 1806.

Se questi aspetti — i quali evidenziano nella presunzione di verità il frutto di un'errata interpretazione tralatiziamente tramandata — sono quelli controversi dal punto di vista storico, non mancano contraddizioni anche sotto il profilo logico; a tal riguardo, la dottrina francese ha sottolineato che il ricorso alla presunzione di verità allora predominante, supplisse all'assenza di una distinzione chiara tra l'autorità positiva e l'autorità negativa della cosa giudicata.

## 2. *I due effetti (positivo e negativo) riconosciuti all'autorité de la chose jugée*

Attualmente, alla luce di una più moderna impostazione, è opinione condivisa anche nella dottrina francese che la cd. *autorité de chose jugée* espliciti due effetti: uno positivo e uno negativo. Per quanto concerne l'aspetto positivo, l'autorità della cosa giudicata offre la possibilità in capo alla parte vittoriosa di profittare del giudicato favorevole che accerta o dichiara una situazione giuridica a suo vantaggio non solo per promuovere l'esecuzione forzata ma anche perché — si dice — la pronuncia dispone della forza probatoria dell'atto pubblico, come precisato dall'art. 457 del *Code de procédure civile* <sup>(11)</sup>. Agli effetti pratici, la dottrina francese sottolinea che, sulla base di tale efficacia probatoria, il primo giudicato potrebbe essere posto a fondamento per l'esercizio di nuove pretese, anche se la più parte degli autori si dimostra alquanto evasiva nel trattare questo profilo, fornendo al più degli esempi in materia di *status*, e soffermandosi più agevolmente sull'effetto negativo del giudicato. Non risulta insomma che in Francia sia particolarmente sviluppata la

---

<sup>(11)</sup> Art. 457 *NCPC*: «*Le jugement a la force probante d'un acte authentique, sous réserve des dispositions de l'article 459*».

riflessione intorno al cd. effetto conformativo del giudicato.

3. *La fin de non-recevoir si ricollega più propriamente all'effetto negativo del giudicato.*

Per quanto concerne l'aspetto negativo della cosa giudicata, esso mira ad impedire che la stessa controversia su cui si sia già deciso con valore di giudicato sia portata nuovamente alla cognizione del giudice, aspetto che, anche nell'ordinamento francese, è strettamente connesso con il problema dell'identificazione delle azioni, dovendosi anzitutto chiarire quando si sia in presenza di identiche controversie. Solo in questo caso, infatti, sarà possibile opporre l'*exception de chose jugée* che, se accolta, comporterà la declaratoria di irricevibilità della pretesa senza che il giudice ne decida il merito: solamente una nuova domanda che si svolga tra le stesse parti, che abbia lo stesso oggetto e la stessa causa <sup>(12)</sup> di

---

<sup>(12)</sup> È interessante constatare che da circa una decina d'anni la giurisprudenza francese ha aderito ad una concezione più ampia del concetto di causa, passando da una visione puramente giuridica, ad una più fattuale. Questo è il senso ultimo espresso dal celebre *arrêt* noto in Francia come *Cesareo* del 7 luglio 2006 (Cass. ass. plén., 7 juillet 2006), il quale si è pronunciato sul fondamento dell'art. 1351 del *Code civil*, aderendo ad una concezione estensiva dello stesso. Alla luce di tale impostazione, infatti, non è più concesso invocare un titolo giuridicamente diverso, ma fondato sui medesimi fatti, a sostegno della medesima pretesa affinché questa, in un secondo processo, sia dichiarata ricevibile poiché l'autorità del primo giudicato osta in tal senso. In pratica, la *fin de non-recevoir* relativa all'*autorité de chose jugée* è commisurata su quanto, nel corso del primo processo, sia stato (più o meno) domandato, anziché giudicato. Sembra insomma che, attraverso questa pronuncia considerata dagli autori di portata dirompente (sul punto v., *ex multis*, C. CHAINAIS, *L'autorité de la chose jugée en droit comparé*, in *Revue de l'arbitrage*, 2016, spec. p. 28 e ss.), in Francia sia stato introdotto in via pretoria il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile (si tratta del cd. principio «*de concentration des moyens*», secondo cui «*il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci*»; la causa della domanda coincide dunque con l'insieme dei fatti esistenti al momento di presentazione della domanda, indipendentemente dalla qualificazione giuridica datane; se si omette di qualificarli in un certo modo nel corso del primo giudizio (dall'esito sfavorevole per l'attore) e si provvede a farlo in un

quella già precedentemente decisa con una sentenza sorretta dall'autorità di cosa giudicata, sarà considerata irricevibile, come si evince dal combinato disposto degli artt. 121 del *Code de procédure civile* e dall'art. 1351 del *Code civil* <sup>(13)</sup>.

4. *La fin de non-recevoir di autorità de la chose jugée non può essere rilevata d'ufficio perché tutela un interesse di natura privatistica*

Tuttavia, malgrado la sussistenza della triplice identità tra parti, oggetto e causa della controversia, per lungo tempo la giurisprudenza francese ha ritenuto che l'irricevibilità derivante dalla cosa giudicata non potesse essere rilevata dal giudice d'ufficio e ciò perché si riteneva che questa *fin de non-recevoir* fosse posta a presidio di un interesse squisitamente privato.

Infatti, l'originaria formulazione dell'art. 125 del *Code de procédure civile* prevedeva l'obbligo per il giudice di rilevare d'ufficio solamente quelle *fins de non-recevoir* portatrici di un interesse pubblico, situazione che si verificava tipicamente in caso di decadenza dal potere di impugnare attraverso il rilievo della *fin de non-recevoir* di «*délai préfix*», che sanziona, appunto, le fattispecie processuali previste a pena di decadenza. Questo profilo, invero, era specificato testualmente dal primo

---

secondo, quella azione sarà giudicata irricevibile perché coperta dal primo giudicato, senza che l'attore possa contestare l'identità delle due azioni adducendo che la seconda si basa su un motivo giuridico differente.

<sup>(13)</sup> In origine, la definizione dell'*autorité della chose jugée* era infatti contenuta nell'art. 1351 del *Code civil*, una disposizione considerata "classica" in ragione dell'importanza dell'istituto ivi disciplinato: «*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*». Tuttavia, a far data dal 1 ottobre 2016, in seguito all'ord. n. 2016-131 du 10 févr. 2016, art. 9, la disposizione di riferimento è adesso l'art. 1355 del *Code civil*, che tuttavia ha ripreso testualmente il contenuto del precedente art. 1351.

comma dell'art. 125, il quale stabiliva che «*les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours*».

Il secondo comma del predetto articolo apportava un parziale temperamento a questo principio, accordando al giudice la possibilità («*le juge peut*») di rilevare ufficiosamente la *fin de non-recevoir* relativa al difetto di interesse ad agire. Si trattava comunque di una possibilità che riguardava esclusivamente questa questione, in quanto la previsione rappresentava un'applicazione dinamica della regola tradizionale «*pas d'intérêt, pas d'action*». D'altra parte, la *Cour de cassation* aveva in più occasioni ribadito l'impossibilità di rilevare d'ufficio ogni altra *fin de non-recevoir* non sorretta da un interesse pubblico, in particolare quella costituita dalla *exception de chose jugée* <sup>(14)</sup>.

## 5. Funzione della cosa giudicata e natura della relativa eccezione. Brevi considerazioni comparatistiche

### 5.1. Il concetto di "Rechtskraft" nell'ordinamento processuale tedesco

Potrà risultare sorprendente constatare come questa concezione così poco rispondente all'idea moderna della cosa giudicata, abbia continuato a trovare costante applicazione nella giurisprudenza di legittimità francese almeno fino ad un decennio fa.

Invero, in altri ordinamenti la concezione moderna della cosa giu-

---

<sup>(14)</sup> «*Les juges ne peuvent, hormis pour défaut d'intérêt, soulever d'office une fin de non-recevoir qui n'est pas d'ordre public. La fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée n'est pas d'ordre public*», così Cass., 2° civ., 4 déc. 2003. Questa soluzione, ormai classica, era fermamente condivisa dall'insieme delle camere della *Cour de Cassation* (Cass. soc, 23 nov. 1995 et Cass. 2° civ., 10 avr. 1995, in *D.* 1996, p. 135, *obs.* JULIEN; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 déc. 1986, Bull. civ. I, n° 300 ; Cass. 3° civ., 20 mai 1992, Bull. civ. III, n° 159).

dicata fu sviluppata ben prima: in Germania, dove la spiegazione del giudicato in termini di presunzione *iuris et de iure* era stata abbandonata ormai dal XVII secolo, se ne trova riscontro già nella dottrina del XIX secolo, contemporanea a quella che in Francia stava invece redigendo un codice incentrato sull'efficacia del giudicato come regola probatoria. I giuristi tedeschi, infatti, ricorsero al concetto di «*Rechtskraft*», ossia di finzione di verità, per spiegare il fenomeno della cosa giudicata, cosicché la statuizione contenuta nel *dictum giudiziale* diventava un *aliquid novi*, così determinando la nascita di un diritto prima non esistente, ovvero la scomparsa o la modificazione di un diritto già esistente.

Ancor più notevole, è la circostanza per cui tali teorie germinarono in un contesto dove l'autonomia della scienza processuale era già ben affermata e dove la forza vincolante della decisione era avvertita come un effetto che lo stesso ordinamento ricollegava alla formulazione della volontà della legge, in quanto espressione dell'organo preposto all'esercizio della funzione giurisdizionale. Non vi era infatti alcun dubbio che gli interessi soddisfatti dalla cosa giudicata, ossia l'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche attraverso la decisione delle controversie che dividevano i consociati e la stabilità di tali decisioni, non interessavano solamente le parti in causa, ma l'intero ordinamento. Conseguentemente, l'istituto della cosa giudicata non poteva che considerarsi dotato di una rilevanza pubblicistica e la relativa eccezione doveva essere sottratta alla disponibilità delle parti <sup>(15)</sup>.

Ma vi è di più: secondo tale ricostruzione, la (assenza di) cosa giudicata o divieto di *bis in idem*, costituisce anche un presupposto processuale o, per meglio dire, una condizione di decidibilità della causa nel merito il cui effetto è di sollevare il giudice dal dovere di statuire sulla situazione giuridica sostanziale dedotta poiché già divenuta cosa giudicata

---

<sup>(15)</sup> In questi termini, G. PUGLIESE, *Giudicato (diritto civile)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XVIII, Milano, 1969, § 14.

sostanziale per il tramite di una sentenza divenuta irretrattabile in quanto non più soggetta agli ordinari mezzi impugnatori o, come tecnicamente si afferma, passata in giudicato formale.

La cosa giudicata è così elevata a presupposto processuale ed è quindi doppiamente rivestita di rilevanza pubblicistica. Infatti, è rispondente all'interesse dello stato non solo che non siano celebrati dei processi superflui, aventi ad oggetto una domanda su cui l'autorità giudiziaria si è già pronunciata con una sentenza che non è più possibile contestare, ma soprattutto è interesse dello stato preservare la certezza del diritto impedendo che quella medesima situazione giuridica già coperta dal giudicato sia nuovamente decisa, con il rischio che ciò sfoci in un conflitto pratico tra decisioni. Pertanto, se l'azione su cui è già intervenuto il giudicato fosse riproposta allo stesso o ad altro giudice, quest'ultimo dovrebbe — per lo più, ma non necessariamente, a seguito della proposizione ad opera dell'altra parte della relativa eccezione di cosa giudicata — affrontare e risolvere il quesito se l'azione così proposta sia la stessa su cui è già sceso il giudicato, oppure se sia un'altra e diversa, attraverso uno scrutinio condotto comparando gli elementi identificatori delle due azioni, ossia parti, oggetto e causa. Nel caso in cui ritenga che le due azioni sono identiche, secondo la ricostruzione maggioritaria e che ci appare più coerente, il giudice dovrebbe rigettare la domanda per mancanza di un presupposto processuale, ossia attraverso la pronuncia di una declinatoria di rito, così che l'efficacia del primo giudicato si spiegherà nel secondo processo sul piano puramente processuale <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(16)</sup> Così G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 914; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 598; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1963, p. 90 e ss.; E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p.1306 e ss., nonché, più di recente, ID., «Processo» e giurisdizione, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 1 e ss. A favore della soluzione opposta, nel senso cioè che il giudicato, operando sul piano sostanziale, non impedisce una nuova statuizione sul diritto accertato, ma garantisce che la nuova decisione sia

## 5.2. Il divieto di bis in idem in Italia: evoluzione di un presupposto processuale

### 5.2.1. La distinzione giurisprudenziale tra giudicato interno e giudicato esterno e l'affermazione secondo cui solo il primo è rilevabile d'ufficio

In Italia, nonostante la tradizionale ricostruzione della cosa giudicata nei termini sopra descritti e la collocazione del divieto del *bis in idem* tra i presupposti processuali e, più precisamente, tra i presupposti relativi all'oggetto della controversia, per lungo tempo la giurisprudenza di legittimità ha affermato, proprio come in Francia, che solamente il giudicato interno — ossia quello formatosi nello stesso processo per effetto del passaggio in giudicato di un capo di sentenza *ex art. 329 c.p.c.*, ovvero di una sentenza non definitiva di merito — potesse essere rilevato d'ufficio. Al contrario, il giudicato esterno — formatosi, cioè, in un processo diverso — costituiva un'eccezione in senso stretto, ossia sollevabile solamente su istanza di parte, poiché la cosa giudicata opererebbe, fuori del processo, ad esclusiva garanzia dei soggetti privati rispetto al bene della vita assicurato <sup>(17)</sup>.

Conseguentemente, la relativa eccezione poteva essere opposta esclusivamente dalle parti, qualora avessero deciso di volerne profittare <sup>(18)</sup>. Secondo questa giurisprudenza di legittimità, inoltre, l'eccezione di

---

identica, per contenuto, a quella resa nel primo giudizio, si espressero tuttavia voci autorevoli quali quelle di Carnelutti, Allorio e Satta.

<sup>(17)</sup> In argomento, v. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile, I. Principi generali*, IV ed., Milano, 2007, p. 146 e ss.; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, I*, XX ed., Torino, 2009, p. 160 e spec. *sub n. 3*; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 1988, p. 33 e ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele*, IV ed., Padova, 2008, p. 229 e ss.

<sup>(18)</sup> Così, *ex multis*, citando le meno datate, Cass., 22 febbraio 2000, n. 12528; 25 febbraio 2000, n. 2141; 4 febbraio 2000, n. 1228 e 8 febbraio 2000 n. 1370, le ultime due commentate da C. CONSOLO, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1048 e ss. Va peraltro rilevato che Cass. 28 ottobre 1995, n.11018, (v. in *Foro it.*, 1996, I,

cosa giudicata avrebbe natura di merito, con la conseguenza che il suo accoglimento determinerebbe il rigetto in luogo dell'inammissibilità della domanda e, per altro verso, l'eccezione si sarebbe potuta sollevare solamente nelle fasi di merito del giudizio, quindi solo in primo grado o in appello, e non anche per la prima volta in Cassazione.

### 5.2.2. *La risposta critica della dottrina valorizza la concezione unitaria del giudicato e la sua funzione pubblicistica*

Di diverso avviso, era invece la dottrina prevalente che da sempre ha disconosciuto la distinzione operata dalla giurisprudenza tra giudicato interno e giudicato esterno — rispondente più ad una concezione privatistica dell'istituto, quale è, appunto, quella della tradizione francese — allo scopo di ammettere il rilievo officioso del primo e non invece del secondo, proponendo, al contrario, una visione unitaria e funzionale della cosa giudicata, operante tanto fuori che dentro al processo originario <sup>(19)</sup>.

A sostegno di tale impostazione, sono state svolte diverse consi-

---

599 e in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 824 e ss. con nota di G. SCARSELLI) aveva mutato la precedente giurisprudenza, affermando, con la prevalente dottrina, che anche il giudicato esterno costituisce oggetto di eccezione in senso lato, rilevabile d'ufficio senza preclusioni e per la prima volta in Cassazione. Questa pronuncia, seguita anche da Cass., 7 giugno 1999 n. 5574 e da Cass., 14 giugno 1999, n. 5886 (v. in *Foro it.*, 2000, I, 856) si era poi posta in contrasto con la serie di pronunce del 2000 già menzionate che aderirono nuovamente all'orientamento dell'eccezione in senso stretto e alla sua non rilevabilità in Cassazione.

<sup>(19)</sup> In questo senso, v. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 767; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, p. 993 e ss.; E. T. LIEBMAN, *Sulla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 359 e ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato (diritto civile)*, in «Enciclopedia del diritto», cit., p. 833; G. MICHELI, *Sulla natura giuridica dell'eccezione di cosa giudicata*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1945, I, p. 81 e ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1994, p. 457 e ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, I, p. 418 e ss., S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 33 e ss.

derazioni di ordine esegetico e sistematico. In primo luogo, si è posta l'attenzione sulla funzione del processo e sul significato dell'esercizio dell'attività giurisdizionale: il processo risponde prima di tutto ad un interesse pubblico e appare pertanto illogico sostenere che le parti possano disporre del risultato di esso, perlomeno nel senso di adire il giudice con lo scopo di ottenere una nuova pronuncia sulla medesima causa <sup>(20)</sup>.

Il giudicato opererebbe perciò come indispensabile presidio pubblicistico della funzione giurisdizionale <sup>(21)</sup>. Queste riflessioni si accompagnano anche ad una serie di valutazioni di ordine sistematico: in primo luogo, si è fatto leva sul tenore dell'art. 39 c.p.c. in tema di litispendenza, il quale sancisce espressamente la rilevabilità anche d'ufficio di tale questione in ogni stato e grado del processo. Non si può negare, infatti, che la *ratio* dei due istituti sia identica, poiché in entrambi i casi si vuole evitare che una medesima controversia sia sottoposta per due volte all'esame del potere giurisdizionale con il rischio insito di addivenire ad accertamenti definitivi contraddittori; inoltre, non si può negare che la litispendenza costituisca rimedio preventivo e la cosa giudicata rimedio successivo a tutela di un bene comune, rappresentato dalla certezza delle relazioni giuridiche. Pertanto, proprio come avviene per la litispendenza, anche l'eccezione di cosa giudicata deve essere rilevabile d'ufficio.

---

<sup>(20)</sup> Così G. MICHELI, *Sulla natura giuridica dell'eccezione di cosa giudicata*, cit., p. 84.

<sup>(21)</sup> Come ben noto, alla luce dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, il concetto odierno di giurisdizione è notevolmente mutato. Invero, è andata sempre più affievolendosi l'idea della giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, in favore di un'impostazione che la concepisce come servizio essenziale che lo stato deve rendere alla collettività secondo criteri efficientistici. Dal punto di vista del nostro problema — stabilire se l'eccezione di cosa giudicata sia o meno rilevabile d'ufficio — il risultato pratico non sembra diverso: poiché secondo questa concezione per così dire "efficientistica" ciò che conta è il contenimento delle tempistiche processuali e l'allocatione delle risorse nella maniera più utile possibile, certamente si propenderebbe per una rilevabilità ufficiosa del giudicato e, anzi, ci si premunirebbe affinché questo avvenga il prima possibile, in modo da evitare il dispendio di energie processuali.

In secondo luogo, si è richiamato l'art. 395 n. 5 c.p.c., in virtù del quale è soggetta a revocazione ordinaria la sentenza che sia «contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione». Perciò — si è detto — se la sentenza pronunciata in contrasto con un precedente giudicato è considerata affetta da un vizio e come tale è soggetta all'impugnazione per revocazione, sarebbe illogico obbligare un giudice a pronunciare una sentenza che è destinata comunque a venire meno in un momento successivo e che lo stesso sistema processuale considera *a priori* come non correttamente emanata <sup>(22)</sup>.

### 5.2.3. *Il revirement della Suprema Corte in punto di rilievo officioso del giudicato esterno*

Finalmente, anche la giurisprudenza di legittimità è ritornata sul tema, e ciò ha fatto nella sua composizione più autorevole: le Sezioni Unite, registrando il contrasto tra le pronunce anteriori al 2000 e quelle successive, ha da ultimo sciolto la questione nel senso della rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata <sup>(23)</sup>. Non trattandosi, dunque, di un'eccezione in senso stretto, ma dell'attivazione di un potere officioso da parte del giudice, la parte potrà invocare il precedente giudicato anche dopo che siano state proposte eccezioni di merito. A tal fine non sono richieste osservanze particolari, pur non bastando — secondo la giurisprudenza — la mera produzione del documento da cui risulta il giudicato,

---

<sup>(22)</sup> In questi termini S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 38, richiamando sul punto l'impostazione di E. T. LIEBMAN, *Sulla rilevabilità d'ufficio*, cit., p. 360-361 e G. PUGLIESE, *Giudicato civile*, cit., p. 835.

<sup>(23)</sup> Si tratta di Cass. sez. un., 25 maggio 2001, n. 226, seguita poi da diverse altre pronunce, tra cui Cass., 16 gennaio 2004 n. 630; Cass., 18 marzo 2002, n. 3925 e Cass., 15 maggio 2002, n. 7023, le quali precisano che il rilievo in cassazione del giudicato è possibile solo se quest'ultimo risulta dagli atti prodotti nelle fasi di merito: così poi Cass., 21 aprile 2006, n. 9688.

che dovrà in ogni caso essere prodotto nel processo (nel caso di giudicato cd. esterno) ai fini probatori <sup>(24)</sup>.

*6. La concezione del giudicato nell'ordinamento francese: ripercussioni in punto di rilevabilità della fin de non-recevoir*

*6.1. La tradizionale concezione privatistica dell'istituto*

In Francia, al contrario, in ossequio alla concezione privatistica della cosa giudicata, la relativa eccezione su cui si fonda l'omonima *fin de non-recevoir* era rimessa esclusivamente alla discrezionalità delle parti, sole a poter decidere se avvantaggiarsene e, pertanto, decidere se sollevarla o meno. A sostegno della concezione privatistica dell'istituto, deponevano le considerazioni di una parte della dottrina francese secondo cui il fondamento dell'*autorité de chose jugée* si sostanziava in un contratto o in un quasi contratto di natura processuale intercorso tra le parti, con il quale esse convenivano di accettare la sentenza <sup>(25)</sup>. Alla luce di tale concezione, alle parti era senz'altro concesso di disporre della relativa eccezione e finanche di strumentalizzare lo strumento processuale sottoponendo nuovamente allo scrutinio del giudice una domanda già decisa con autorità di cosa giudicata, senza che costui potesse rilevare la *fin de non-recevoir* relativa alla *chose jugée* e dichiarare così la domanda irricevibile.

Tuttavia, con il decorso del tempo, anche la giurisprudenza francese cominciò ad ammettere delle eccezioni a questa regola ritenendo

---

<sup>(24)</sup> V. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele*, cit., p. 230. Infatti, la parte che eccepisce il giudicato esterno ha l'onere di provare il passaggio in giudicato della sentenza resa in altro giudizio, non soltanto producendola, ma anche corredandola della idonea certificazione ex art. 124 disp. att. c.p.c., dalla quale risulti che la pronuncia non è soggetta ad impugnazione.

<sup>(25)</sup> In questo senso R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Lille, 1949, § 49, p. 112; O. PIGUET, *L'exception de chose jugée*, Thèse, Lausanne, 1956, p.15; R. MOREL, *Traité élémentaire proc. civ.*, Paris, 1932, § 577, p. 450.

che, nelle ipotesi di rilievo del giudicato interno, l'eccezione di cosa giudicata potesse rispondere anche ad un interesse pubblico. In questi casi, il giudice era tenuto a rilevare d'ufficio la *fin de non-recevoir* sanzionando con l'irricevibilità qualsiasi deduzione che tendesse a rimettere in discussione quanto era già stato disposto attraverso una sentenza pronunciata nel corso dello stesso giudizio. Inoltre, l'eccezione di cosa giudicata era ugualmente considerata di diritto pubblico — e quindi la *fin de non-recevoir* rilevabile anche d'ufficio — nel caso in cui il giudizio avesse avuto ad oggetto uno *status*, come ad esempio in un caso in cui si trattava di esaminare nuovamente la questione relativa alla validità di un matrimonio <sup>(26)</sup>.

#### 6.2. *Interventi normativi in punto di rilevabilità officiosa della fin de non-recevoir*

Queste progressive aperture portarono finalmente alla modifica dell'art. 125 *NCPC* il quale, fino a quel momento, aldilà delle ipotesi di irricevibilità in materia di impugnazioni che la legge stessa chiariva essere dotate di rilevanza pubblicistica (attraverso l'applicazione della *fin de non-recevoir* di *délai préfix*), ammetteva che solamente la *fin de non-recevoir* relativa al difetto d'interesse potesse (e non dovesse) essere rilevata d'ufficio.

La disposizione fu modificata grazie al decreto n. 2004-836 del 20 agosto 2004, il quale intervenne stabilendo che il giudice, oltre alla *fin de non-recevoir* relativa al difetto di interesse ad agire, potesse da quel momento rilevare d'ufficio anche le *fins de non-recevoir* fondate sul difetto di legittimazione ad agire e sull'autorità di cosa giudicata. Pertanto,

---

<sup>(26)</sup> Si tratta di Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 mai 1976, *Bull. civ.* I, n.184; in *RTD civ.*, 1976, p. 820, *obs.* NORMAND. Le due eccezioni alla regola sono rammentate anche da P. JULIEN, *Les juges ne peuvent relever d'office une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité d'une partie*, in *Rec. Dalloz*, 1993, p. 184 e ss.

dal 1 gennaio del 2005, data di entrata in vigore del decreto, ciò che nel processo civile francese rappresentava fino a quel momento un'eccezione, diventava la regola: il giudice può ora sempre rilevare d'ufficio la *fin de non-recevoir* fondata sull'autorità della cosa giudicata al fine di sanzionare con l'irricevibilità la riproposizione di un'azione già coperta dal giudicato.

Secondo la definizione dell'art. 122 *NCPC*, (*l'exception tirée de l'autorité de la chose jugée* è uno strumento difensivo «*qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir*»). Infatti, nel momento in cui una parte abbia già fatto uso del suo diritto di agire, non potrebbe poi instaurare un nuovo processo per tentare di ribaltare una decisione — nel frattempo passata in giudicato — che non la soddisfi.

### 6.3. Alla rilevabilità officiosa della *fin de non recevoir* si accompagna un nuovo modo di intendere l'autorité de la chose jugée

È stato detto che l'evoluzione che ha interessato questa *fin de non-recevoir* va di pari passo con la riflessione intrapresa nell'ordinamento francese rispetto ad un nuovo modo di intendere l'autorità di cosa giudicata. Non più il frutto di un contratto processuale tra le parti, bensì un istituto preposto alla funzione sociale di mettere fine alle dispute ristabilendo la pace sociale. Si tratta di aspetti particolarmente sentiti oggi in Francia, come testimonia la tendenza dettata dalla preoccupazione verso l'aumento del contenzioso — ben presente anche in questo ordinamento — e che si sostanzia nello sviluppo di tecniche di prevenzione, controllo e gestione dello stesso <sup>(27)</sup>. Pertanto, an-

---

<sup>(27)</sup> In questi termini L. CADIET, *La sanction et le procès civil*, in AA. VV., *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, Paris, 2009, spec. pp.131-132.

che in Francia può ormai dirsi condivisa l'impostazione che ravvisa in un principio di interesse pubblico — condensata nella regola di *ne bis in idem* — il fondamento dell'*autorité de chose jugée* <sup>(28)</sup>. Il valore pubblicistico, inoltre, viene giustificato anche sulla base della rilevanza pratica e dell'utilità sociale nei termini sopra descritti <sup>(29)</sup>.

D'altra parte, la modifica dell'art. 125 del *NCPC* fu salutata con favore non solo dalla maggior parte della dottrina, ma anche dai rappresentanti di molti uffici giudiziari, i quali ebbero modo di esprimere i loro argomenti nel contesto dell'*Entretiens de Vendôme*, un incontro di studi organizzato dal Ministero della Giustizia, esplicitamente dedicato alla discussione di questo progetto di riforma <sup>(30)</sup>.

Tuttavia, malgrado l'evoluzione normativa dell'art. 125 del *NCPC* e, ancor prima, dell'evoluzione di pensiero intorno agli interessi tutelati dal giudicato, in Francia vi è ancora chi dubita che la cosa giudi-

---

<sup>(28)</sup> In argomento, v. P. MAYER, *Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée*, in *Mélanges dédiés à Héron*, cit., p. 331 e ss.; C. BLERY, *Qu'est-ce que l'autorité de chose jugée? Une question d'école?* In *Procédures*, août-sept., 2007, p. 6 e ss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici; in senso contrario X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, 1994, Paris, spec. §§ 241-245, il quale continua a considerare l'*autorité de la chose jugée* come una presunzione "rinforzata" da una *fin de non-recevoir*.

<sup>(29)</sup> «*La conclusion de la chose jugée se fonde, au-delà du texte de la loi, sur une nécessité sociale. Nul besoin n'est d'aller en rechercher ailleurs la justification et le fondement [...]. Il faut éviter le renouvellement des procès. La nécessité est de tous les temps et de tous les lieux*», così J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse, Paris, 1954, p. 331.

<sup>(30)</sup> V. J. BUFFET, *Introduction aux Rencontres Université-Cour de cassation*, 23 janv. 2004, 2<sup>e</sup> Ch. civ., *La procédure civile*, BICC, hors série, n. 3, p. 9 e ss.; sulla futura riforma dell'art. 125, J. Buffet, presidente della camera onoraria della *Cour de cassation*, si esprime in questi termini: «*elle ne semble pas infondée, encore qu'il soit permis de s'interroger, d'une manière plus générale, au regard des risques d'inégalité et d'arbitraire, sur ces accroissements des pouvoirs facultatifs des juges, mais il est vrai qu'il s'agit ici d'un outil destiné à faire respecter la cohérence de l'activité juridictionnelle, et on comprend que les juges ne veulent pas avoir à rejurer, malgré eux, ce qui l'a déjà été. Il reste à espérer qu'ils feront un bon usage de ce nouveau pouvoir, et qu'ils ne s'estimeront pas liés par ce qui ne les lie pas, ou l'inverse*».

cata sia effettivamente una *fin de non-recevoir* di ordine pubblico. Questa opinione fa leva, in particolare, dal raffronto tra i due *alinéas* dell'art. 125 poiché, nel primo caso, il giudice “deve”, mentre nel secondo il giudice “può” rilevare d'ufficio la *fin de non-recevoir*. Vero è che imporre un tale obbligo in capo al giudice sarebbe probabilmente risultato eccessivo per una questione di ordine pratico poiché, nonostante i progressi informatici che hanno interessato anche la giustizia d'Oltralpe, i giudici non possono avere accesso al complesso delle decisioni rese sul territorio nazionale. Invero, il fatto che l'autorità giudiziaria possa ora rilevare d'ufficio la *fin de non-recevoir* di cosa giudicata — quand'anche siano poche le ipotesi in cui può avere conoscenza che la medesima controversia sia già stata decisa in via definitiva tra le parti — rappresenta ad ogni modo un progresso che permette di contrastare certe forme estreme di strumentalizzazione del processo, specialmente nell'ambito di un contenzioso “di massa” come quello relativo alla crisi familiare, dove capita che le parti, lasciando spirare i termini d'impugnazione, ripropongano poi domande già respinte e passate in giudicato <sup>(31)</sup>. È dunque chiaro anche in Francia che l'*autorité de la chose jugée* interessa in maniera evidente la buona amministrazione della giustizia, il che dovrebbe condurre, quantomeno da un punto di vista teorico, a riconoscerle un carattere di ordine pubblico.

#### 7. Il regime funzionale della *fin de non-recevoir* di *autorité de la chose jugée*

La *fin de non-recevoir* di *autorité de la chose jugée* non deve essere sollevata *in limine litis*, come è invece richiesto dall'art. 74 per le *exceptions de procédure*, le quali, a pena di irricevibilità, devono essere sollevate prima di ogni altra difesa di merito e di ogni altra *fin de non-*

---

<sup>(31)</sup> In questi termini, ancora J. BUFFET, *op. loc. cit.*, p.12.

*recevoir*. Secondo il regime processuale previsto per le *finis de non-recevoir*, essa può essere sollevata in qualsiasi stato della causa e per la prima volta anche in appello, anche se questa scelta potrebbe eventualmente comportare una condanna al risarcimento del danno qualora si accerti che la questione è stata sollevata tardivamente con intento dilatorio, come prevede generalmente l'art. 123 *NCPC* <sup>(32)</sup>.

8. *La necessità di stabilire quando la sentenza è sorretta dall'autorité de la chose jugée*

Naturalmente, affinché la *fin de non-recevoir* di cosa giudicata possa efficacemente condurre alla declaratoria di irricevibilità, occorre che la prima sentenza sia sorretta dall'*autorité de la chose jugée*.

Ciò riguarda esclusivamente le pronunce dotate di carattere contenzioso e definitivo, come stabilito dall'art. 480 del *NCPC* il quale dispone che la sentenza che nel suo dispositivo statuisce su una parte o sull'intero oggetto del giudizio, ovvero su una eccezione di procedura, su una *fin de non-recevoir* o su qualsiasi altro incidente, ha efficacia di cosa giudicata in relazione alla contestazione decisa <sup>(33)</sup>. Una sentenza, quindi, è definitiva quando decide interamente l'oggetto del giudizio, «*le principal*», secondo la definizione riportata dall'art. 480, 2° *al.* <sup>(34)</sup>, o alcune

---

<sup>(32)</sup> Art. 123 *NCPC*: «*Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause, sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les soulever plus tôt*».

<sup>(33)</sup> Art. 480 *NCPC*: «*Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche*».

<sup>(34)</sup> Art. 480, 2° *al.* *NCPC*: «*Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 4*». L'art. 4 del *Code de procédure civile* qualifica l'oggetto del giudizio richiamandosi alle pretese rispettive delle parti desunte dall'atto di citazione, dalle difese, dalle conclusioni e dalle cd. domande inci-

questioni (*exceptions de procédure, fins de non-recevoir*) di modo che il giudice non debba più ritornare sui punti già decisi. Il *NCPC*, qualificando questo tipo di pronunce «*jugements sur le fond*», utilizza una terminologia per certi versi ambigua, rappresentata dall'utilizzo dell'espressione «*fond*»: la sentenza, infatti, può certamente decidere sia sull'oggetto meritale, «*le fond*» in senso stretto, sia su un cd. «*incident de procédure*», come può essere un'eccezione d'incompetenza o una *fin de non-recevoir*, lasciando così intendere che con il concetto di «*fond*» si allude in senso lato al carattere (potenzialmente) definitivo della pronuncia.

Inoltre, sempre ai sensi dell'art. 480 *NCPC*, la sentenza definitiva acquista l'autorità di cosa giudicata dal momento della sua pronuncia. L'autorità di cosa giudicata, dunque, non è collegata con l'irrevocabilità della decisione in seguito all'esperimento dei mezzi ordinari di impugnazione o alla consumazione del potere di impugnare, ma è una caratteristica insita del *jugement sur le fond*, esiste cioè sin dal momento della pronuncia della sentenza, ed è indipendente dalla stabilità dell'atto all'interno del processo <sup>(35)</sup>.

Sappiamo già che l'impossibilità di ricominciare un nuovo pro-

---

denti, purché sufficientemente collegate alle pretese principali («*lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant*»).

<sup>(35)</sup> Nell'ordinamento processuale civile, il fenomeno dell'esaurimento dei mezzi di impugnazione ordinari viene identificato con il concetto di forza di cosa giudicata, come si evince dall'art. 500 *NCPC*, secondo cui «*a force de chose jugée le jugement qui n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution*», ossia un mezzo ordinario di impugnazione. Si considera invece irrevocabile, la sentenza che non è più soggetta ai mezzi di impugnazione straordinari (v. L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 614, secondo cui la qualificazione di *jugement ir-révocable* è «*réservée au jugement insusceptibles de recours*»; nonché S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29° éd., Paris, 2008, sub § 226. La giurisprudenza (citata da D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris 1975, p. 132) ha chiarito quale sia il significato e la portata dell'autorità immediata di cosa giudicata della sentenza di primo grado, stabilendo che «*tant qu'un jugement en premier ressort n'est point attaqué par la voie de l'appel, celui contre qui il a été rendu n'est pas recevable à élever en justice une prétention contraire à ce qui a été jugé*».

cesso o di ritornare su di una questione su cui sia intervenuta l'autorità di cosa giudicata si traduce, dal punto di vista processuale, in una *fin de non-recevoir*. Portando questa constatazione all'estremo, poiché l'autorità di cosa giudicata interviene nel momento in cui una sentenza viene pronunciata e poiché l'autorità di cosa giudicata costituisce *fin de non-recevoir* rispetto alla possibilità di riesaminare nuovamente la questione, ciò condurrebbe a sanzionare con l'irricevibilità anche l'impugnazione su quella questione, dal momento che la si riporta nuovamente alla cognizione di un giudice.

La dottrina francese che ha svolto queste osservazioni, partiva dalla constatazione secondo cui, interpretando rigorosamente il disposto dell'art. 122 *NCPC*, la parte che abbia visto decidere sfavorevolmente la propria pretesa sarebbe ormai sprovvista del diritto di azione in ragione dell'intervenuta autorità della cosa giudicata, il che naturalmente è smentito dalla possibilità per la parte di proporre impugnazione<sup>(36)</sup>.

Vero è che l'interesse e la legittimazione si declinano in maniera peculiare in questo tipo di giudizio, così che l'impugnazione non corrisponde con il diritto di azione "puro"; tuttavia, riesce difficile negare che lo scopo ultimo del gravame non sia di perpetuare l'esame della stessa controversia sottoposta al primo giudice<sup>(37)</sup>. Per sgombrare il campo da

---

<sup>(36)</sup> «[...] Comment considérer que le plaideur qui a obtenu un jugement contraire à ses prétentions est dépourvu du droit d'action dès le prononcé de cette décision, alors qu'il lui reste la possibilité d'en interjeter appel pour éventuellement ensuite former un pourvoi en cassation ? Poussée à l'extrême, la thèse de l'autorité immédiate de chose jugée conduirait à priver les parties de leur droit de recourir. Une contradiction logique difficilement surmontable existe ainsi entre cette possibilité de reconnaître immédiatement l'autorité de chose jugée au jugement et la traduction procédurale de cette notion en tant que fin de non-recevoir», così C. BOUTY, *L'irrevocabilité de la chose jugée en droit civil*, Aix-en-Provence, 2008, § 861.

<sup>(37)</sup> «Il est possible de soutenir qu'à chaque degré de juridiction, correspond un droit d'agir en justice différent. Les voies de recours sont en effet traditionnellement présentées comme une espèce d'action [...] Les voies de recours constituent une espèce d'action [...] c'est ainsi que les conditions tenant à la justifica-

questi possibili malintesi, tali autori hanno pertanto auspicato che anche il *Code de procédure civile* adotti la formulazione utilizzata in ambito penalistico dove l'*autorité de chose jugée* è attribuita alla decisione divenuta irrevocabile <sup>(38)</sup>.

#### 9. La regola del *ne bis in idem* tra la fin de non-recevoir di cosa giudicata e l'eccezione di litispendenza

Per altro verso, la dottrina francese non ha mancato di osservare che a tutela del principio di *ne bis in idem* presiede anche l'eccezione di litispendenza, prevista dall'art. 100 del *NCPC* <sup>(39)</sup>: principalmente concepita per evitare il concorso di azioni identiche sulle quali non sia ancora stata pronunciata sentenza, essa trova applicazione anche nel caso in cui una pronuncia sia già intervenuta. Infatti, questa eccezione riguarda non solo la situazione in cui la stessa causa penda davanti a due giudici di pari grado, entrambi competenti a conoscere della lite, ma anche quella in cui la stessa causa penda davanti a giudici di grado diverso (art. 102 *NCPC*).

---

*tion d'un intérêt ou d'une qualité particulière sont également exigées au stade des voies de recours. Néanmoins, il semble difficile de nier qu'elles ont pour objet, sauf exception, de perpétuer l'examen du litige soumis au premier juge», C. BOUTY, *ibid.*, § 862.*

<sup>(38)</sup> V. C. BOUTY, *L'irrevocabilité de la chose jugée en droit civil, op. loc. cit.*; ID., *Chose jugée*, in *Rép. proc. civ. Dalloz*, juin 2012-act. avril 2016, § 467 e ss., nonché F. EUDIER, N. GERBAY, *Jugement*, in *Rép. proc. civ. Dalloz*, juin 2014-act. nov. 2017, §§ 406-407; rimandiamo ai paragrafi indicati anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici. Invero, il carattere provvisorio dell'autorità di cosa giudicata e il suo legame funzionale con l'esperimento dei mezzi di impugnazione, sia ordinari che straordinari, si desume (implicitamente) dall'art. 561 *NCPC*: «*l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit*».

<sup>(39)</sup> Così dispone l'art. 100 del *NCPC* in materia di litispendenza: «*Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office*». L'art. 102 prevede invece l'ipotesi in cui la stessa causa penda davanti a giudici di gradi diversi: in questo caso è l'eccezione di litispendenza può essere sollevata o rilevata solamente presso la giurisdizione di grado inferiore.

Al pari dell'autorità di cosa giudicata, scopo della litispendenza è evitare che una medesima controversia sia sottoposta reiteratamente al vaglio giurisdizionale, rispondendo così sia ad un principio di economia processuale, sia all'esigenza di prevenire pronunce contraddittorie sulla medesima situazione sostanziale dedotta in giudizio. In effetti, la distinzione principale tra i due istituti poggia sul dato temporale: la litispendenza interviene quando i due processi sono ancora in corso (significativamente, taluni autori parlano di «*exception de chose à juger*», in tal modo sottolineando che scopo ultimo dell'istituto è di evitare una contrarietà tra «*choses déjà jugée*») <sup>(40)</sup>, mentre la *fin de non-recevoir* di cosa giudicata può essere sollevata solamente quando in uno dei due giudizi sia stata pronunciata una sentenza nel frattempo divenuta irrevocabile.

Pertanto, non sarebbe indispensabile ricorrere al concetto di autorità di cosa giudicata da attribuire alla sentenza nel momento stesso della sua pronuncia per impedire che la stessa azione sia riproposta mentre la prima pende davanti al giudice dell'impugnazione: basterebbe eccepire (o rilevare: si tratta infatti di una *exception* rilevabile anche d'ufficio) l'eccezione di litispendenza davanti al giudice adito per secondo.

In conclusione, questa dottrina propone *de lege ferenda* un migliore coordinamento tra questi due strumenti difensivi, di modo che l'autorità di cosa giudicata si ricolleggi solamente alla lite decisa in maniera irrevocabile: nella fase impugnatoria, quando l'azione è ancora pendente, potrà essere eccepita unicamente l'eccezione procedurale di litispendenza; quando invece sull'azione si sia definitivamente statuito, si potrà ricorrere alla *fin de non-recevoir* relativa alla cosa giudicata.

Quanto agli effetti, la litispendenza permette di conseguire lo stesso risultato della *fin de non-recevoir* ma, anziché dichiarare l'azione

---

<sup>(40)</sup> Così J. MAROTTE, *L'incompatibilité des décisions de justice en droit judiciaire privé interne, européen et international*, thèse, Paris X-Nanterre, 200, § 458.

irricevibile, il giudice adito per secondo o quello di grado inferiore, rilevata la litispendenza <sup>(41)</sup>, deve spogliarsi di quella controversia («*il doit se dessaisir*») <sup>(42)</sup> e rimettere le parti davanti all'altro giudice.

---

<sup>(41)</sup> Così dispone l'art. 100 del *NCPC* in materia di litispendenza: «*Si le même litige est pendant devant deux juridictions de même degré également compétentes pour en connaître, la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. A défaut, elle peut le faire d'office*». L'art. 102 prevede invece l'ipotesi in cui la stessa causa penda davanti a giudici di gradi diversi: in questo caso è l'eccezione di litispendenza può essere sollevata o rilevata solamente presso la giurisdizione di grado inferiore.

<sup>(42)</sup> Si tratta del cd. principio di *dessaisissement du juge*, che traduce l'adagio *lata sententia, iudex desinit esse iudex*. Questo è normativamente enunciato dall'art. 481, 1<sup>er</sup> al., *NCPC*: «*Le jugement, dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche*». Pertanto, tutte le sentenze «*sur le fond*» ai sensi dell'art. 480 — che statuiscono in tutto o in parte sull'oggetto meritale della lite, ovvero su una *exception de procédure* o su una *fin de non-recevoir* — spogliano definitivamente il giudice di quella questione litigiosa, impedendogli di ritornare su ciò che ha deciso. Le *dessaisissement du juge* è un effetto della sentenza a cui è conferita l'*autorité de la chose jugée* e lo si giustifica in questi termini: poiché la sentenza dovrebbe mettere fine ad una controversia (o questione controversa), è rivestita di un'autorità che proibisce di rimettere in discussione i suoi effetti sostanziali da parte delle parti e sarebbe illogico non estendere questo divieto anche al giudice, che non può ritornare su quanto già deciso neppure con il consenso delle parti. Così non è ammesso che il giudice possa modificare o ritrattare la decisione (cfr., *ex multis*, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 27 janv. 1988, *Bull. civ. II*, n. 29, con cui si è affermato che viola l'art. 481, 1<sup>er</sup> al., *NCPC*, l'*arrêt* che, confermando l'ordinanza di un consigliere de la *mise en état*, abbia dichiarato irricevibile l'appello contro la sentenza emessa in primo grado, quando con un'ordinanza precedente — non sottoposta, a differenza della seconda, all'esame collegiale della Corte d'appello — lo stesso consigliere ne aveva affermato la ricevibilità: la prima decisione, infatti, non può più essere rimessa in discussione, indipendentemente dal fatto che la Corte d'appello non fosse stata investita del merito della questione. La sentenza, in particolare, si situa nel solco delle recenti riforme del *Code de procédure civile* volte a conferire ai *juges de la mise en état (JME)* — si tratta di un organo giurisdizionale paragonabile al nostro giudice istruttore — la competenza esclusiva per la risoluzione delle *exceptions de procédure* e dei cd. *incidents mettant fin à l'instance* (cfr. art. 771 *NCPC* per il *JME* davanti al *Tribunal de grande instance (TGI)* e l'art. 907 per il *conseiller de la mise en état (CME)* davanti alla *Cour d'appel*, il quale è altresì preposto a giudicare sulle irricevibilità relative all'appello): le ordinanze emesse su queste questioni hanno adesso autorità di cosa giudicata (artt. 775 e 914 *NCPC*). Ai sensi dell'art. 914, al. 2<sup>e</sup>, le ordinanze del *CME* che decidono sulla *fin de non-recevoir* relativa alle ipotesi di irricevibilità dell'appello hanno dunque autorità di cosa giudicata ma, su richiesta della parte interessata, la decisione può essere rimessa alla Corte d'appello entro 15 giorni dalla pro-

Va inoltre rammentato che la litispendenza deve essere sollevata simultaneamente con le altre *exceptions de procédure* e *in limine litis* — vale a dire prima di qualsiasi *fin de non-recevoir* o *défense au fond* — a pena di irricevibilità (art. 74 *NCPC*).

Parte della dottrina, tuttavia, riconosce che alla luce degli interessi tutelati da questo istituto, sarebbe stato più opportuno ammettere la possibilità per le parti di sollevare l'eccezione in qualsiasi stato e grado<sup>(43)</sup>. Ad ogni modo, ciò è in parte temperato dalla possibilità rimessa al giudice adito per secondo di rilevare d'ufficio la litispendenza. Per quanto invece riguarda l'*autorité de la chose jugée*, trattandosi di una *fin de non-recevoir*, sappiamo già che essa può essere sollevata in qualsiasi fase della controversia, sia pure con le precisazioni già illustrate.

#### 10. I rimedi offerti dall'ordinamento francese nei casi di conflitto pratico tra giudicati

##### 10.1. Prima ipotesi: la *fin de non-recevoir* di *autorité de la chose jugée*, sollevata dalla parte, è stata respinta dal giudice

A questo punto, occorre esaminare i rimedi offerti dall'ordinamento francese a fronte di due pronunce con cui si sia decisa la medesima controversia, entrambe dotate di autorità di cosa giudicata e tra loro contrastanti, a seconda che sia stata o meno sollevata la *fin de non-recevoir* relativa all'*autorité de la chose jugée*.

A tal proposito, dispongono gli artt. 617 e 618 del *NCPC*, esplici-

---

nuncia: in questo caso, la pronuncia collegiale si sostituisce a quella resa dal *CME* (art. 916, al. 2°, *NCPC*). In argomento, v. G. BONATO, *I poteri e i provvedimenti del juge de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005*, in A. CARRATTA (a cura di), *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Napoli, 2012, pp. 285-307.

<sup>(43)</sup> Così D. CHOLET, «*Décision sur la litispendance*», in S. GUINCHARD (sous la direction de), *Droit et pratique de la procédure civile: droits interne et de l'Union européenne*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, 2014-2015, § 142.201 e ss.

tamente deputati a risolvere il conflitto tra due decisioni rese tra le stesse parti attraverso l'esperimento di una particolare impugnazione straordinaria, il cd. *pourvoi en cassation*.

Che cosa accade qualora la *fin de non-recevoir* relativa all'*autorité de la chose jugée* opposta dalla parte non venga accolta dal giudice, il quale, non dichiarando l'irricevibilità della seconda domanda, emetta una seconda sentenza, incompatibile con la prima? Ai sensi dell'art. 617 *NCPC* è dato un motivo di ricorso in cassazione fondato sulla contrarietà tra le due sentenze: l'impugnazione andrà rivolta contro la seconda sentenza — il rigetto della *fin de non-recevoir* avvenuto nel secondo procedimento è una condizione per l'esperimento dell'impugnazione — e se la contrarietà è accertata, essa viene risolta a vantaggio della prima decisione, con caducazione della seconda <sup>(44)</sup>. Questa soluzione è logica perché realizza a posteriori l'effetto della *fin de non-recevoir* respinta: l'autorità di cosa giudicata, infatti, era già stata sollevata davanti al secondo giudice che tuttavia non aveva dichiarato l'irricevibilità dell'azione.

*10.2. Seconda ipotesi: la fin de non-recevoir di autorità de la chose jugée non è stata sollevata dalla parte (né rilevata dal giudice)*

L'art. 618 del *NCPC* si occupa invece del caso in cui la *fin de non-recevoir* non sia mai stata opposta e si abbiano due decisioni irrevocabili e tra loro contrarie. In particolare, occorre che ambedue le sentenze inconciliabili siano rese in ultima istanza ovvero, se rese in prima istanza, che per nessuna delle due sia più possibile esperire le impugnazioni ordi-

---

<sup>(44)</sup> Art. 617 *NCPC*: «*La contrariété de jugements peut être invoquée lorsque la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée a en vain été opposée devant les juges du fond. En ce cas, le pourvoi en cassation est dirigé contre le jugement second en date; lorsque la contrariété est constatée, elle se résout au profit du premier*».

narie <sup>(45)</sup>. In questo caso il ricorso in cassazione deve essere diretto contro ambedue le decisioni e, qualora la contrarietà sia accertata, la Corte di cassazione annulla una, ovvero entrambe le decisioni. Prima della rilevanza anche officiosa della *fin de non-recevoir* relativa all'autorità della cosa giudicata, si affermava tradizionalmente che tra le due decisioni inconciliabili, fosse la seconda a dover prevalere in quanto, non avendo sollevato la *fin de non-recevoir* nel secondo giudizio, le parti implicitamente rinunciavano a servirsi di quel giudicato <sup>(46)</sup>. Probabilmente oggi, anche se non consta ancora l'esistenza di una giurisprudenza sul punto, alla luce della maggior valorizzazione pubblicistica del principio del *ne bis in idem* e della riscrittura dell'art. 125 *NCPC* in relazione alla rilevanza officiosa della *fin de non recevoir* di *autorité de la chose jugée*, sarebbe più coerente se fosse la prima decisione in ordine temporale a prevalere, realizzando in questo modo lo stesso risultato perseguibile attraverso il *pourvoi en cassation* previsto dall'art. 617.

Da questo punto di vista, allora, potrebbe forse essere più logico concepire un unico caso di *pourvoi en cassation* da rivolgere contro la seconda sentenza, il quale preveda, come condizione dell'esperimento dell'impugnazione, non solo il rigetto della *fin de non-recevoir*, ma anche il suo mancato rilievo da parte del giudice.

---

<sup>(45)</sup> Art. 618 *NCPC*: «La contrariété de jugements peut aussi, par dérogation aux dispositions de l'article 605, être invoquée lorsque deux décisions, même non rendues en dernier ressort, sont inconciliables et qu'aucune d'elles n'est susceptible d'un recours ordinaire; le pourvoi en cassation est alors recevable, même si l'une des décisions avait déjà été frappée d'un pourvoi en cassation et que celui-ci avait été rejeté. En ce cas, le pourvoi peut être formé même après l'expiration du délai prévu à l'article 612. Il doit être dirigé contre les deux décisions; lorsque la contrariété est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux».

<sup>(46)</sup> V. G. CUNIBERTI, *Conflit de décisions et autorité de la chose jugée*, in *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 527 e ss., spec. § 15.

## SEZIONE SECONDA

L'EQUILIBRIO TRA "FOND" E "PROCÉDURE"  
NELLE FINS DE NON-RECEVOIR LIÉES AU FOND

## 1. La natura della prescrizione estintiva

L'istituto della prescrizione trova il proprio fondamento nella valenza che il diritto accorda al decorso del tempo, facendo da esso discendere, sin dalla più classica tradizione giuridica, conseguenze rilevanti.

La stessa teoria classica insegna che la prescrizione estintiva è il mezzo con cui l'ordinamento giuridico opera l'estinzione dei diritti, quando il titolare non li esercita entro il termine previsto dalla legge. La *ratio* dell'istituto poggia nella considerazione secondo cui l'ordinamento non consente che i terzi rimangano esposti sine die in una situazione permanente di incertezza rimessa alla pura volontà del titolare di esercitare o meno il proprio diritto; pertanto, decorso un certo termine senza che il titolare l'abbia mai esercitato, l'ordinamento fa discendere da questo comportamento il venir meno dell'obbligazione civile e, al suo posto, lascia in vita un'obbligazione naturale.

Pertanto, è possibile affermare che a fondamento di qualsiasi tipo di prescrizione vi è l'idea secondo cui, decorso un certo periodo, non è più neppure possibile servirsi del processo per far valere una certa posizione giuridica. Quest'ultima constatazione, peraltro, è stata sommamente valorizzata nell'esperienza del diritto romano e in quella dei sistemi di *common law* <sup>(47)</sup>, nei quali la prescrizione non si riferisce tanto al diritto, quanto alla possibilità di farlo valere in via di azione in giudizio. Se nei

---

<sup>(47)</sup> Sui profili comparatistici dell'istituto, si rinvia a P. GALLO, *Prescrizione e decadenza in diritto comparato*, in «*Digesto disc. priv.*», XIV, Torino, 1996, p. 250 e ss.; B. FRANÇOIS, *La prescription extinctive en droit américain et en droit français: différences et convergences*, in *Rec. Dalloz*, 2008, p. 2543 e ss.

sistemi di *common law* si tratta di un'impostazione che è ancora oggi vigente, nei sistemi di derivazione romanistica essa caratterizzò interamente il diritto comune fino alle soglie dell'epoca moderna.

Invero, lo stesso *Code civil* napoleonico non si discosterà da tale ricostruzione: l'art. 2219 si limitava infatti ad affermare che la prescrizione è «un modo di acquistare o di liberarsi grazie alla decorrenza di un certo lasso di tempo, in base alle condizioni sancite dalla legge», senza neppure operare una distinzione formale tra prescrizione acquisitiva e prescrizione estintiva<sup>(48)</sup>.

Peraltro, già a quel tempo la dottrina si dimostrava divisa circa gli effetti della prescrizione. Secondo una parte degli autori, più vicini alla tradizione romanistica, la prescrizione riguardava unicamente la possibilità di far valere il diritto in via di azione senza che, peraltro, ciò comportasse delle conseguenze dirette circa la sussistenza del diritto sotteso, un profilo — questo — che detta teorica desunse dall'impossibilità di ripetere il pagamento di un debito prescritto. Secondo un'altra corrente dottrinale, invece, all'estinzione dell'azione si accompagnava necessariamente anche l'estinzione del diritto, perché sarebbe stato illogico continuare a riconoscere come esistente un diritto che non poteva essere fatto valere in giudizio.

## 2. Il dibattito francese: concezione «substantialiste» e «processualiste» a confronto

Anche l'ordinamento francese non è rimasto estraneo al dibattito relativo alla natura della prescrizione estintiva, rispetto alla quale il vero

---

<sup>(48)</sup> Art. 2219 *Code civil*: «La prescription est un moyen d'acquiescer ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi», nella formulazione precedente alla riforma che, nel 2008, interessò questa materia.

punto cruciale non è tanto quello di stabilire se la prescrizione estingue il diritto oppure l'azione, quanto di chiarire se essa si sostanzia in un istituto di natura sostanziale o processuale. Così, secondo la concezione «*substantialiste*» la prescrizione, estinguendo il diritto sostanziale, si traduce in una *défense au fond* <sup>(49)</sup>; viceversa, secondo l'opinione «*processualiste*», la prescrizione estintiva si sostanzia in un *moyen de procédure*: essa si ricollega all'azione e determina l'estinzione del *droit d'action*, sfociando così in una *fin de non-recevoir* <sup>(50)</sup>. L'influenza di quest'ultima dottrina, che tra i propri esponenti poteva contare anche sul celebre processualista Henri Motulsky, sembra essere stata decisiva sulla redazione del *Nouveau Code de procédure civile* poiché, come sappiamo, l'art. 122 enuncia tra le *fins de non-recevoir* anche la prescrizione estintiva.

3. *L'art. 122 del Nouveau Code de procédure civile recepisce la concezione «processualiste»: la prescrizione estintiva come «fin de non-recevoir par excellence»?*

Probabilmente, nella scelta del *NCPC* di ascrivere tra le *fins de non-recevoir* la prescrizione, si rispecchia anche l'eco dell'esperienza passata: infatti, presso la dottrina processualistica del XIX secolo, la prescrizione veniva definita come la «*fin de non-recevoir par excellence*», valorizzando così l'effetto perentorio ad essa connesso. La dottrina del tempo, infatti, aveva sviluppato l'argomento con riguardo alle questioni

---

<sup>(49)</sup> Così H SOLUS, R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, I, 1961, F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescriptions*, thèse, Paris, 1986, spec. sub § 39 e ss.; J. CARBONNIER, *Notes sur la prescription extinctive*, in *RTD civ.*, 1952, p. 171 e ss.

<sup>(50)</sup> H. MOTULSKY, *Droit processuel*, 1973, Montchrestein, spec. p. 135 e ss.; E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, I, Paris, 1882, p. 467 e ss.; S. OUSMANOU, *Les conventions relatives au procès*, thèse, Rennes, I, 1996, spec. sub § 289; M. OMAR, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, thèse, Paris, 1967, spec. sub §§ 348 e 351.

contenziose complesse, le quali inglobavano un'*exception de procédure* e più *défenses*, delle quali una si sostanzialmente nella prescrizione estintiva<sup>(51)</sup>. L'appellativo di «*questions contentieuses complexes*» derivava proprio dalla difficoltà di distinguere tra il merito e ciò che invece si distaccava dal merito, in un'epoca in cui, almeno formalmente, gli strumenti difensivi si articolavano unicamente in *exceptions de procédure* e *défenses au fond*, quantomeno secondo l'impostazione fatta propria dall'*Ancien Code de procédure civile*.

La prescrizione era considerata uno strumento difensivo intermedio tra «*le fond*» e «*la procédure*»<sup>(52)</sup> esattamente come, a quell'epoca, venivano considerate nella pratica dei tribunali le *finis de non-recevoir*. L'esperienza processuale offriva costantemente prova che tra le *défenses au fond* e le *exceptions de procédure*, esistevano anche degli strumenti difensivi aventi natura mista che da una parte somigliavano alle prime perché determinavano un respingimento definitivo della domanda, ma che, al contempo, si avvicinavano anche alle seconde perché il contraddittorio si assestava ad un livello precedente poiché il convenuto non contestava direttamente la fondatezza del diritto affermato dall'attore<sup>(53)</sup>.

#### 4. La «processualisation» della prescrizione estintiva e le possibili ricadute nell'ambito del diritto internazionale privato

<sup>(51)</sup> V. R. JAPIOT, *La théorie des exceptions de procédure*, in *Rec. périod. proc. civ.*, IV, 1916, sub § 54 e ss.

<sup>(52)</sup> Significativamente, la dottrina del tempo osservava che, dal punto di vista logico-procedurale, la questione relativa alla prescrizione del diritto riguardava «*un peu le fond*», mentre la questione volta a negare l'esistenza del contratto riguardava «*bien plus le fond*», così R. JAPIOT, *op. cit.*, § 54. Sul punto, v. inoltre il cap. III intitolato «*Des prescriptions, péremptions et déchéances*» in L.-L.-F., LEMERLE *Traité des fins de non-recevoir*, Nantes, 1819, p. 74 e ss.

<sup>(53)</sup> «*La pratique nous montre des affaires où le premier juge a débouté le demandeur en admettant la prescription [...] il est clair que le premier juge a pu, admettant la prescription, s'abstenir totalement d'examiner l'existence du contrat ou du délit invoquées par le demandeur*», così R. JAPIOT, *op. cit.*, § 59.

Invero, dal punto di vista dell'efficacia della pronuncia che accoglie la prescrizione, poco cambia attribuire a quest'ultima valenza di *fin de non-recevoir* o di *défense au fond*. Si è già chiarito che anche la sentenza che accoglie la *fin de non-recevoir* è considerata un *jugement sur le fond* che, ai sensi dell'art. 480 *NCPC*, «*a, dès son prononce, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche*», esattamente come la sentenza di merito <sup>(54)</sup>. Tuttavia, diversamente se si tratta di una *défense au fond*, quando la parte solleva la *fin de non-recevoir* di prescrizione, il giudice è tenuto a statuire immediatamente su di essa in ragione della sua efficacia perentoria. Inoltre, come previsto generalmente per tutte le *fins de non-recevoir*, il giudice può condannare al risarcimento del danno la parte che, con intento dilatorio, non l'abbia prontamente sollevata (art. 123 *NCPC*).

Contrariamente all'*autorité de la chose jugée*, la prescrizione non rientra tra le *fins de non-recevoir d'ordre public*, ossia tra quelle che il giudice può rilevare anche d'ufficio, come chiarisce l'art. 2247 del *Code civil*.

Vi è poi un aspetto molto rilevante connesso con la natura sostanziale o processuale attribuibile ad un istituto e si tratta, in particolare, delle ricadute che tale scelta comporta nell'ambito del diritto internazionale privato. Infatti, in base alle norme di diritto internazionale privato, se l'istituto ha natura processuale sarà regolato dalla cd. *lex fori*, anche quando il rapporto sostanziale rispetto a cui la prescrizione opera è regolato da una legge straniera.

Tuttavia, malgrado la prescrizione rientri tra le *fins de non-recevoir*, e dunque appartenga ad una specie di questioni di natura certamente processuale, la giurisprudenza della *Cour de Cassation* si è sempre

---

<sup>(54)</sup> Su questi aspetti, v. quanto osservato *supra*, in questo capitolo, *sub* § 3.

dimostrata ostile ad applicare la *lex fori* alla prescrizione nei rapporti di diritto internazionale privato. Secondo questa giurisprudenza, infatti, la prescrizione estintiva di una obbligazione deve essere regolata, salva l'applicabilità di una diversa convenzione internazionale, dalla legge sostanziale applicabile e non dalla *lex fori* <sup>(55)</sup>.

Orbene, se fino alla legge del 17 giugno 2008 il legislatore sembrava aver aderito alla concezione processuale della prescrizione in ragione della tenore letterale dell'art. 122 *NCPC*, in seguito alla riforma del 2008 la tesi sostanziale sembrerebbe aver prevalso, come attestato dall'art. 1234 del *Code civil* laddove si afferma che «*les obligations s'éteignent: [...] par la prescription [...]*» e dall'art. 2219 che definisce la prescrizione estintiva come «*un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps*». Inoltre, la riforma del 2008 ha anche risolto *ex iure positivo* ciò che la giurisprudenza soleva affermare in via interpretativa nell'ambito del diritto internazionale privato: il novellato art. 2221 del *Code civil* dispone oggi che «*la prescription extinctive est soumise à la loi régissant le droit qu'elle affecte*».

Peraltro, occorre dare atto dell'esistenza di una voce critica all'interno della dottrina francese rispetto al tenore generale della riforma del 2008 in materia di prescrizione <sup>(56)</sup>.

Secondo questa impostazione, male avrebbe fatto il legislatore del 2008 a non tenere in debita considerazione il ruolo procedurale che il *Code de procédure civile* riconosce ufficialmente oggi alla prescrizione

---

<sup>(55)</sup> «*La compétence de principe de la loi du for pour régir les fins de non-recevoir (art. 122 NCPC), que sont la prescription extinctive et le délai préfix ou de forclusion, n'a les faveurs ni de la jurisprudence [...] ni de la doctrine contemporaine*», v. A HUET, *Compétence de la lex fori*, in *Juris Cl., Droit international*, 2001, vol. 85, § 582.10, p. 20 e ss., cui si rimanda anche la giurisprudenza della *Cour de Cassation* citata.

<sup>(56)</sup> Si tratta di S. JAHEL, *Fin de non-recevoir et ordre processuel*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, p. 723 e ss.

attraverso l'art. 122. A torto, si continua così a considerare che lo scopo principale della prescrizione sia «*de venir en aide à un débiteur qui a tardé à exécuter ses engagements*», quando in realtà essa risponde soprattutto all'esigenza di tenere conto del fattore temporale «*dans le fonctionnement de l'activité administrative et judiciaire*»<sup>(57)</sup>. La prescrizione sarebbe prima di tutto un istituto necessario all'ordine sociale, rispondente ad una regola di ordine pubblico e, pertanto, occorrerebbe ripensarne anche i profili funzionali, a cominciare dalla sua rilevabilità, rimessa esclusivamente all'impulso di parte. Secondo questa opinione, il giudice, essendo incaricato dell'ordine processuale, dovrebbe allora poter rilevare officiosamente la *fin de non-recevoir* relativa alla prescrizione, nel rispetto del principio del contraddittorio (art. 16 *NCPC*) e in conformità del principio espresso dall'art. 125 *NCPC*<sup>(58)</sup>.

##### 5. Ruolo e incidenze della *fin de non-recevoir* nelle azioni di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità

Tra le *fins de non-recevoir* non contemplate nella tradizionale elencazione offerta dall'art. 122 del *NCPC*, una parte importante riguarda l'ambito del diritto di famiglia e, più precisamente, la materia della filiazione. Gli esempi più interessanti, invero, si rinvencono nelle azioni di dichiarazione giudiziale di paternità e di maternità.

È necessario premettere che la disciplina delle *fins de non-recevoir* in questo tipo di azioni è stata fatta oggetto di numerosi interventi di riforma e, in parte, è stata abrogata. Come vedremo, infatti, il le-

<sup>(57)</sup> S. JAHEL, *op. ult. cit.*, p. 729.

<sup>(58)</sup> «*La prescription apparaît, en effet, comme une mesure de paix et de stabilité; elle sert à éteindre des litiges qui ont trop duré, à éliminer les procès sérieux et difficiles à juger, évitant à l'autorité judiciaire de remettre en question des situations de fait qui s'étaient assainies avec le temps. Sa mise en œuvre ne devrait pas dépendre uniquement de la volonté des parties [...]*», S. JAHEL, *op. cit.*, p. 730.

gislatore, attraverso una serie di interventi normativi, ha soppresso talune di queste *fins de non-recevoir*, talvolta trasformandole in difese di merito, talaltra abrogandole *tout court*.

Tuttavia, sebbene si tratti di una normativa in parte non più in vigore, risulta nondimeno interessante soffermarsi su di essa perché ha costituito il terreno applicativo per fare un uso del tutto peculiare della *fin de non-recevoir*.

Nelle azioni di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, infatti, l'irricevibilità è stata usata dal legislatore per sfrondare il dibattito nel merito allo scopo di ridurre l'ampiezza del diritto di azione<sup>(59)</sup> sulla base di motivazioni che variano a seconda dei singoli casi.

## 6. *Le fins de non-recevoir nell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità*

### 6.1. *Motivi di specialità della materia e funzioni attribuite alla irricevibilità*

Nell'ambito dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità, il legislatore si è servito di molteplici *fins de non-recevoir* sia di natura processuale<sup>(60)</sup> sia — come vedremo — di merito<sup>(61)</sup>, soprattutto per re-

---

<sup>(59)</sup> Nel senso fatto proprio dalla definizione di cui all'art. 30 *NCPC* — ossia il diritto di essere ascoltati nel merito della propria pretesa — che, applicata all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, si sostanzia nel diritto di ottenere una pronuncia nel merito dell'invocato rapporto di filiazione. Sul punto, v. quanto già osservato nel cap. I, *passim*, ma spec. *sub* §§ 1 e 2.

<sup>(60)</sup> O, comunque, connesse con il regolare esercizio dell'azione. Ciò, in particolare, fu attuato introducendo una serie di termini previsti a pena di decadenza, ricorrendo così alla *fin de non-recevoir* di *délai préfix*, menzionata espressamente anche dall'art. 121 *NCPC* come una ipotesi di *fin de non-recevoir* che sanziona il difetto di diritto di azione.

<sup>(61)</sup> Si tratta di un aspetto di grande interesse: il fatto che queste *fins de non-recevoir* siano in realtà delle vere e proprie questioni di merito, fa davvero comprendere perché non vi è tanto l'interesse di definire questo istituto, quanto piuttosto di sfruttarne l'effetto — *i.e.* la declaratoria di irricevibilità — tutte le volte in cui, all'interno del processo, per le più varie ragioni, sia inopportuno o non necessario affrontare il merito di una certa questione. E, a tale scopo, è non

stringere il diritto di azione tutte le volte in cui l'attore non avesse allegato degli elementi idonei a dimostrare sin da principio la verosimiglianza della sua pretesa.

L'intenzione del legislatore alla base di questa scelta di politica processuale è chiara: poiché si tratta di una materia che, toccando aspetti tra i più intimi della vita di una persona, presenta non trascurabili profili di riservatezza, vi è la necessità di bilanciare gli interessi contrapposti delle parti prevedendo una serie di cautele che tendono a filtrare le ipotesi in cui è possibile instaurare il contraddittorio.

Ed è proprio a questa precipua funzione che, nella formulazione originaria del contenzioso in materia di filiazione, rispondeva la irricevibilità: essa traduceva, dal punto di vista processuale, la circospezione del legislatore nei confronti di questa materia.

Peraltro, secondo una parte della dottrina, la specialità delle *fins de non-recevoir* in materia di filiazione influenzerebbe anche la struttura stessa di questo giudizio, che si caratterizzerebbe per essere di tipo bifasico<sup>(62)</sup>, dove una prima fase, preposta all'esame della verosimiglianza dell'istanza, è riservata alla discussione dei fatti idonei ad integrare uno dei casi tassativi di apertura dell'azione e di quelli elevati dal legislatore a *fins de non-recevoir*; qualora questa prima fase si concluda positivamente, senza cioè mettere capo ad una declaratoria di irricevibilità, si sarebbe passati alla seconda fase, preposta allo scrutinio nel merito dell'istanza, ossia all'accertamento del vincolo di paternità sulla base dei fatti e delle risultanze probatorie acquisite.

---

solo utile, ma anche necessario che la *fin de non-recevoir* continui a mantenere un'anima variegata, sfuggendo ad una definizione univoca.

<sup>(62)</sup> In questo senso J. CARBONNIER, *Droit civil*, I, Paris, 2004, § 172, p. 526.

6.2. *I casi tassativi di apertura dell'azione confermano la tendenza del legislatore di subordinare la proposizione dell'azione ad una serie di presupposti e cautele di varia natura*

Questa tendenza prudenziale, peraltro, era già ben impressa nello spirito del legislatore storico, come si evince dall'esame dei lavori preparatori alla legge del 16 novembre del 1912 che introdusse nell'ordinamento francese la possibilità di esperire l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità modificando l'art. 340 del *Code civil* che proibiva, in maniera pressoché assoluta<sup>(63)</sup>, la possibilità per il figlio naturale di agire in giudizio per il riconoscimento del proprio *status* nei confronti del genitore.

In uno dei rapporti elaborati dal Senato, infatti, si afferma la necessità di proclamare la irricevibilità dell'azione a fronte dei tanti processi intentati per dare scandalo e destinati certamente all'insuccesso<sup>(64)</sup>, come se nello spirito del relatore vi fosse già la precisa intenzione di servirsi dell'irricevibilità per limitare per quanto possibile un contraddittorio superfluo nel merito: occorreva perciò congegnare un sistema articolato di *fins de non-recevoir* che concentrasse (e possibilmente esaurisse) il dibattito su queste stesse questioni che, se accolte, avrebbero messo fine al

---

<sup>(63)</sup> L'esperimento dell'azione, infatti, era consentito unicamente nei casi di rapimento o di stupro della madre avvenuti durante il periodo legale di concepimento.

<sup>(64)</sup> «*Il est nécessaire, pour arrêter des procès scandaleux et voués à un échec, de proclamer l'irrecevabilité de l'action*», così M. Violette, in qualità di commissario-relatore della Commissione, cit. in A. WAHL, *La recherche judiciaire de la paternité naturelle d'après la loi du 16 novembre 1912*, in *RTD civ.*, 1913, § 55, p. 50. Infatti, anche prima della modifica dell'art. 340 *c.c.*, grazie ad una particolare interpretazione pretoria, si era riusciti ad aggirare il divieto posto dalla legge, consentendo in questo modo ai figli naturali di promuovere l'azione per finalità alimentari, ma senza introdurre alcun filtro di ricevibilità. Sul punto, v. quanto osservato alla nota immediatamente successiva.

processo sanzionando con l'irricevibilità la domanda di accertamento giudiziale della paternità <sup>(65)</sup>.

Invero, la tendenza del legislatore del 1912 a subordinare la proposizione dell'azione ad una serie di presupposti o cautele, si evidenzia anche nella scelta di averla congegnata secondo cinque ipotesi tassative: al di fuori di questi cinque casi, previsti dall'art. 340 del *Code civil* <sup>(66)</sup>, l'azione si considerava infatti inammissibile.

---

<sup>(65)</sup> Il cammino che portò all'adozione della legge del 16 novembre del 1912 fu pazientemente tracciato in Francia grazie alla cooperazione di dottrina e giurisprudenza, che profitò inoltre della notevole attenzione che tale tema aveva suscitato nell'opinione pubblica. Una parte considerevole della cittadinanza, infatti, si dimostrava assai critica verso il modo in cui *Code civil* — taglientemente definito «*fortessee bourgeoise édifiée par la haine et l'égoïsme*» — aveva regolamentato la condizione dei figli naturali: al legislatore del 1804 si rimproverava di aver sostanzialmente negato la possibilità di promuovere l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità e di incoraggiare in questo modo «*le séducteur dans son œuvre néfaste, puisqu'il pouvait impunément abandonner la mère et l'enfant, les livrer à la honte et à la misère*» (così A. BAUDIN, *La recherche judiciaire de la paternité naturelle*, cit., p. 43, a cui si rinvia anche per maggiori approfondimenti sui precedenti normativi storici che, specie durante la Rivoluzione francese, si contraddistinsero per la loro apertura nei riguardi dei figli naturali: in tal senso può forse comprendersi perché il Codice napoleonico scelse di disciplinare così severamente il fenomeno). Così, ben prima che fosse intrapresa qualsiasi iniziativa di legge in tal senso, giovandosi del movimento di quella parte dell'opinione pubblica volto a dar battaglia al disposto dell'art. 340 del *Code civil*, la giurisprudenza cominciò ad offrire un'interpretazione originale all'art. 340, sostanzialmente aggirando il divieto posto da questo articolo. Per tappe successive, andò via via affermandosi un'interpretazione *contra tenorem legis* fino ad ammettere la possibilità di promuovere l'azione di ricerca della paternità volta ad ottenere il diritto alla prestazione degli alimenti. Detto in estrema sintesi, la giurisprudenza pervenne a questo risultato servendosi dell'art. 1382 del *Code civil* in materia di illecito aquiliano, esteso alla cd. seduzione fraudolenta, nonché attraverso un'argomentazione secondo la quale la validità *ex lege* della promessa in forma di scrittura privata con il quale il padre naturale prometteva di provvedere ai bisogni del figlio, portava in sé la naturale conseguenza di abrogare implicitamente il contenuto dell'art. 340. Invero, la nuova formulazione dell'articolo 340 del *Code civil* che si ebbe grazie alla legge del 16 novembre del 1912 fu di compromesso perché il legislatore dovette tenere conto della reticenza manifestata dalla prevalenza dei parlamentari nei confronti di questa materia (il testo dell'art. 340 licenziato come definitivo, è riportato alla nota immediatamente successiva).

<sup>(66)</sup> Art. 340 *Code civil*: «*La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée:*

Questa impostazione — mantenuta sino al 1993 quando la legge dell'8 gennaio abrogò i cinque casi tipizzati di apertura dell'*action en recherche de paternité* <sup>(67)</sup> — era sostanzialmente frutto del compromesso tra le istanze contrapposte che aveva caratterizzato l'opera riformatrice del legislatore del 1912 e che si risolveva, quantomeno alla luce di come erano state congegnate tre delle cinque fattispecie, nella possibilità di promuovere l'azione solamente a fronte di una certa forma di accettazione nei confronti del figlio: gli scritti provenienti dal padre tenevano luogo al riconoscimento, sia pure attuato in difetto di forma solenne; la convivenza *more uxorio* come forma surrogata di matrimonio; il fatto di aver contribuito al mantenimento del figlio come forma di manifestazione tacita della volontà di assumere il ruolo di genitore.

---

1) *Dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque des faits se rapportera à celle de la conception;*

2) *Dans le cas de séduction, accomplie à l'aide de manoeuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, et s'il existe un commencement de preuve par écrit privé dans les termes de l'article 1347 du Code civil;*

3) *Dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit émanant du père prétendu, propres à établir la paternité d'une manière non équivoque;*

4) *Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage notoire;*

5) *Dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien, à l'éducation ou à l'établissement de l'enfant en qualité de père».*

<sup>(67)</sup> Il testo dell'art. 340, invero, fu modificato anche nel 1972 ad opera della riforma che interessò la materia della filiazione. Tuttavia, si trattò di un intervento piuttosto marginale dato che sostanzialmente, salvo alcuni aggiustamenti, le ipotesi di apertura dell'azione riprendevano la casistica del 1912. In particolare, fu alleggerito il quarto caso di apertura dell'azione poiché il requisito della notoria convivenza *more uxorio* tra il preteso padre e la madre durante il periodo legale di concepimento, fu sostituito con la relazione stabile e continua tra costoro purché intercorsa durante il periodo legale di concepimento. Al rispetto dei cinque casi di apertura dell'azione presidiava severamente la *Cour de cassation*, secondo la quale «à défaut de prouver que la situation correspondait à l'un des cas d'ouverture, l'établissement de la paternité prétendue s'avèrait impossible», così, *ex multis*, Cass. I<sup>ère</sup> civ., 5 juillet 1988. La valenza di condizioni di ammissibilità è ribadita anche nella tesi di A. BAUDIN, *La recherche judiciaire de la paternité naturelle et la loi du 16 novembre 1912*, cit., p. 124: «[...] ce ne sont là que des conditions d'admissibilité de la demande. Même vérifiés, les faits dont parle l'article premier ne lient pas le tribunal. Il peut toujours débouter le demandeur, s'il ne les trouve pas suffisamment pertinents».

A tal proposito, vale poi la pena ricordare che il testo definitivo della legge, così come licenziato dalla riforma del 1912, aveva modificato l'espressione «*recherche de la paternité*», contenuta nell'avanprogetto, con «*reconnaissance judiciaire*» e, nello stesso spirito, disponeva anche l'art. 340 laddove affermava che la paternità naturale «*peut être judiciairement déclarée*». La commissione del Senato, infatti, evitò intenzionalmente di parlare di “azione di ricerca della paternità” poiché — si disse — non si trattava di una ricerca, ma piuttosto di una constatazione e di una dichiarazione da parte di un tribunale di una paternità già accettata, quanto meno tacitamente <sup>(68)</sup>.

Le condizioni di apertura dell'azione, pertanto, si strutturano in una serie di fattispecie che traducono, dal punto di vista processuale, quell'esigenza di politica legislativa secondo cui l'azione può essere promossa solamente a fronte di certe manifestazioni dell'accettazione del figlio. Qualora l'azione sia proposta al di fuori di questi casi, ovvero sorga contestazione e non si riesca a fornire la prova dei fatti elevati a condizioni di ammissibilità, l'azione è inammissibile.

---

<sup>(68)</sup> Lo ricorda A. BAUDIN, *La recherche judiciaire de la paternité naturelle*, cit., p. 93. Per inciso, costatiamo che l'interesse del legislatore storico francese verso queste sfumature di significato non deriva affatto dalla riflessione intorno alla natura, dichiarativa o costitutiva, della sentenza resa in questo tipo di giudizio, temi che ben si rapporterebbero, ad esempio, con la riflessione intorno allo scopo del processo: un'ulteriore attestazione di quanto in questo ordinamento fosse radicata l'idea di un processo tradizionalmente orientato alla realizzazione della volontà perseguita dalle parti («*le procès est la chose des parties*», si afferma generalmente nella tradizione francese relativa alla neutralità del giudice). Oggi, invero, si riconosce che le azioni in materia di filiazione hanno natura dichiarativa e si afferma che i loro effetti retroagiscono al momento della nascita, anche se la dottrina si è molto spesa per trovare degli argomenti dogmatici che spiegassero come una sentenza di tipo dichiarativo potesse essere sorretta dall'«*autorité absolue de chose jugée, c'est-à-dire à l'égard de tous*». V., sul punto, F. GRANET-LAMBRECHTS, *Actions relatives à la filiation*, in MURAT P. (sous la direction de), *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 2016-2017, sub §§ 213.21-22.

### 6.3. *Le fins de non-recevoir legate al tempo: dal délai préfix al délai de prescription*

Per quanto invece concerne l'esame delle *fins de non-recevoir*, occorre procedere per gradi.

In primo luogo, un certo numero di *fins de non-recevoir* si sostanziano in dei termini decadenziali entro i quali promuovere le azioni in materia di filiazione, così ricorrendo alla *fin de non-recevoir* di *délai préfix* che, come già sappiamo, costituirà poi una delle *fins de non-recevoir* che il *Nouveau Code de procédure civile* includerà nell'elenco (non tassativo) offerto dall'art. 122.

Servirsi di termini di decadenza per porre dei limiti all'instaurazione del contenzioso, costituisce una tecnica processuale usuale: l'irricevibilità sanziona la pretesa perché l'attore, avendo proposto l'azione fuori termine, è sprovvisto del diritto di agire (nel senso evocato dall'art. 122 *NCPC*); la *fin de non-recevoir* di *délai préfix*, inoltre, è sempre rilevabile d'ufficio perché risponde ad un interesse di ordine pubblico (che, in questo caso, in ragione della specialità della materia, è doppiamente avvertito).

Si tratta di un'impostazione che era già condivisa dalla giurisprudenza ben prima dell'adozione del *Nouveau code de procédure civile*, il quale, oltre a disciplinare l'istituto, all'art. 125 prevederà la rilevanza officiosa delle *fins de non-recevoir* sorrette da un interesse pubblico, di cui il *délai préfix* costituisce esempio <sup>(69)</sup>.

Invero, è di un certo interesse dare conto dell'evoluzione normativa che ha interessato la questione sottesa a questa prima *fin de non-*

---

<sup>(69)</sup> V. infatti quanto osservato *supra*, cap. I, *sub* § 6, e in questo capitolo, *sub* § 6.3, in merito all'art. 125 *NCPC* che si occupa della rilevanza officiosa delle *fins de non-recevoir* di carattere pubblico.

*recevoir* poiché il termine, da decadenziale, è stato successivamente convertito in termine prescrizione.

Fino alla riforma del 2005, l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità, infatti, poteva essere promossa entro i due anni successivi alla nascita, alla cessazione della convivenza *more uxorio* o alla partecipazione al mantenimento del figlio, qualora l'azione fosse promossa dalla madre durante la minore età del figlio; viceversa, i due anni decorrevano dal momento del raggiungimento della maggiore età quando il figlio agiva *iure proprio*. Si trattava, come detto, di termini previsti a pena di decadenza, sorretti da un interesse pubblico e pertanto rilevabili d'ufficio; la brevità dei termini, poi, è conforme alla generale circospezione con cui il legislatore storico aveva disciplinato questa materia.

L'ordinanza n. 2005-759 del 4 luglio 2005 interviene sul punto ampliando notevolmente questi termini e, soprattutto, modificandone la natura: non più termini decadenziali, ma di prescrizione <sup>(70)</sup>. Ciò dimostra che il legislatore ha adottato un diverso punto di vista nel regolamentare le azioni in materia di filiazione: se è vero che si tratta pur sempre di una *fin de non-recevoir* che il preteso padre convenuto può opporre per impedire il dibattito nel merito, tuttavia non si tratta più di un breve termine decadenziale, pensato soprattutto a vantaggio del convenuto. Oggi l'azione si prescrive quando sono decorsi dieci anni dal raggiungimento della maggiore età del figlio e rimane sempre promuovibile — i termini prescrizionali sono sospesi — da parte della madre, legittimata straordinaria all'azione durante la minore età del figlio <sup>(71)</sup>.

---

<sup>(70)</sup> Art. 321 *Code civil*: «Sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté. A l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité».

<sup>(71)</sup> Infatti, la madre che promuove l'azione di riconoscimento giudiziale di paternità esercita un diritto personale del figlio sostituendosi a quest'ultimo, una facoltà che discende direttamente dal suo *status* di genitrice: in questo caso non

Il decorso del tempo, insomma, è pensato soprattutto a vantaggio dell'attore — seppur non in assoluto: l'azione, infatti, non è imprescrittibile poiché l'ordinamento esige pur sempre che l'interessato si attivi entro un certo termine per non esporre *ad libitum* i terzi — e in ciò sta anche il cambio di prospettiva del legislatore: è sembrato ragionevole concedere al figlio un tempo sufficientemente lungo per poter raccogliere degli elementi di prova sulla cui base decidere se promuovere o meno l'azione giudiziale di paternità e, al contempo, di disporre del tempo necessario per raggiungere una propria maturità, specie emotiva.

Alla luce della considerevole evoluzione scientifica che ha interessato la genetica e le tecniche impiegate per condurre le indagini in questo campo, l'ordinamento non ha più motivo oggi di essere *a priori* diffidente verso questo tipo di azioni, né di inserire nel processo, per supplire all'assenza di una prova scientificamente idonea, un nutrito numero di *fins de non-recevoir* allo scopo di impedire l'esame nel merito della pretesa <sup>(72)</sup>.

---

agisce (solo) in qualità di rappresentante, sebbene, tecnicamente, ella lo sia. Sul punto, v. *infra*, in questo capitolo, § 6.7, *sub* nota 87.

<sup>(72)</sup> Nella sua tesi dedicata all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità in seguito alla legge del 16 novembre del 1912, A. BAUDIN, avvocato di Tolosa e dottore di ricerca presso la medesima Università, riferisce che la nuova legge «*a mis à la disposition du défendeur un certain nombre d'exceptions qui, une fois vérifiées, aboutissent au rejet immédiat de l'action, sans que le juge ait besoin d'entrer dans l'examen du fond*». L'autore prosegue poi dichiarando di aver utilizzato il termine «*exception*» unicamente per conformarsi al linguaggio adoperato nei lavori preparatori ma che, in verità, «*les prétendues exceptions sont de véritables fins de non-recevoir*» che egli descrive come dei fatti che, se verificati, renderanno impossibile l'accertamento della pretesa paternità (A. BAUDIN, *La recherche judiciaire de la paternité*, cit., p. 125). Baudin ricorda quindi quelle che sono le caratteristiche delle *exceptions*, ossia il fatto di costituire un ostacolo solo temporaneo allo svolgimento del processo, la necessità di sollevarle prima di ogni difesa di merito e il divieto per il giudice di rilevarle d'ufficio nel caso in cui il convenuto non vi avesse provveduto. Al contrario, riporta l'autore, «*les fins de non-recevoir sont de véritables moyens de défens au fond: elles mettent fin au procès, [...] elles peuvent être opposée en tout état de cause, et jusqu'à la sentence; enfin le juge, au cas d'abstention du défendeur, peut les déclarer d'office*». È interessante notare come l'impostazione seguita

#### 6.4. I profili funzionali delle *fins de non-recevoir* legate al merito

In passato, rispondevano a questa precipua esigenza specialmente quattro *fins de non-recevoir*, contenute nell'art. 340, 2<sup>e</sup> al., dove le prime tre furono introdotte *ab origine* con la legge del 1912, mentre l'ultima fu introdotta con la legge del 15 luglio del 1955.

Come tutte le *fins de non-recevoir*, anche queste comportavano che l'irricevibilità dell'azione, ma la loro particolarità sta nella formulazione poiché esse, in buona sostanza, elevavano a questioni di ricevibilità delle vere e proprie questioni di merito che, se accertate, funzionavano come delle presunzioni dalle quali desumere l'impossibilità per l'attore di riuscire a fornire la prova della paternità.

Si trattava di un'impossibilità prima di tutto tecnica, in un'epoca in cui la scienza non disponeva ancora delle conoscenze idonee per riuscire a provare con un elevato grado di certezza il vincolo di parentela tra le parti, specie in fattispecie problematiche dove si registrava la presenza di concause in grado di alterare il quadro indiziario offerto dall'attore.

Per molto tempo, infatti, la verità biologica non era accessibile, potendo esclusivamente essere dedotta in via indiretta sulla base di certi

---

da questo autore sia davvero figlia del suo tempo in quanto riflette perfettamente l'impostazione binaria che l'*Ancien Code de procédure civile* aveva adottato rispetto agli strumenti di difesa, dove alle *exceptions de procédure* si contrapponevano unicamente le *défenses au fond* senza che il codice menzionasse le *fins de non-recevoir*. L'autore ritiene, inoltre, che l'utilizzo del termine «*exception*» nei lavori preparatori dell'azione di accertamento giudiziale di paternità, si giustifica nel fatto che i membri dell'Assemblea ritenevano che il convenuto in un processo di questo tipo avrebbe certamente opposto la *fin de non-recevoir in limine litis*, quasi come se si trattasse di un'*exception de procédure* (per lo meno secondo l'impostazione binaria accolta dall'*ACPC*). Tuttavia, quand'anche il convenuto avesse ommesso di sollevare la *fin de non-recevoir in limine*, avrebbe potuto farlo fino alla pronuncia della sentenza in primo grado e pure in appello, in ragione del loro regime speciale che le differenziava profondamente dalle *exceptions de procédure*. Così A. BAUDIN, *op. cit.*, cap. III, *passim*, ma spec. pp. 126-127.

fatti e con un margine di errore più o meno alto, ma pur tuttavia sempre presente, il che naturalmente faceva sì che il legislatore nutrisse quell'atteggiamento di diffidenza di cui abbiamo già dato conto.

Ciò premesso, l'art. 340, 2<sup>e</sup> *al.* del *Code civil* stabiliva che l'azione di dichiarazione giudiziale di paternità dovesse essere dichiarata irricevibile nel caso in cui: 1) la madre avesse osservato una condotta notoriamente disdicevole durante il periodo di concepimento, ovvero 2) avesse intrattenuto nello stesso periodo una relazione con un altro individuo (cd. *exceptio plurium concubentium*); 3) il preteso padre si trovasse nell'impossibilità fisica di aver generato il figlio durante il periodo legale di concepimento; 4) i risultati di un'analisi sanguigna avessero escluso la paternità del convenuto.

*6.4.1. Le fins de non-recevoir operano come presunzioni dalle quali desumere l'impossibilità per l'attore di riuscire a fornire la prova della paternità*

Le prime due *fins de non-recevoir* si ricollegano ad una situazione nella quale la filiazione dal lato paterno dell'attore risultava indeterminabile (non disponendo ancora di conoscenze scientifiche idonee allo scopo): in queste due ipotesi, infatti, la legge presume che in presenza di una pluralità di rapporti intrattenuti dalla madre sia impossibile stabilire con certezza chi sia il vero padre del figlio. Se i fatti alla base delle *fins de non-recevoir* sono accertati, il legislatore, anziché entrare nel merito della pretesa e respingerla per l'impossibilità di fornire la prova univoca della paternità, ha preferito fermarsi ad un momento logico antecedente e servirsi della irricevibilità per evitare un contraddittorio superfluo e invasivo per la sfera privata del convenuto.

Dal punto di vista tecnico, si tratta di vere e proprie questioni di merito che però non producono l'effetto tipico delle *défenses au fond* — contestare l'esistenza del diritto invocato dall'attore per farlo rigettare

come infondato secondo quanto stabilito dall'art. 71 *NCPC* <sup>(73)</sup> — perché il legislatore, allo scopo di evitare un contraddittorio che avrebbe potuto dare scandalo, le ha trasformate in *fins de non-recevoir* conferendo loro la funzione processuale di impedire di entrare nel merito del rapporto di filiazione nel senso fatto proprio dagli artt. 122, 30 e 32 del *NCPC*.

Se l'azione è il diritto, per l'autore di una pretesa, di essere ascoltato sul merito di questa affinché il giudice si pronunci sulla sua fondatezza, la *fin de non-recevoir* è lo strumento che nega questo diritto, traducendo operativamente la regola posta dall'art. 32 secondo cui è irricevibile qualsiasi pretesa azionata da o contro una persona sprovvista del diritto di azione.

Pertanto, è possibile pervenire alla conclusione che per lungo tempo — quanto meno fino alla riforma del 1993, ma più compiutamente grazie a quella del 2005 — nell'ambito del contenzioso in materia di filiazione, l'azione fosse riconosciuta solamente a quanti avessero allegato, sin da principio, fatti idonei a fare presumere, con un certo grado di plausibilità, la paternità del convenuto.

#### 6.4.2. (Segue.) *Le fins de non-recevoir legate al merito escludono con elevata probabilità la paternità del convenuto*

Il secondo sottogruppo di *fins de non-recevoir* previste dall'art. 340, 2<sup>e</sup> *al.*, si distingueva dal primo perché l'irricevibilità non derivava dall'indeterminabilità della pretesa sostanziale, bensì dalla (elevata) probabilità della non paternità del convenuto, dato che queste *fins de non-recevoir* riguardavano l'impossibilità fisica di aver generato il figlio sia per motivi di lontananza, sia a causa di qualche accidente, ovvero attra-

---

<sup>(73)</sup> Art. 71 *NCPC*: «*Constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit, la prétention de l'adversaire*».

verso un'analisi del sangue <sup>(74)</sup> che permettesse di stabilire la non paternità del convenuto.

Per quanto concerne quest'ultima ipotesi, è opportuno ricordare che il carattere di *fin de non-recevoir* riconosciuto alla cd. *expertise hématologique* nell'ambito della dichiarazione giudiziale di paternità, si ebbe con l'intervento della legge del 15 luglio del 1955, la quale elevò a motivo di irricevibilità ciò che prima costituiva una semplice *défense au fond* <sup>(75)</sup>. Questa misura rispondeva all'esigenza di aggiornare, alla luce dei ritrovati scientifici del tempo, il disposto originario dell'art. 340 del *Code civil* il quale, prima di questa modifica, contemplava unicamente delle *fins de non-recevoir* di carattere presuntivo basate su valutazioni atinenti alla condotta della madre o del padre.

#### 6.5. *L'incidenza della expertise hématologique elevata a fin de non-recevoir nell'ambito dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità*

Prima della legge del 1955, il raffronto tra i gruppi sanguigni delle parti era stato talvolta utilizzato in ambito probatorio, ma senza la possibilità di pervenire ad altra conclusione che non fosse la generica compatibilità tra i materiali biologici; la giurisprudenza, inoltre, era poco incline a farvi ricorso <sup>(76)</sup>. Ma, in seguito, i progressi della scienza mutaro-

---

<sup>(74)</sup> Accanto a questo esame, la riforma del 1972 aveva aggiunto qualsiasi altro strumento medico-scientifico idoneo a conferire certezza («*Si le père prétendu établi par un par une expertise sanguine ou par toute autre méthode médicale certaine qu'il ne peut être le père de l'enfant*»).

<sup>(75)</sup> In argomento, v. B. OPPETIT, *Les fins de non-recevoir a l'action en recherche de paternité naturelle*, in *RTD civ.*, 1967, p. 749 e ss.; P. HÉBRAUD, *Fins de non-recevoir: expertise sérologique dans l'action en recherche de paternité naturelle*, in *RTD civ.*, 1970, p. 397; ID., *Fins de non-recevoir: conséquences du caractère de fin de non-recevoir conféré par la loi du 15 juillet 1955 à l'expertise hématologique dans l'action en recherche de paternité naturelle*, in *RDT civ.*, 1961, p. 534.

<sup>(76)</sup> Lo rammenta F. GRANET-LAMBRECHTS, *Actions relatives à la filiation. Modes de preuve de la filiation*, in MURAT P. (sous la direction de), *Droit de la*

no sensibilmente il quadro di riferimento poiché l'esame comparato del sangue permetteva di addivenire ad una prova pressoché certa della non paternità, nel caso in cui vi fosse incompatibilità tra i gruppi sanguigni degli interessati <sup>(77)</sup>.

Questa legge, pertanto, conferì consacrazione normativa al raffronto ematico nell'ambito delle azioni di ricerca giudiziale di paternità apportando, al contempo, anche un rilevante aspetto novativo: l'elezione di questo strumento difensivo a *fin de non-recevoir*.

Dal punto di vista processuale, ciò comportò un deciso rafforzamento della sua efficacia intrinseca in ragione del differente regime riservatole <sup>(78)</sup>: il giudice perdeva la discrezionalità con cui valutare l'opportunità di ammettere la perizia sanguigna come strumento di prova, essendo ora obbligato a disporla non appena il convenuto ne avesse fatto richiesta trattandosi di una *fin de non-recevoir* <sup>(79)</sup>.

Inoltre, e si tratta di un aspetto assai rilevante, poiché la decisione sulla *fin de non recevoir* è una pronuncia avente carattere contenzioso e definitivo — si tratta cioè di un *jugement sur le fond* — è sorretta dall'autorità di cosa giudicata; ciò comporta, nel momento in cui viene pronunciata, le *dessaisissement du juge*, ossia l'impossibilità per il giudice di ritornare su quanto deciso, come precisano gli art. 480-481 *NCPC*

*famille*, cit., § 211.41, cui si rimanda anche per un *excursus* sull'evoluzione della prova scientifica in questa materia.

<sup>(77)</sup> V. J. MASSIP, *La preuve scientifique de la paternité et la pratique judiciaire*, in C. LABRUSSE, G. CORNU (sous la direction de), *Colloque Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, 1982, p. 57.

<sup>(78)</sup> «L'érection de ce moyen de défense en fin de non-recevoi n'a rien changé dans l'aspect matériel ou la valeur concrète de l'expertise; mais la transformation de sa nature juridique tend à en renforcer l'efficacité, telle qu'elle résulte de son régime procédural», così P. HÉBRAUD, *Fins de non-recevoir: conséquences du caractère de fin de non-recevoir conféré par la loi du 15 juillet 1955 à l'expertise hématologique dans l'action en recherche de paternité naturelle*, in *RDT civ.*, 1961, p. 534.

<sup>(79)</sup> Sulla quale, ricordiamo, il giudice era obbligato a statuire senza necessità che la parte giustificasse la richiesta («*sans grief*») e senza preclusioni di sorta: la *fin de non-recevoir* poteva essere sollevata in qualsiasi momento della lite.

(<sup>80</sup>). In questo modo, dunque, il convenuto, attraverso un vaglio di ricevibilità, aveva la possibilità di ottenere una pronuncia che, di fatto, gli era favorevole nel merito (incompatibilità tra gruppi sanguigni = non paternità) e per di più dotata dell'autorità di cosa giudicata.

Conseguentemente, mutò anche l'ordine logico con cui il giudice era tenuto ad esaminare la richiesta relativa al raffronto ematico rispetto alle altre questioni: l'effetto perentorio che la legge ricollegava a tale strumento difensivo, aveva lo scopo di limitare il dibattito a una discussione sulla ricevibilità e solo in caso di mancato accoglimento della *fin de non-recevoir*, si sarebbe potuto proseguire fino al punto di esaminare la fondatezza della pretesa.

Infatti, se prima del 1955 la perizia poteva essere accolta esclusivamente a titolo di *défense au fond*, il che presupponeva che l'azione fosse prima ricevibile e poi ammissibile (<sup>81</sup>), in seguito alla novella del 1955, il giudice doveva per prima cosa statuire sulla *fin de non-recevoir*, poi sui casi di apertura dell'azione, quindi sul merito in senso stretto.

Questo, naturalmente, nel caso in cui la *fin de non-recevoir* fosse sollevata *in limine litis* (come peraltro normalmente avveniva), il che non escludeva che la questione potesse essere sollevata anche in un momento successivo: a quel punto il giudice avrebbe dovuto sospendere ogni altra

---

(<sup>80</sup>) Su questi aspetti, v. quanto già osservato *supra* in relazione all'*autorité de la chose jugée*, in questo capitolo, sez. I., spec. *sub* § 8. Tecnicamente, gli artt. 480-481 sono inclusi nel *NCPC*, licenziato nel 1975, dunque in un momento successivo al 1955, quando ancora vigeva l'*ACPC*. Già a quel tempo, tuttavia, si affermava che «*pour qu'il ait l'autorité de la chose jugée, le jugement doit apporter une solution définitive d'une question litigieuse*» (così M. OMAR, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, Thèse, Paris, 1967, p. 189), il che lascia intendere che anche allora le decisioni sulle *fins de non-recevoir* fossero dotate dell'autorità di cosa giudicata.

(<sup>81</sup>) Così la *Cour de Cassation* cassò come prematura la decisione che aveva ordinato l'esperimento della perizia ematica prima di aver accertato l'esistenza dei fatti posti alle base delle condizioni di apertura dell'azione di cui all'art. 340, 1<sup>er</sup> al. del *Code civil*, v. Cass. civ., 1<sup>ere</sup>, 29 octobre 1957, in *Sem. Jur.* 1957, 10.336, *obs.* MONTERRA.

cognizione e passare ad esaminare la *fin de non-recevoir* che, se accolta, avrebbe comportato la caducazione di ogni altra decisione emessa *medio tempore*, ad esempio sulla sussistenza di uno dei casi di apertura dell'azione.

In applicazione di questi principi, la *Cour de Cassation* cassò giudicando viziata e prematura la decisione che, non rispettando il carattere perentorio e preliminare della *fin de non recevoir*, aveva disposto l'esame ematico affermando, al contempo, l'esistenza di un presupposto di apertura dell'azione di ricerca di paternità (nel caso di specie, la convivenza *more uxorio* tra la madre e il preteso padre all'epoca del concepimento) <sup>(82)</sup>.

Un aspetto problematico, poi, riguardava le tempistiche per l'esperimento del raffronto ematico: si trattava, infatti, di un protocollo che impegnava un certo tempo e che non di rado veniva utilizzato dal convenuto con intenzioni dilatorie. Pertanto, si affermò la prassi di disporre senz'altro l'*expertise hématologique* e, al contempo, di procedere con l'assunzione di altre misure di istruzione (specialmente sulle cause di apertura dell'azione). In questo modo, decorso il tempo necessario per ottenere i risultati dell'esame ematico, il giudice avrebbe potuto pronunciarsi sulla *fin de non-recevoir* e, se questa non avesse escluso la possibilità della paternità, anche sul merito <sup>(83)</sup>.

Nel corso del tempo, specialmente in seguito alla riforma del 1972 che, accanto alla *expertise hématologique*, aveva elevato a *fin de non-recevoir* anche qualsiasi altro strumento medico-scientifico idoneo a conferire certezza relativamente alla non paternità del convenuto, la giurisprudenza della *Cour de Cassation* ebbe modo di sviluppare una serie

---

<sup>(82)</sup> Cass. civ., 1<sup>ere</sup>, 13 mars 1961, in *Gaz. Pal.*, 22-25 juillet 1961.

<sup>(83)</sup> In questi termini B. OPPETIT, *Les fins de non-recevoir a l'action en recherche de paternité naturelle*, cit., p. 758, cui si rimanda anche per i riferimenti giurisprudenziali.

di principi applicabili a questo tipo di difese e condensabili nella massima secondo cui doveva trattarsi di uno strumento medico le cui risultanze scientifiche fossero di tale natura da escludere qualsiasi possibilità in relazione alla presunta paternità del convenuto. Solamente nel caso in cui l'esame richiesto presentasse queste caratteristiche — che dunque ne facevano una *fin de non-recevoir* — il giudice era obbligato a disporlo, viceversa rimaneva facoltativo come qualsiasi altra misura d'istruzione<sup>(84)</sup>.

*6.6. Le fins de non-recevoir relative al carattere extraconiugale o incestuoso della relazione traducono sul piano processuale un divieto di ordine sostanziale*

Invero, accanto alle *fins de non-recevoir* previste dall'art. 340, 1<sup>er</sup> al. del *Code civil*, l'art. 342, nella sua originaria formulazione del 1912, prevedeva la possibilità per il preteso padre che all'epoca del concepimento fosse già sposato con un'altra donna ovvero, quand'anche celibe, non potesse in ogni caso contrarre matrimonio con la madre per un vincolo di parentela, di opporre la *fin de non-recevoir* con cui far valere il carattere incestuoso o extraconiugale della relazione, dato che tali ipotesi costituivano ostacolo alla possibilità di accertare giudizialmente il rapporto di filiazione.

Si tratta, in questo caso, di due *fins de non-recevoir* che traducevano processualmente l'impossibilità di accertare (ma anche di riconoscere spontaneamente) la filiazione quando questa fosse contraria all'ordine pubblico. In questo senso, dunque, l'irricevibilità risponde ad

---

<sup>(84)</sup> In argomento v. M. DOUCHY-OU DOT, «*Filiation*», in *Répertoire procédure civile de l'Encyclopédie Dalloz*, déc. 2015-avr. 2017 (act.), sub § 94 e ss.; J. MASSIP, *Cassation de l'arrêt qui refuse un examen des sangs tendant à établir l'existence d'une fin de non-recevoir*, in *Rec. Dalloz*, 1993, p. 29 e ss.

esigenze di pura coerenza interna dell'ordinamento: sarebbe illogico sanzionare sul piano sostanziale l'incesto (o l'adulterio) e, al contempo, ammettere la possibilità di accertare giudizialmente una filiazione incestuosa (o adulterina).

Queste due ultime *fins de non-recevoir* vennero soppresse grazie alla legge del 3 gennaio 1972 <sup>(85)</sup> e, successivamente, la legge dell'8 gennaio del 1993 riorganizzò anche il sistema delle *fins de non-recevoir* previste dall'art. 340, 1<sup>er</sup> al. del *Code civil*: queste ultime furono abolite (in particolare quelle relative alla condotta della madre) oppure, come nel caso dell'*expertise hématologique*, ricondotte nell'ambito delle *défenses au fond*.

*6.7. La disciplina odierna dell'azione di dichiarazione giudiziale di paternità non ha interamente soppresso l'obbligo per il giudice di vagliare preliminarmente alcune questioni di ricevibilità*

Da ultimo, la materia *de qua* è stata interessata dall'ordinanza del 4 luglio 2005 che ha sancito il principio di libertà della prova nell'ambito delle azioni di ricerca della paternità naturale.

---

<sup>(85)</sup> A differenza della nuova attitudine liberale adottata nei confronti della filiazione adulterina, nei riguardi dell'incesto l'abolizione interessò unicamente i casi di incesto cd. relativo, ossia coinvolgente i vincoli di parentela meno prossimi, per i quali anche l'impedimento matrimoniale era suscettibile di dispensa, mentre permane tutt'ora la *fin de non-recevoir d'ordre public* rispetto alle azioni di accertamento giudiziale di paternità (ma è ammessa l'azione per la prestazione alimentare) quando il figlio sia nato da un incesto cd. assoluto, coinvolgente cioè i gradi di parentela più prossimi. A tal proposito, l'art. 310-2 del *Code civil* dispone che «*s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit*», mentre i citati artt. 161 e 162 proibiscono, rispettivamente, il matrimonio in linea retta tra ascendenti e discendenti di qualsiasi grado e, in linea collaterale, tra fratelli e sorelle.

Invero, anche nella disciplina vigente le *fins de non-recevoir* — seppur complessivamente ridotte — svolgono pur sempre un ruolo di filtro rispetto all'esame del merito: per poter ammettere la prova, infatti, il giudice deve prima esaminare se l'azione sia ricevibile, come prevede l'art. 310-3 del *Code civil* <sup>(86)</sup>.

Questo incumbente, necessariamente preliminare, si sostanzia oggi in uno scrutinio sulle *fins de non-recevoir* "classiche", quali la legittimazione <sup>(87)</sup> e l'interesse ad agire <sup>(88)</sup>, la prescrizione, oltre a quella spe-

---

<sup>(86)</sup> Art. 310 *Code civ.*: «*Si une action est engagée en application du chapitre III du présent titre, la filiation se prouve et se conteste par tous moyens, sous réserve de la recevabilité de l'action*».

<sup>(87)</sup> In punto di legittimazione, quella attiva è rimessa solamente al figlio, che agisce personalmente se maggiorenne o anche, secondo una ormai consolidata giurisprudenza, se emancipato. Nel caso in cui il figlio maggiore d'età sia interdetto, il tutore può agire in sua rappresentanza previa autorizzazione del *Conseil de famille*, ossia un organo di tutela composto da sei a otto membri che il giudice tutelare sceglie tra i parenti più prossimi dell'incapace o, in particolari circostanze, tra la cerchia degli amici di famiglia, tra i vicini, o comunque, tra le persone che si interessano del soggetto (*Code civ.*, art. 408). I compiti del *Conseil de famille* sono disciplinati dal *Code civil* nell'ambito degli istituti posti a protezione dei soggetti incapaci, e sostanzialmente riguardano tutte le decisioni più importanti che coinvolgono la persona o i beni dell'incapace, il che si traduce nella necessità che taluni degli atti posti in essere dal tutore siano sorretti dalla previa autorizzazione del *Conseil de famille*. Nel caso in cui il figlio maggiorenne sia invece solo inabilitato, può agire personalmente purché sia assistito dal curatore. In caso di morte del figlio, l'azione di ricerca giudiziale della paternità può essere promossa o continuata dai suoi eredi. Nella pratica, comunque, l'azione è intrapresa nella maggior parte dei casi durante la minore età del figlio dalla madre, anche minorenni, la quale, come già avveniva nel diritto previgente, è legittimata ad agire ma unicamente per far valere il diritto del figlio, sia pure in termini che prescindono dall'istituto della rappresentanza legale dei soggetti incapaci (il cd. *défaut de capacité*, sanzionato attraverso la *nullité pour irrégularité de fond*, artt. 117-122 *NCPC*). La madre che promuove l'azione di riconoscimento giudiziale di paternità in luogo del figlio esercita infatti un proprio diritto personale, che discende direttamente dal suo *status* di genitrice e non dal fatto di esserne la rappresentante: quest'ultima, infatti, non ha bisogno dell'autorizzazione da parte del giudice tutelare (in questo senso, *Cassation civ.*, 1<sup>ere</sup>, 12 octobre 1983, in *Gaz. Pal.*, 1984, 1.53, *obs.* GRIMALDI). L'azione è diretta contro il preteso padre che, se minore, in ragione del carattere personalissimo dell'azione, deve tuttavia prendere ugualmente parte al giudizio, in presenza del o dei rappresentanti legali. Lo stesso non avviene nel caso in cui il preteso padre sia maggiorenne ma interdetto, perché l'azione deve essere

ziale rappresentata dall'incesto assoluto. Più delicato, invece, l'esame della *fin de non-recevoir* relativa all'autorità di cosa giudicata, specialmente nel caso di una pronuncia di irricevibilità resa nel giudizio promosso dalla madre durante la minore età del figlio, qualora il figlio, divenuto maggiorenne, intenda agire *iure proprio* nei confronti del medesimo convenuto (<sup>89</sup>).

La specialità della materia, dunque, mantiene ancora oggi il proprio impianto originale: il legislatore impone al giudice di esaminare preliminarmente le questioni di ricevibilità prima di poter passare ad esaminare il merito.

## 7. *La fin de non-recevoir di "accouchement sous X" nell'ambito dell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità*

### 7.1. *Il parto anonimo in Francia: origini e istituzionalizzazione del fenomeno*

---

promossa unicamente nei confronti del rappresentante, ossia il tutore; se è invece è solamente inabilitato, l'azione è promossa congiuntamente sia nei suoi confronti sia verso il curatore. Nel caso in cui il preteso padre sia deceduto, l'azione è promossa nei confronti degli eredi quando abbiano accettato la successione. Qualora nessuno degli eredi abbia accettato la successione, l'azione può essere esercitata contro lo Stato, rappresentato in giudizio dal Pubblico Ministero, ma gli eredi devono essere chiamati in giudizio per il riconoscimento dei diritti di natura morale (trasmissione del nome, ingresso nella famiglia, ecc.), in questo senso v. Cass. Civ. 1<sup>ere</sup>, 13 janv. 1998 n° 96-12.355, in *RTD civ.*, 1998, p. 356, *obs.* J. HAUSER.

<sup>88</sup> L'interesse si concreta nell'assenza di un precedente riconoscimento, che funge da impedimento all'azione di dichiarazione giudiziale di paternità verso un terzo, a meno che il figlio non promuova prima il disconoscimento, come prescritto dall'art. 320 *Code civil*: «*Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait*».

(<sup>89</sup>) Per un'analisi dei casi prospettati in giurisprudenza, si rimanda a F. GRANET-LAMBRECHTS, *Actions relatives à la filiation*, cit., sub § 213.174. Interessante, inoltre, è il disposto dell'art. 342-8, 1<sup>er</sup> al. del *Code civil*: «*La chose jugée sur l'action à fins de subsidies n'élève aucune fin de non-recevoir contre une action ultérieure en recherche de paternité*», su cui v. ancora F. GRANET-LAMBRECHTS, *op. ult. cit.*, § 213.175.

Vorremmo infine terminare la trattazione relativa alle *fins de non-recevoir* nell'ambito della filiazione, dedicando una breve ricognizione all'azione di riconoscimento giudiziale di maternità, materia che in Francia è stata di recente al centro di un dibattito — con ampia eco anche presso l'opinione pubblica — proprio in ragione di una speciale *fin de non-recevoir* che caratterizza questa azione: il cd. «*accouchement sous X*»<sup>(90)</sup>.

In Francia, l'*accouchement sous X*, o parto anonimo, è una facoltà tradizionalmente concessa alla partoriente, sin dal XVII secolo, per prevenire il rischio di infanticidi e preservare l'onore delle famiglie, oltre che per assicurare la protezione alla madre<sup>(91)</sup>. A quell'epoca, si trattava soprattutto di consentire alle ragazze madri di sottrarsi al disonore che inevitabilmente le avrebbe marcate, non altrimenti evitabile se non attra-

---

<sup>(90)</sup> Ovviamente, anche l'azione di accertamento giudiziale di maternità è contornata dalle *fins de non-recevoir* cd. “classiche”, il cui regime è in buona sostanza sovrapponibile a quello già descritto per l'azione di accertamento giudiziale della paternità in punto di legittimazione attiva e passiva (con la differenza che, in questo caso, legittimato straordinario ad agire è il padre che ha riconosciuto il figlio nato *sous X*), prescrizione, interesse (precedente rapporto di filiazione intercorrente tra il figlio e un'altra donna), incesto assoluto. In argomento, v. quanto già esaminato *supra*, in questa sezione, *sub* § 6.6.

<sup>(91)</sup> Risale a quel secolo l'istituzionalizzazione, ad opera dell'ecclesiastico Vincenzo De Paoli, delle cd. *tours d'abandon*, ceste girevoli solitamente installate nei muri esterni dei conventi, nelle quali le madri adagiavano i neonati. Suonando un'apposita campana, qualcuno dall'interno metteva in funzione la *tour* che, girando, permetteva l'accoglimento del bambino aldilà delle mura. Il fenomeno, analogo a quello italiano della “ruota degli esposti”, si diffuse in via ufficiosa ben prima: sembra, infatti, che la prima *tour* sia comparsa in Francia nel 1188 presso l'ospedale dei Canonici a Marsiglia e, successivamente, altre furono installate ad Aix-en-Provence e a Tolone. Il sistema istituzionalizzato delle *tours* venne abolito nel XIX secolo e sostituito con l'*abandon à bureau ouvert*, appositi locali dove le donne potevano abbandonare i neonati in condizioni di sicurezza, dopo essere state informate delle conseguenze dell'abbandono e delle alternative possibili, nonché dopo aver risposto ad alcune generiche domande, per lo più riguardanti la loro storia sanitaria. In argomento, v. J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre vs. Francia*, in *Nuova giur. civ.*, 2004, p. 283 e ss., spec. *sub* nt. 42.

verso l'abbandono del neonato, l'aborto o l'infanticidio, reati — questi ultimi — puniti con la morte.

L'istituto del parto anonimo, dunque, risponde ad una finalità protettiva che si esplica, al contempo, sia nei riguardi della madre che del neonato. Oggigiorno, esso tenta soprattutto di conseguire un punto di equilibrio tra il diritto della madre di preservare il proprio anonimato e il diritto del figlio di conoscere le proprie origini <sup>(92)</sup>.

---

<sup>(92)</sup> I Paesi in cui è consentito partorire anonimamente in una struttura pubblica, rappresentano in Europa una minoranza; oltre alla Francia, anche il Lussemburgo e l'Italia prevedono questa possibilità, trattandosi di ordinamenti in cui il rapporto giuridico di filiazione non si costituisce di diritto, alla nascita, ma in un momento successivo, secondo modalità che tradizionalmente si diversificavano per i figli nati da genitori coniugati o non coniugati tra loro. Peraltro, proprio come è accaduto in Francia, anche nel nostro ordinamento, in anni recenti, la disciplina del parto anonimo è stata sottoposta al duplice vaglio del giudice costituzionale e della Corte di Strasburgo in rapporto alla violazione del diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini. In un primo tempo, i giudici delle leggi di entrambi gli Stati hanno escluso l'illegittimità del parto anonimo facendo leva sulla *ratio* dell'istituto, finalizzata a scongiurare il pericolo di abbandoni di neonati, infanticidi e aborti, e, al contempo, a tutelare la salute della madre. In Italia, in seguito, con la sentenza n. 278 del 22 novembre 2013, la Corte Costituzionale ha mutato il proprio indirizzo ritenendo eccessivamente rigida e in contrasto con gli artt. 2 e 3 della Costituzione la disciplina dell'art. 28, co. 7, della l. 4 maggio 1983 n. 184 sull'adozione dei minori, in quanto non prevede la possibilità per il giudice di interpellare, con riservatezza, la madre non nominata nell'atto di nascita per l'eventuale assunzione di rapporti personali (e non giuridici) con il figlio. In particolare, la Corte ha riconosciuto all'adottato il diritto di conoscere le proprie origini ritenendo irragionevole l'irreversibilità dell'anonimato concesso alla madre biologica, superabile però ammettendo la possibilità per il giudice, purché all'interno di un procedimento caratterizzato dalla massima riservatezza, di interpellare la madre al fine di sondare la sua disponibilità di sciogliere il segreto concernente la sua identità. A tale *revirement*, ha certamente contribuito il punto di vista espresso dalla Corte di Strasburgo nella decisione del 2012 con riferimento al caso *Godelli c. Italia*, che ha condannato il nostro Paese per la mancanza di misure che consentano l'accesso dell'adottato ad informazioni non identificative sulle proprie origini e che permettano di verificare la persistenza nella madre della volontà di non rivelare la propria identità, già espressa al momento del parto, ponendosi così in contrasto con l'art. 8 della Cedu con riferimento alla tutela apprestata dalla Convenzione alla vita privata che si estrinseca, tra l'altro, nel diritto all'identità e allo sviluppo personale e nel diritto di intessere e sviluppare relazioni con i propri simili e il mondo esterno. In argomento, oltre al già citato contributo di J. LONG, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informa-*

zioni sulle proprie origini: il caso *Odièvre vs. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 283 e ss., rinviamo, *ex multis*, a T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia*, in *Corriere giur.*, 2014, p. 471 e ss.; V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 11 e ss.; F. ERAMO, *Il diritto all'anonimato della madre partoriente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 549 e ss.; J. LONG, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 549 e ss.; D. PARIS, *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, datato 17.10.2012, reperibile all'URL: «[www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)».

Di recente, peraltro, la Corte di Cassazione, è stata chiamata a pronunciarsi sul delicato argomento relativo alla possibilità per i giudici, in attesa di un intervento legislativo *ad hoc*, di interpellare la madre che ha dichiarato di voler restare anonima a fronte di un'azione promossa dal figlio al fine di conoscere le proprie origini. E ciò ha fatto con l'importante sentenza n. 1946/2017 resa a Sezioni Unite su richiesta del Procuratore generale ai sensi dell'art. 363, co. 1 c.p.c. (enunciazione nell'interesse della legge del principio di diritto) in virtù del ravvisato contrasto di tesi tra i giudici di merito, nonché per la mancanza di pronunce di legittimità che affrontassero espressamente la questione. Questo il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte: «*In tema di parto anonimo, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina procedimentale attuativa, sussiste la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio desideroso di conoscere le proprie origini e di accedere alla propria storia parentale di interpellare la madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione, e ciò con modalità procedurali, tratte dal quadro normativo e dal principio somministrato dalla Corte stessa, idonee ad assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre di svelare la propria identità*» (massima a cura della Struttura territoriale di formazione del distretto di Corte di Appello di Milano, reperibile all'URL: «[questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it)»).

Contrariamente all'ordinamento italiano, la disciplina francese dell'*accouchement sous X* è risultata totalmente immune da censure da parte della Corte di Strasburgo — si tratta del celebre caso *Odièvre v. France* deciso con sentenza del 13 febbraio 2002 — proprio in considerazione della presenza in questo ordinamento di alcuni meccanismi di promozione dell'accesso alle proprie origini da parte dell'adottato adulto, meccanismi invece sconosciuti all'ordinamento italiano. Si tratta delle misure introdotte in Francia con la legge n. 2002-92 del 22 janvier 2002 in materia di *accès aux origines des personnes adoptées et pupille de l'Etat*, su cui v. quanto verrà esposto nel prosieguo del testo.

Se l'*accouchement sous X* si contraddistinse come una facoltà tradizionalmente concessa alla madre sin da lunga data, trovò però esplicito riconoscimento giuridico nel *Code civil* solamente con la legge n°93-22 dell'8 gennaio 1993; prima di allora, infatti, il diritto della madre all'anonimato era genericamente menzionato nell'art. 47 del *Code de la famille*, sostanziandosi per lo più come una semplice garanzia di discrezione assicurata alla madre, senza che ciò potesse avere una concreta ripercussione rispetto all'accertamento del rapporto di filiazione.

*7.2. L'istituto dell'accouchement sous X, riconosciuto in sede civilistica, è elevato a fin de non-recevoir nell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità*

In seguito alla riforma del 1993, l'art. 62 del *Code civil* garantiva espressamente il diritto all'anonimato della madre che avesse scelto di partorire anonimamente, disponendo che il certificato di nascita del neonato non dovesse contenere alcun dato relativo a quest'ultima. Il legislatore, inoltre, grazie al combinato disposto degli artt. 340 e 341-1 — quest'ultimo trasfuso oggi nell'art. 326 — declinò il diritto sostanziale all'anonimato anche sul piano processuale facendo dell'*accouchement sous X* una *fin de non-recevoir* rispetto all'azione di dichiarazione giudiziale di maternità <sup>(93)</sup>. Invero, l'esperienza processuale dimostrava che si trattava di una *fin de non-recevoir* raramente applicata poiché, normalmente, la grandissima maggioranza dei neonati nati *sous X* venivano

---

<sup>(93)</sup> Art. 340 *Code civil*: «La recherche de la maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 341-1. L'enfant qui exerce l'action sera tenu de prouver qu'il est celui dont la mère prétendue est accouchée. La preuve ne peut en être rapportée que s'il existe des présomptions ou indices graves».

Art. 341-1 *Code civil*: «Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé».

adottati; in questi casi, infatti, il rapporto di filiazione si costituiva nei confronti dei genitori adottivi senza possibilità futura di contestarlo <sup>(94)</sup>.

Tuttavia, nel caso in cui il neonato non fosse stato adottato, la *fin de non-recevoir* di *accouchement sous X* rendeva irricevibile l'azione di riconoscimento di maternità promossa dal figlio *iure proprio*, oppure dal padre naturale, in qualità di sostituto processuale del figlio minorenni da costui riconosciuto, nei confronti della madre che avesse scelto di mantenere l'anonimato.

### 7.3. Assonanze e dissonanze con la disciplina italiana del parto anonimo

La disciplina processuale delineata dal legislatore francese per l'*accouchement sous X* si differenzia profondamente dalla normativa italiana relativa al parto anonimo. In Italia, infatti, tecnicamente non esiste alcun filtro di ammissibilità rispetto alla possibilità di promuovere un'azione di dichiarazione giudiziale di maternità nei confronti della donna che abbia scelto di partorire anonimamente.

Va detto che in Italia il tema dell'opponibilità del segreto nella azione di dichiarazione giudiziale di maternità non è stato particolarmente approfondito poiché — si è detto — si tratterebbe di un'ipotesi rarissima, dato che nella quasi totalità dei casi il parto anonimo è accompagnato anche dal mancato riconoscimento da parte del padre naturale, con la conseguente formazione di un atto di nascita di figlio nato da ignoti, seguito in brevissimo tempo dalla dichiarazione giudiziale di adottabilità. Ad ogni modo, la (rara) dottrina che si è direttamente occupata del pro-

---

<sup>(94)</sup> Si tratta della cd. *adoption plénière* (C. civ. art. 359). Tuttavia, come conferma l'analisi della giurisprudenza, questo principio è stato più volte esposto agli attacchi di azioni promosse dal padre o dagli ascendenti proprio in casi riguardanti minori nati *sous X* e dati in adozione. Per un'analisi del problema, v. P. SALVAGE-GEREST, *Adoption plénière*, in P. MURAT (sous la direction de), *Droit de la famille*, cit., spec. §§ 221.161-163 e 221.405.

blema ha affermato esplicitamente che nel sistema ideato dal legislatore italiano, l'interesse della donna all'anonimato deve cedere di fronte al diritto del soggetto privo di un rapporto giuridico di filiazione — perché non adottato, ovvero riconosciuto solamente dal padre — alla costituzione di tale rapporto <sup>(95)</sup>.

Nell'affermare ciò, si è talvolta fatto leva su di un'imprecisata interpretazione sistematica, affermando che il diritto all'anonimato che l'ordinamento concede alla madre non comporta anche un "*diritto al mancato accertamento della genitorialità per via giudiziale*", accertamento sempre promovibile dal figlio che non sia stato adottato, essendo egli titolare di un "*diritto all'acquisizione di stato*" che non può essere posto in discussione dalla volontà di un genitore di non assumersi le proprie responsabilità, né risulta derogato dalla disposizione che consente il parto anonimo <sup>(96)</sup>.

A tal proposito, ci limitiamo ad osservare che dal punto di vista processuale ma, a ben vedere, anche da quello sostanziale, risulta difficile congegnare un "*diritto al mancato accertamento della genitorialità per via giudiziale*", così come risulta arduo inquadrare giuridicamente un "*diritto all'acquisizione di stato*". Le azioni in materia di filiazione, infatti, hanno principalmente lo scopo di realizzare la corrispondenza tra verità giuridica e verità biologica secondo un interesse che prescinde da quello strettamente individuale del figlio: in questi casi, infatti, a fraporsi tra l'accertamento della corrispondenza tra verità biologica e verità giuridica, vi è l'interesse della madre all'anonimato di cui l'ordinamento deve tenere conto. Viceversa, non si comprenderebbe come mai l'assunzione del ruolo di madre sia lasciato alla scelta della donna attraverso il ricono-

---

<sup>(95)</sup> In questi termini J. LONG, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, cit., p. 549.

<sup>(96)</sup> Così T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia*, cit., p. 473, le espressioni tra virgolette sono quelle utilizzate dall'autore.

scimento, che quest'ultima può scegliere di non effettuare avvalendosi della facoltà di non essere nominata nel certificato di nascita.

Probabilmente, a determinare lo scarso interesse della dottrina rispetto al problema dell'efficacia attribuibile all'anonimato nelle azioni di dichiarazione di *status*, può aver contribuito anche l'analisi del dato giurisprudenziale. La giurisprudenza italiana, infatti, si è occupata principalmente di casi in cui l'interesse della madre a restare anonima confliggeva con il diritto del figlio adottato a conoscere le proprie origini, situazioni nelle quali a monte non può mai esservi un procedimento per la dichiarazione giudiziale di maternità perché l'attore è già figlio di genitori adottivi.

È indubbio che la scelta adottata dal legislatore francese con la riforma del 1993 di tutelare l'interesse all'anonimato della madre anche sul piano processuale, elevando il parto anonimo a *fin de non-recevoir*, risulta più coerente con il sistema interno dell'ordinamento. In queste ipotesi, infatti, sanzionando con l'irricevibilità l'azione del figlio nato *sous X*, l'ordinamento sceglie di tutelare maggiormente il diritto all'anonimato della madre poiché, assai probabilmente, è stata proprio questa garanzia offerta dall'ordinamento a farle scegliere di non interrompere la gravidanza. Al contrario, l'interesse del figlio sarebbe di veder accertato questo rapporto di filiazione, esattamente quello di cui la donna, al momento della nascita, per una serie di ragioni, non poteva o non voleva farsi carico.

La *fin de non-recevoir* diviene così lo strumento che consente di attuare anche sul piano processuale il bilanciamento di interessi che l'ordinamento aveva compiuto sul piano sostanziale: l'azione è irricevibile perché l'*accouchement sous X* impedisce che si entri nel merito della pretesa (*i.e.* l'accertamento del rapporto di filiazione nei confronti della

madre) perché il figlio non ha azione nel senso fatto proprio dall'art 30 del *NCPC* <sup>(97)</sup>.

*7.3.1. Un recente caso di dichiarazione giudiziale di maternità risolto dalla giurisprudenza italiana tra inammissibilità dell'azione e infondatezza nel merito*

Peraltro, recentemente la giurisprudenza di merito italiana <sup>(98)</sup> si è occupata di un caso di dichiarazione giudiziale di maternità promossa da una figlia, riconosciuta solamente dal padre, nei confronti della madre naturale che aveva scelto di restare anonima — la donna era infatti sposata con un altro uomo — ai fini della condanna di quest'ultima alle prestazioni alimentari. La sentenza è interessante perché accoglie esplicitamente la tesi dell'inammissibilità <sup>(99)</sup> della dichiarazione giudiziale di maternità nei confronti di una donna che, al momento del parto, aveva dichiarato di non voler essere nominata. Qualora non si aderisse a questa impostazione — afferma l'organo giudicante — verrebbe frustrata la *ratio* della intera disciplina, ravvisabile non solo nell'esigenza di salvaguardare la famiglia legittima e l'onore della madre, ma anche di impedire che, per evitare nascite indesiderate, si faccia ricorso ad alterazioni di stato o a soluzioni ben più gravi quali aborti o infanticidi. Il giudice di prima istanza, inoltre, ha osservato che nelle pronunce emesse dalle Alte Corti su questa materia, il problema alla base era diverso poiché in quei casi si trattava soprattutto di garantire la possibilità per il figlio, desideroso di conoscere

---

<sup>(97)</sup> Invero, non sembra scorretto affermare che l'ordinamento tuteli a monte anche l'interesse stesso del figlio perché l'*accouchement sous X* è strumento che serve a proteggere la vita e l'incolumità stessa del nascituro, il quale, in assenza di questa possibilità concessa alla madre, forse non sarebbe neppure stato messo al mondo, ovvero sarebbe stato abbandonato o partorito in condizioni precarie.

<sup>(98)</sup> Tribunale di Milano, sez. I, sentenza 14 ottobre 2015, n. 11475, reperibile all'URL: «[www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)», (pubblicata *on-line* il 15.10.2015).

<sup>(99)</sup> Sul punto, v. però le considerazioni che seguiranno.

le proprie origini, di indagare se la scelta dell'anonimato espressa all'epoca del parto dalla madre fosse ancora attuale. Ma non si era posto in discussione il principio secondo cui la scelta dell'anonimato della madre convenuta, se persistente, è sempre destinata a prevalere sulle istanze contrapposte del figlio.

Va detto, peraltro, che sebbene il giudice abbia definito “inammissibile” la dichiarazione giudiziale di maternità nel caso in cui permanga la volontà della madre di mantenere l'anonimato, in realtà la domanda dell'attrice è stata rigettata nel merito, essendo stata accolta l'eccezione di merito con cui la convenuta faceva valere la propria scelta di restare anonima. Sembrerebbe, dunque, che il parto anonimo non si configuri come un'ipotesi di inammissibilità dell'azione, ma come un'eccezione, ossia un fatto impeditivo volto a contestare la domanda di accertamento del rapporto di filiazione. Invero, ci sembra più coerente la scelta fatta dal legislatore francese di pronunciare una declaratoria di irricevibilità con la quale si ritiene l'attore sprovvisto del diritto di azione. Nel nostro ordinamento processuale, dove non esiste la sanzione dell'irricevibilità, ciò potrebbe forse essere risolto nell'ambito delle condizioni dell'azione (o, più latamente, delle condizioni di decidibilità dell'azione) considerando il figlio nato con parto anonimo da una madre che ancora desidera mantenere l'anonimato, non legittimato ad agire per l'accertamento del rapporto di filiazione. Con una assai importante differenza pratica: nell'ordinamento italiano, contrariamente a quello francese, la statuizione sulla questione di rito — in Francia: di irricevibilità — non è suscettibile di divenire cosa giudicata sostanziale.

Peraltro, siamo consapevoli che occorre tenere conto del principio, ormai consolidatissimo, espresso dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui «è regola generale quella per cui le norme processuali devono essere interpretate in modo da favorire, per quanto possibile, che si pervenga ad una decisione di merito, mentre gli esiti abortivi del proces-

*so costituiscono un'ipotesi residuale. Né deve dimenticarsi [...] che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiarito in più occasioni che le limitazioni all'accesso di un giudice sono consentite solo in quanto espressamente previste dalla legge ed in presenza di un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impugnati e lo scopo perseguito»* <sup>(100)</sup>. Alla luce di questa interpretazione, sarebbe probabilmente censurabile la pronuncia che dichiara inammissibile, per difetto di legittimazione attiva, la domanda di accertamento giudiziale della maternità del figlio nato da madre anonima, anziché quella che respinga come infondata l'anzidetta domanda, considerando la scelta dell'anonimato della madre fatto impeditivo rispetto al diritto di ottenere il riconoscimento.

Orbene, il riferimento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo alla proporzionalità tra mezzi impiegati e scopi perseguiti, potrebbe forse ammettere un'apertura nei riguardi di una sentenza che, in siffatti casi, chiuda in rito il giudizio in ragione della sensibilità degli argomenti trattati. Preso atto della volontà della madre di mantenere l'anonimato, meglio allora concludere il prima possibile un processo di questo tipo, anche attraverso una pronuncia di rito. Pur non suscettibile di divenire cosa giudicata sostanziale, si tratta comunque di una pronuncia che ha il pregio di riflettere coerentemente la situazione sostanziale sotto il profilo processuale. A nostro parere, il figlio nato da parto anonimo non è legittimato ad agire in giudizio al fine di ottenere il riconoscimento del rapporto di filiazione intercorrente con la donna che lo ha messo al mondo chiedendo di rimanere anonima.

---

<sup>(100)</sup> In questi termini, *ex multis*, Cass. SS.UU. n. 27199/2017 del 16 novembre 2017.

7.4. *Le istanze espresse in sede europea: la ricerca di un equilibrio tra il diritto della madre all'anonimato e il diritto del figlio di conoscere le proprie origini*

Invero, l'*accouchement sous X* è stato al centro di forti polemiche anche in Francia: già la legge del 1993 aveva incontrato forti resistenze in Senato poiché si riteneva che l'introduzione della *fin de non-recevoir* nell'azione di dichiarazione giudiziale della maternità contrastasse con gli artt. 14 e 8 della Cedu, specialmente perché introduceva un trattamento discriminatorio tra uomo e donna, dove il primo sarebbe sempre esposto all'azione di riconoscimento di paternità, mentre la seconda avrebbe potuto scegliere di partorire *sous X* vedendo tutelato il proprio anonimato anche sul piano processuale grazie alla *fin de non-recevoir*. Si era inoltre rilevato che la *fin de non-recevoir* andava contro l'art. 7 della Convenzione ONU di New York del 1989 relativa ai diritti dell'infanzia, dove si affermava che «*il fanciullo deve essere registrato immediatamente alla nascita e dal quel momento ha diritto ad un nome, ad acquisire una cittadinanza e, nella misura del possibile, a conoscere i suoi genitori ed a essere allevato da essi*».

Una serie di modifiche interessarono perciò questa materia, che nel frattempo fu anche al centro, come in Italia, di una serie di pronunce da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>(101)</sup> e del *Conseil constitutionnel*, mosse soprattutto dall'esigenza di trovare un punto di equili-

---

<sup>(101)</sup> In particolare, la sofferta sentenza *Odièvre c. France* del 13 febbraio 2003, su cui v. D. PARIS, *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., J. LONG, *La europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre vs. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, cit., p. 283 e ss.; F. GRANET-LAMBRECHTS, *Actions relatives à la filiation*, cit., § 214.42.

brio tra l'*accouchement sous X* e il diritto del figlio di conoscere le proprie origini <sup>(102)</sup>.

In effetti, proprio mentre la causa Odièvre pendeva davanti alla Corte di Strasburgo, il legislatore francese adottò la legge n° 2002-93 del 22 gennaio 2002 che ha conformato la normativa del parto anonimo al principio della reversibilità del segreto.

Elemento cardine di questa disciplina, che punta a escludere l'accesso alle origini solo quando vi sia una persistente, accertata e attuale volontà in tal senso della madre naturale, è il *Conseil national pour l'accès aux origines personnelles* (CNAOP), un organo indipendente presso il Ministero degli affari sociali, alla cui opera di intermediazione può rivolgersi tanto la persona in cerca delle proprie origini, quanto la madre naturale che voglia togliere il segreto sulla propria identità. Il CNAOP conserva in primo luogo le informazioni non identificative relative alla salute dei genitori e alle circostanze della nascita che la madre naturale abbia scelto di lasciare al momento del parto e che vengono fornite all'interessato su sua richiesta. Qualora invece l'istanza riguardi l'identità della madre, il CNAOP ha il compito di verificare, se possibile, la volontà della donna e potrà comunicarne l'identità soltanto con il consenso della stessa, oppure dopo la sua morte, sempre che la madre non si fosse espressamente opposta a questa evenienza.

Come traspare con evidenza dalla sentenza Odièvre, e dalle successive pronunce rese della Corte di Strasburgo all'interno di procedimenti che hanno visto variamente coinvolte Francia e Italia <sup>(103)</sup>, è stato

---

<sup>(102)</sup> Si tratta, invero, di un'esigenza del tutto diversa da quella che ci occupa; nel nostro caso, l'interesse del figlio non è di conoscere le proprie origini perché egli già sa che quella donna è la madre: il suo interesse è di far dichiarare giudizialmente che quella donna è sua madre. Come vedremo, l'intervento della Corte di Strasburgo influenzò fatalmente anche le sorti della *fin de non-recevoir* di *accouchement sous X*.

<sup>(103)</sup> Si tratta delle sentenze *Kearns c. Francia* del 10 gennaio 2008 e *Godelli c. Italia* del 25 settembre 2012.

proprio grazie all'istituzione di quest'organo se la Francia, contrariamente all'Italia, ha potuto evitare la condanna da parte della Corte di Strasburgo.

*7.5. L'abrogazione della fin de non-recevoir di accouchement sous X da parte del legislatore francese. Analisi delle possibili ricadute concrete*

Nonostante l'esito positivo conseguito in sede europea, il legislatore francese, temendo una futura condanna da parte della Corte di Strasburgo sulla base del fatto che solamente la madre biologica può beneficiare di una *fin de non-recevoir* come l'*accouchement sous X*, mentre il padre biologico sarebbe sempre esposto all'azione di riconoscimento giudiziale di paternità<sup>(104)</sup>, con la legge n°2009-61 del 16 gennaio 2009, ha definitivamente soppresso la *fin de non-recevoir* di *accouchement sous X*<sup>(105)</sup>. Il parto anonimo, dunque, non costituisce più neppure in Francia un motivo di irricevibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale di maternità.

Ciò nonostante, lo scopo tutelato dal legislatore francese è rimasto salvo in quanto, sebbene l'ostacolo giuridico — rappresentato dalla *fin de non-recevoir* — sia stato rimosso, permane ugualmente un ostacolo di fatto, rappresentato dalla volontà della madre di mantenere il proprio segreto anche dopo l'opera di intermediazione del *CNAOP*. Detto in

---

<sup>(104)</sup> Così F. GRANET-LAMBRECHTS, *Ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005: les modifications*, in *AJ Famille*, 2009, p. 76.

<sup>(105)</sup> In seguito alla riforma del 2002, la *fin de non-recevoir* di *accouchement sous X* era confluita nel combinato disposto degli artt. 325 e 326 del *Cod. civ.* L'art. 325 disponeva che «*A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise sous réserve de l'application de l'article 326*», mentre l'art. 326 precisava che: «*Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé*». Dopo il 2009, l'art. 325 si limitava a stabilire che «*A défaut de titre et de possession d'état, la recherche de maternité est admise*», senza più fare riferimento alla riserva dell'*accouchement sous X* prevista dall'art. 326.

altri termini: il figlio è ora sì titolare del diritto di azione e può validamente proporre domanda di accertamento del rapporto di filiazione, ma non saprebbe contro chi promuoverla.

Orbene, la situazione cambia profondamente nel caso in cui il padre, che abbia riconosciuto il figlio, sappia chi sia la madre. Costui, infatti, potrebbe sempre agire in giudizio contro la madre come sostituto processuale del figlio portando diversi elementi di prova (foto, testimonianze, ecc.) a sostegno della propria istanza e se riuscisse a dimostrare che la convenuta ha partorito in quel preciso giorno, presso quella clinica, quel certo bambino, il tribunale non potrebbe far altro che accertare la filiazione. La donna, dunque, sarebbe sempre esposta al riconoscimento giudiziale della maternità, indipendentemente dalla scelta di aver partorito *sous X* e di voler continuare a mantenere l'anonimato <sup>(106)</sup>.

Resta da capire se, in questi casi, al pari di quanto recentemente deciso in Italia <sup>(107)</sup>, il fatto di aver partorito anonimamente e di voler continuare a mantenere l'anonimato nei confronti del figlio, possa costituire almeno una *défense au fond* di cui la madre può servirsi per impedire l'accertamento del rapporto di filiazione o se, nell'ottica di garantire una perfetta parità di trattamento tra uomo e donna, la difesa sia invece destinata a cadere a fronte dell'interesse del figlio alla costituzione del rapporto.

---

<sup>(106)</sup> Sono queste le opinioni espresse dal giudice M.-C. Le Boursicot, già segretario generale del *CNAOP*, e dalla civilista F. Dekeuwer-Défosser, esperta di diritto di famiglia, nel quotidiano di ispirazione cattolica *La Croix*, v. «*L'accouchement sous-X est remis en cause*» (di M. Gomez), tratto da *La Croix*, versione on-line, reperibile all'URL: «*la-croix.com*», pubblicato il 2/2/2009.

<sup>(107)</sup> Ci si riferisce a Trib. di Milano, sez. I, sentenza 14 ottobre 2015, n. 11475, su cui v. quanto osservato *supra*, § 7.3.1.

## CONSIDERAZIONI DI SINTESI

La definizione di *fin de non-recevoir* è stata progressivamente elaborata nel corso dell'esperienza del diritto processuale civile francese. Nella sua concezione originaria, la *fin de non-recevoir* costituiva una «*défense qui devait être jugée par préalable au fond et par laquelle le procès se terminait*» e rappresentava un prodotto dell'*ordo iudiciarius* <sup>(1)</sup> così come andò sviluppandosi nelle regioni a nord della Francia, i *cd. pays de droit coutumiers*. Si trattava di un processo che risentiva fortemente della matrice canonistica che in Francia ebbe un larghissimo sviluppo specialmente dopo il trasferimento della Santa Sede ad Avignone. La *fin de non-recevoir*, in particolare, sarebbe stata sviluppata dai giureconsulti delle regioni dell'Angiò e del Maine intorno al XIV secolo partendo dalla dottrina canonistica delle *exceptiones*, ampliata notevolmente fino a mutarne i contenuti. Più precisamente, sembra che i *coutumiers* <sup>(2)</sup>, attraverso la loro opera interpretativa, erosero la categoria delle eccezioni dilatorie — che la dottrina canonistica suddivideva in *dilatoriae iudicii* e in *dilatoriae solutionis* — fino a ricavare una categoria di difese intermedia tra queste ultime e le difese di merito: le *fins de non-recevoir*.

*Fins de non-recevoir, de non-procéder, de non-valoir, exceptions dilatoires, déclinatoires, péremptoires, de fond, de forme*: per tutto il corso dell'*Ancien Droit*, le definizioni erano ancora empiriche, e il vocabolario mutevole. Ad ogni modo, è possibile affermare che, in Francia, già all'epoca dell'*Ordonnance civile* del 1667, furono poste le premesse per ragionare attorno a quella che sarà poi denominata la struttura logica del processo. L'ordine logico delle difese, infatti, non era indifferente:

---

<sup>(1)</sup> Si tratta dell'espressione chiave con cui, almeno fino al XVI secolo, si designava la procedura, intesa come strumento operativo del giudice, in argomento, v. cap. II, *passim*, spec. *sub* § 1.2.

<sup>(2)</sup> Espressione adoperata in Francia nell'*Ancien Droit* per designare i giureconsulti.

l'esame della *fin de non-recevoir* si svolgeva prima dell'esame del merito e il suo accoglimento comportava la chiusura della lite a vantaggio del convenuto.

Ciò malgrado, il *Code de procédure civile* del 1806 scelse di non codificare la *fin de non-recevoir* aderendo, almeno formalmente, ad un sistema bipartito degli strumenti difensivi fondato sulla contrapposizione tra *exceptions de procédure* e *défenses au fond*. La *fin de non-recevoir*, infatti, sarebbe istituito troppo complesso ed eterogeneo per essere costretto all'interno di un articolo, meglio allora lasciarlo alla saggezza, continuamente rinnovata, dei giudici.

Ignorata dal legislatore del 1806, ma ben viva nella pratica giudiziaria del XIX secolo, agli albori del XX secolo la dottrina le riconosce una natura mista: la *fin de non-recevoir* assomiglia alla *défense au fond* nella misura in cui tende a respingere definitivamente la domanda, e si avvicina alla *exception de procédure* nella misura in cui, nel farlo, non entra nel merito del pretesa.

Finalmente, con la promulgazione del *Nouveau Code de procédure civile*, il legislatore si allinea alle opinioni espresse dalla giurisprudenza, aderendo ad una impostazione tripartita degli strumenti di difesa: la *fin de non-recevoir*, ai sensi dell'art. 122 del predetto codice, è qualificata come uno strumento difensivo che sanziona la mancanza del diritto di azione, opponibile in qualsiasi momento della causa salva la possibilità per il giudice di condannare al risarcimento del danno la parte che si sia astenuta dal farlo con intento dilatorio e ammettendone, in certi casi, anche il rilievo d'ufficio. Sotto quest'ultimo profilo, esemplare è l'evoluzione che ha interessato la *fin de non-recevoir* di *autorité de la chose jugée* — ora rilevabile anche d'ufficio — che ha tradotto sul piano

processuale un nuovo modo di intendere l'autorità di cosa giudicata, più rispondente ad un interesse di tipo pubblicistico <sup>(3)</sup>.

Peraltro, la definizione che l'art. 122 del *Nouveau Code de procédure civile* dà della *fin de non-recevoir*, recepisce quanto autorevolmente enunciato da un celebre processualista francese, Henri Motulsky, impegnato nella ricerca di un criterio più razionale per fondare scientificamente la tripla distinzione tra *fins de non-recevoir*, *défenses au fond* e *exceptions de procédure*. Tra la fine degli anni Cinquanta e i primi anni Sessanta del XX secolo, l'autore basò le proprie dimostrazioni proprio sui recenti sviluppi che — specie presso la dottrina straniera — avevano interessato il concetto di azione, il cui merito più grande fu quello di differenziare l'azione dal diritto sostanziale sottostante, e affermò così che «*l'action est le pouvoir d'obtenir d'un tribunal une décision sur le fond de la prétention qui lui est soumise*» e la *fin de non-recevoir* lo strumento difensivo che nega questo «*pouvoir*».

In base alla lettura dell'art. 122 del *Nouveau Code de procédure civile*, le *fins de non-recevoir* sembrerebbero perciò esaurirsi in quelle che Motulski aveva definito le condizioni di apertura dell'azione. Se è pur vero che l'art. 122 annovera, al proprio interno, istituti tradizionalmente ricompresi nella categoria delle condizioni dell'azione — quali la carenza di interesse ad agire e di legittimazione ad agire — è altrettanto vero che tale disposizione ingloba istituti che — applicando le categorie del diritto processuale italiano — rientrano tra i presupposti processuali (la cd. *autorité de la chose jugée*, corrispondente all'assenza di un precedente giudicato) o che appartengono al diritto sostanziale (prescrizione estintiva e decadenza).

Ma non è tutto, perché il legislatore francese non si esime poi dal prescrivere a pena di irricevibilità — sanzionando, quindi, con una *fin de*

---

<sup>(3)</sup> All'argomento, è dedicata la sezione I del cap. III.

*non-recevoir* — l'inosservanza di tutta una serie di requisiti, condizioni, regole e situazioni che compongono una casistica assai variegata, dove però tutte le fattispecie considerate mirano al respingimento definitivo della situazione giuridica sottesa. In questi casi, la *fin de non-recevoir* colpisce non tanto l'azione, quanto l'atto processuale in genere (e finanche un documento prodotto tardivamente) per carenze o irregolarità procedurali che, più logicamente, potrebbero forse venir sanzionate sul terreno della nullità degli atti processuali.

Che è quanto poi accade nella realtà: la disciplina processuale dettata dal *Nouveau Code de procédure civile* per le eccezioni di nullità formali è particolarmente rigorosa <sup>(4)</sup>, così accade spesso che il legislatore, ma anche la giurisprudenza — non è infatti indispensabile che la *fin de non-recevoir* risulti da una disposizione espressa <sup>(5)</sup> — ricorra all'artificio di sanzionare l'irregolarità di un atto processuale non come vizio di forma, bensì come difetto del diritto di azione, opponibile in qualsiasi fase della lite e senza necessità di dimostrare di aver subito un pregiudizio, grazie al più elastico regime della *fin de non-recevoir*. In questo modo, l'irricevibilità si sostituisce alla nullità, consentendo di sanzionare più agevolmente eventuali irregolarità commesse.

Insomma, accanto alle cinque ipotesi di *fins de non-recevoir* contemplate dall'art. 122 ve ne sono molte altre, nel *Code de procédure civile* ma non solo <sup>(6)</sup>, le quali evidenziano come il legislatore francese abbia

---

<sup>(4)</sup> Riassumibili, in estrema sintesi, attraverso gli adagi: «*pas de nullité sans texte*» e «*pas de nullité sans grief*» (art. 114 *NCPC*). Per ogni altra considerazione, si rimanda al cap. I, *sub* § 9.1.

<sup>(5)</sup> L'art. 124 *NCPC* prevede infatti che «*les fins de non-recevoir doivent être accueillies sans que celui qui les invoque ait à justifier d'un grief et alors même que l'irrecevabilité ne résulterait d'aucune disposition expresse*».

<sup>(6)</sup> Si pensi al contenzioso in materia di filiazione, con particolare riguardo alle azioni di dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, dove la *fin de non-recevoir* esprimeva la chiara intenzione del legislatore di concedere l'azione solamente a certe condizioni, cosicché essa diviene uno strumento di politica legislativa. Tuttavia, come si è visto (cap. III, sez. II, *sub* § 5 e ss.), queste *fins de*

voluto ricollegare questo istituto non solo alle ipotesi classiche (interesse ad agire, legittimazione ad agire) di mancanza di azione (in senso tendenzialmente concreto) ma anche, soprattutto, ai molti casi in cui l'ordinamento processuale ritiene inopportuno, ovvero non necessario o meritevole d'interesse, entrare nel merito del contraddittorio. Fu proprio questa eterogeneità — che caratterizzava la categoria delle *fins de non-recevoir* già agli albori del XIX secolo — lo scoglio principale che si frappose al riconoscimento normativo di questo istituto nell'*Ancien Code de procédure civile*: anziché racchiuderlo in una categoria unitaria, si preferì lasciare la sua regolamentazione alla saggezza, continuamente rinnovata, dei giudici.

Invero, la categoria delle *fins de non-recevoir* acquisterebbe una maggiore coerenza semplicemente se si leggesse in altro modo la definizione di *action en justice* contenuta nell'art. 30 del *NCPC*: non tanto come diritto dell'attore di ottenere una pronuncia favorevole sul merito <sup>(7)</sup>, bensì come diritto di essere ascoltati nel merito della propria pretesa. Una definizione — questa — sostanzialmente incentrata sul confronto dialettico tra attore e convenuto all'interno della dinamica processuale e coerente con la tradizione secolare dell'ordinamento francese secondo cui il processo deve volgere, prima di tutto, alla realizzazione della volontà perseguita dalle parti («*le procès est la chose des parties*») <sup>(8)</sup>.

---

*non-recevoir* hanno poco o nulla a che fare con l'azione e le condizioni del suo esercizio, poiché il loro meccanismo operativo le avvicina semmai a delle presunzioni.

<sup>(7)</sup> È opinione comune ma, a nostro avviso, non del tutto corretta (e proprio l'estrema eterogeneità della categoria delle *fins de non-recevoir* ne costituisce la prova), che il *NCPC* abbia accolto una concezione cd. concreta dell'azione. È su questo fraintendimento che, ci sembra, derivino molti dei problemi legati alla corretta comprensione della *fin de non-recevoir*. Non si può negare che il legislatore francese abbia voluto ricollegare questo istituto ad alcune delle ipotesi classiche (interesse ad agire, legittimazione ad agire) di mancanza di azione (in senso concreto), ma è altrettanto vero che questo strumento difensivo non può essere inteso solamente secondo questo significato.

<sup>(8)</sup> Su questi aspetti, v. cap. I, spec. *sub* § 1 e 2.

Questa interpretazione, inoltre, ha anche il pregio di consentire una lettura, se non sistematica, almeno dotata di una propria coerenza, di tutte quelle ipotesi di *fins de non-recevoir* definite dalla dottrina come «escrescenze» o, addirittura, «false». Orbene, quand'anche la stessa *fin de non-recevoir* si sostanzi in una questione di merito (è il caso, per esempio, della prescrizione), la *ratio* dell'istituto è ugualmente rispettata<sup>(9)</sup>: essa impedisce che il contraddittorio si dipani su di una parte del merito, sulla quale non si è ancora statuito, e che il legislatore ritiene, per una serie di ragioni, non opportuno, ovvero superfluo, esaminare.

Una suggestione — questa — che ci auguriamo di essere riusciti a trasmettere al lettore attraverso la selezione, non esaustiva e volutamente eterogenea, di *fins de non-recevoir* che si sono analizzate nel corso del terzo capitolo. Ciascuno degli argomenti avrebbe potuto costituire materia per una dissertazione autonoma: la *fin de non-recevoir*, nostro *fil rouge*, ci ha però consentito di compiere un viaggio a volo d'uccello, non solo nel tempo, ma anche nello spazio, all'interno dell'ordinamento processuale francese. Un ordinamento che, alla fine di questo viaggio, si mostra così vicino, eppure così lontano.

---

<sup>(9)</sup> La contraddizione, si è detto, sta in questo: come può una questione che è essa stessa di merito, fungere da ostacolo all'esame del merito?





## BIBLIOGRAFIA

- ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1958
- AZZARITI, G., SCARPELLO G., *Della prescrizione e della decadenza*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca, Libro sesto. Della tutela dei diritti (Art. 2934-2969)*, Bologna-Roma, 1964
- BALBI C. E., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983
- BAUDIN A., *La recherche judiciaire de la paternité naturelle et la loi du 16 novembre 1912*, Thèse, Toulouse, 1913
- BEAUTEMPS-BEAUPRÉ M.C.-J. (notes et dissertations par), *Coutumes et institutions de l'Anjou & du Maine antérieures au XVI<sup>e</sup> siècles*, Paris, 1878
- BÉGUET J.P., *Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé*, in *RTD civ.*, 1947, p. 133 e ss.
- BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936
- BIROCCHI I., *Alla ricerca dell'ordine*, Torino, 2000
- BLERY C., *Qu'est-ce que l'autorité de chose jugée? Une question d'école?* In *Procédures*, août-sept., 2007, p. 6 e ss
- BLOCK G., *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruxelles, 2002
- BOLARD G., *Qualité ou intérêt pour agir?* in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, p. 597 e ss.
- BONATO G., *I poteri e i provvedimenti del juge de la mise en état nel processo civile francese alla luce della riforma del 2004-2005*, in A. CARRATTA (a cura di), *La tutela sommaria in Europa*. Studi, Napoli, 2012, p. 285 e ss.
- BONCENNE P., *Théorie de la procédure civile*, Poitiers, 1828
- BOUTY C., «Chose jugée», in *Répertoire procédure civile de l'Encyclopédie Dalloz*, juin 2012-avril 2016 (act.), consultato tramite la banca dati *Dalloz Civil*

## Bibliografia

- BOUVIER F., *A la recherche de la paternité*, in *RTD civ.*, 1990, p. 394 e ss.
- BRUNET G., *La caution judicatum solvi*, Thèse, 1898, Paris
- BÜLOW O., *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. (Traducción de M. A. Rosas Lichtschein), Buenos Aires, 1964
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975
- CADIET L., *La sanction et le procès civil*, in AA.VV., *Mélanges dédiés à la mémoire de J. Héron*, Paris, 2008, p. 125 e ss.
- CADIET L., *Droit judiciaire privé*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, 2017
- CADIET L., NORMAND J., AMRANI-MEKKI S., *Théorie générale du procès*, Paris, 2013
- CADIET L., DAUCHY S., HALPÉRIN J.L., *Itinéraires d'histoire de la procédure civile*, Paris, 2014
- CALASSO F., *Medio Evo del diritto*, I, Milano, 1954
- CAMPITELLI A., *Processo civile (diritto intermedio)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 79 e ss.
- CANNATA C. A., *Eccezione (Diritto romano)*, in «*Novissimo Digesto Italiano*», vol. VI, Torino, 1960, p. 346 e ss.
- CARAVALLE M., *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Napoli, 2005
- CARBONNIER M.J., *Notes sur la prescription extinctive*, in *RTD civ.*, 1952, p. 171 e ss.
- CARRATTA A., *Il fondamento del principio di preclusione nel processo civile*, in Marafioti L., Del Coco R. (a cura di), *Il principio di preclusione nel processo penale. Atti del Convegno. Teramo, 16 giugno 2011*, p. 9 e ss.
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, 1979

## Bibliografia

- CAYROL N., «*Action en justice*», in *Répertoire procédure civile de l'Encyclopédie Dalloz*, mars 2013-sept. 2017 (act.), consultato tramite la banca dati *Dalloz Civil*
- CAYROL N., *Un mot de droit dans le contexte du Code de procédure civile: la recevabilité*, in AA.VV., *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, II, Paris, 2016, p. 191 e ss.
- CHAINAIS C., *L'autorité de la chose jugée en droit comparé*, in *Revue de l'arbitrage*, 2016, p. 1 e ss.
- CHAINAIS C., *Les sanctions en procédure civile*, in CHAINAIS C., *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Paris, 2012, p. 357 e ss.
- CHÉNEDÉ F., *Les grands-parents face à l'accouchement sous X: l'épilogue de l'affaire d'Angers*, in *AJ Famille*, 2011, p. 156 e ss.
- CHÉNON É., *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, Paris, 1926
- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1950
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923
- CHIOVENDA G., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993
- CIAUDO A., *L'irrecevibilité en contentieux administratif français*, Paris, 2009
- COLACINO V., *Denegatio actionis*, in «*Novissimo Digesto Italiano*», vol. V, Torino, 1960, p. 453 ss.
- CONSOLO C., *Il cumulo condizionale di domande*, I e II, Padova, 1985
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I e II, Torino, 2014
- CORDERO F., «*Merito (Diritto processuale)*», in «*Novissimo Digesto Italiano*», X, Torino, 1964
- CORTESE E., *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2000

## Bibliografia

- COSTA S., *Eccezione (Diritto vigente)*, in «*Novissimo Digesto Italiano*», vol. VI, Torino, 1960, p. 349 e ss.
- CUNIBERTI G., *Conflit de décisions et autorité de la chose jugée*, in *Rev. Crit. DIP*, 1999, p. 527 e ss.
- DALFINO D., *Case management e ordine delle questioni*, in AA. VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, p. 847 e ss.
- DE MARTINO F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937
- DELLA ROCCA F., *Eccezione (Diritto processuale canonico)*, in «*Novissimo Digesto Italiano*», vol. VI, Torino, 1960, p. 353 e ss.
- DEMAIU-CROUZILHAC M., ANTOINE J.P., *Explication sommaire du Code de procédure civile à l'usage de MM. les étudiants*, Paris, 1825
- DENTI V., *La giustizia civile*, II ed., Bologna, 2004
- DEROY E., *Des exceptions dilatoires*, Thèse, Paris, 1898
- DOUCHY-LOUDOT M., «*Filiation*», in *Répertoire procédure civile de l'Encyclopédie Dalloz*, déc. 2015-avr. 2017 (act.), consultato tramite la banca dati *Dalloz Civil*
- DROSS W., MALLET-BRICOUT B., *La transaction: propositions en vue de la réforme du Titre XV Livre troisième du Code civil «Des transactions»*, Paris, 2014
- EUDIER F., GERBAY N., «*Jugement*», in *Répertoire procédure civile de l'Encyclopédie Dalloz*, juin 2014 -nov. 2017 (act.), consultato tramite la banca dati *Dalloz Civil*
- FAZZALARI E., «*Processo*» e giurisdizione, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 1 e ss.
- FAGES B., MESTRE J., *La clause de conciliation a-t-elle pour effet de rendre irrecevable l'action en justice?*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 359 e ss.
- FORNACIARI M., *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996

## Bibliografia

- FORNACIARI M., *L'ordine di esame fra giurisdizione e competenza*, in *Giusto processo civ.*, 2014, III, p. 771 e ss.
- FORNACIARI M., *Note a caldo sull'ordine di esame (a margine del convegno organizzato a Firenze il 12.5.16 dal Centro Studi Fabbrini)*, reperibile all'URL: «[www.judicium.it](http://www.judicium.it)», giugno 2016
- FRANÇOIS B., *La prescription extinctive en droit américain et en droit français: differences et convergences*, in *Rec. Dalloz*, 2008, p. 2543 e ss.
- GALLMEISTER I., *Reconnaissance paternelle et accouchement sous X*, in *Dalloz actualité*, 05 mai 2006, consultato tramite la banca dati *Dalloz Civil*
- GILLET J. L., *De l'urgence du jugement civil*, in *Les cahiers de la justice*, 2015, I, p. 115 e ss.
- GIULIANI A., *Dalla 'Litis contestatio' al 'Pleading-System'. Riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *L'educazione giuridica*, vol. VI, *Modelli storici della procedura continentale*, t. II., *Dall'«ordo iudiciarius» al codice di procedura*, Napoli, 1994, p. 205 e ss.
- GIULIANI A., *L'«ordo iudiciarius» medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 598 e ss.
- GIULIANI A., *L'ordo iudiciarius medioevale tra retorica e logica*, in M. BELLOMO (a cura di), *Die Kunst der Disputation. Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. Und 14. Jahrhundert*, München, 1997, p. 133 e ss.
- GIULIANI A., *Prova (filosofia del diritto)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XXXVII, Milano, 1988, p. 518 e ss.
- GARSONNET E., *Traité théorique et pratique de procédure civile*, Paris, 1898
- GLASSON E., *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre comparées au droit et aux institutions de la France depuis leur origine jusq'a nos jours*, Paris, 1882-1883
- GLASSON E., *Les sources de la procédure civile française*, Paris, 1882

## Bibliografia

- GRASSO B., *Prescrizione (diritto privato)*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XXXV, Milano, 1986, p. 56 e ss.
- GUINCHARD S. (sous la direction de), *Droit et pratique de la procédure civile: droits interne et de l'Union européenne*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, 2014-2015
- GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile. Droit interne et droit communautaire*, 29<sup>e</sup> éd., Paris, 2008
- HAUSER J., *Faudra-t-il regretter les fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle?*, in *RTD civ.*, 1993, p. 109 e ss.
- HÉBRAUD P., *Conséquences du caractère de fin de non-recevoir conféré par la loi du 15 juillet 1955 à l'expertise hématologique, dans l'action en recherche de paternité naturelle*, in *RTD civ.*, 1961, p. 534 e ss.
- HILGEMANN W., KINDER H., *Atlante storico. Cronologia della storia universale (dall'opera originale Atlas zur Weltgeschichte di H. KINDER E W. HILGEMANN (1964, 1966, 1977))*, Milano, 2006
- HUET-WEILLER D., *La notion de méthode médicale certaine*, in *RTD civ.*, 1992, p. 548 e ss.
- IMBERT J., *La pratique judiciaire, tant civile que criminelle, recuee et observée pour tout le Royaume de France*, I, Paris, 1623
- IMPALLOMENI G., *La "denegatio actionis" e l'"exceptio" in diritto romano in relazione con l'eccezione rilevabile e non rilevabile d'ufficio in diritto moderno*, in IMPALLOMENI G., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, p. 631 e ss.
- FOYER J., *De l'autorité de la chose jugée en matière civile. Essai d'une définition*, thèse, Paris, 1954
- JACOB R. (sous la direction de), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, 1996
- JAHEL S., *Fin de non-recevoir et ordre processuel*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, p. 723 e ss.
- JAPIOT R., *La théorie des exceptions de procédure*, in *Rec. périod. Proc. civ.*, 1916, p. 7 e ss.

## Bibliografia

- JEULAND E., *Le procès comme operation juridique à trois personnes. Parcours germanique*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, Paris, 2015, p. 253 e ss.
- JULIEN P., *Les juges ne peuvent relever d'office une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité d'une partie*, in *Rec. Dalloz*, 1993, p. 184 e ss.
- KERNALEGUEN F., *Ariane chez thémis: Propos sur l'incompétence du juge*, in AA.VV., *Mélanges dédiés à la memoire de J. Héron*, Paris, 2008, p. 281 e ss.
- KERNALEGUEN F., *Intérêt, qualité, pouvoir: le ménage à trois de la théorie de l'action*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, p. 771 e ss.
- LAGARDE X., *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris, 1994
- LAI P., *Note intorno ai rapporti tra inammissibilità della domanda e rigetto nel merito*, in *Il giusto processo civile*, 2015, IV, p. 1117 e ss.
- LARROUY P., *Des exceptions en droit romain et du role du défendeur en droit français*, Thèse, Toulouse, 1873
- LAVIELLE N., *Études sur la procédure civile, nécessité de réviser le Code de 1806*, Paris, 1862
- LONG J., *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre vs. Francia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 283 e ss.
- LIEBMAN E. T., *Sulla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, p. 359 e ss.
- LEFORT C., *Contribution à l'étude du pouvoir d'office di juge dans le procès civil*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, p. 807 e ss.
- LEMERLE L.-L. -F., *Traité des fins de non-recevoir*, Nantes, 1819
- LEROYER A.-M., *La loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation*, in *RTD civ.*, 2009, p. 375 e ss.

## Bibliografia

- LOCRÉ G., *Esprit du Code de procédure civile*, Paris, 1816
- LOYSEL A., *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses reigles sentences, & proverbes tant anciens que modernes du droict coutumier & plus ordinaire de la France*, Paris, 1608
- LUGO A., *Inammissibilità e improcedibilità (Diritto processuale civile)*», in «*Novissimo Digesto Italiano*», vol. VIII, Torino, 1965, p. 483 e ss.
- LUISO F. P., *Diritto processuale civile, I. Principi generali, IV ed.*, Milano, 2007
- MANDRIOLI C., «*Presupposti processuali*», in «*Novissimo Digesto Italiano*», XIII, Torino, 1966
- MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile, I, XX ed.*, Torino, 2009
- MARINELLI M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005
- MARINELLI M., *Ricorso incidentale e ordine delle questioni (in margine a Cons. Stato, Ad. Plen., 10 novembre 2008 n.11)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 609 ss.
- MARTIN R., *Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile: le droit d'action*, in *Rev. gén., proc.*, 1998, n. 3, p. 419 e ss.
- MAS D., *Le vice de procédure: réflexions désordonnées d'un artisan du droit sur l'article 2241, alinéa 2 du Code Civil*, Paris, 2014
- MASSIP J., *Cassation de l'arrêt qui refuse un examen des sangs tendant à établir l'existence d'une fin de non-recevoir*, in *Rec. Dalloz*, 1993, p. 29 e ss.
- MASSIP J., *La preuve scientifique de la paternité et la pratique judiciaire*, in C. LABRUSSE, G. CORNU (sous la direction de), *Colloque Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, 1982, p. 57.
- MAYER P., *Réflexions sur l'autorité négative de chose jugée*, in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, Paris, 2009, p. 331 e ss.
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, Torino, 1988

## Bibliografia

MENCHINI S., *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, IV-V, p. 975 e ss.

METRO A., *La denegatio actionis*, Milano, 1972

MOTTO A., *Appunti in tema di ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di cognizione di primo grado*, in AA. VV., *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, p. 279 e ss.

MOTULSKY H., *Ecrits, etudes et notes de procédure civile*, Paris, 1973

MOTULSKY H., *Le droit subjectif et l'action en justice*, in *Arch. Phil. Dr.*, n. 9, 1964, p. 215 e ss.

MOTULSKY H., *Note sous Cass.*, 6 juin 1962, in *Sem. Jur.*, 1963, II, 13.191.

MURAT P. (sous la direction de), *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 2016-2017

NATALINI C., «*Bonus Iudex*» *Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna*, Napoli, 2016

NATALINI C., *Convenientem reconvenire. Genesi e sistematica della riconvenzione nella dottrina dei glossatori (1120-1234)*, Bologna, 2008

NICOLINI U., *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, 1955

NORMAND J., *Lex excroissances des fins de non-recevoir*, in *RTD civ.*, 1981, p. 684 e ss.

OLIVIER-MARTIN F., *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Paris, 1948

OMAR M., *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, Thèse, Paris, 1967

OPPETIT B., *Les fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité naturelle*, in *RTD civ.*, 1967, p. 749 e ss.

ORESTANO R., *Azione (storia del problema)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. IV, Milano, 1959, p. 785 e ss.

## Bibliografia

- PADOA SCHIOPPA A., *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, 2007
- PEDRIAU A., *Une action en justice peut-elle être déclarée à la fois irrecevable et mal fondée?*, in *Sem. Jur.*, n. 38, 1998, p.1579 e ss.
- PERROT R., *Chose jugée et principe de la contradiction*, in *RTD civ.*, 1993, p. 890 e ss.
- PERROT R., *Demande en justice: irrecevabilité et examen du fond*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, n. 3, p. 575 e ss.
- PÉTEL-TEYSSIÉ I., *Les fins de non-recevoir de procédure*, in AA.VV., *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, II, Paris, 2016, p. 267 e ss.
- PICARDI N., *Introduzione al Code Louis*, in *Code Louis, I, Ordonnance civile (1667)*, Milano, 1996, p. IX e ss.
- PICARDI N., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007
- PICARDI N., *Les racines historiques et logiques du code de procédure civile*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *L'educazione giuridica*, vol. V, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, t. I, *Filosofia e scienza della legislazione*, Napoli, 1988, p. 241 ss.
- PICARDI N., *Processo civile (diritto moderno)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 110 e ss.
- PIGEAU E. -N., *Introduction à la procédure civile*, Paris, 1818
- PIGEAU E. -N., *La procédure civile des tribunaux de France*, Paris, 1838
- PIGUET O., *L'exception de chose jugée*, Thèse, Lausanne, 1956
- POSEZ A., *Le principe de concentration des moyens, ou l'autorité retrouvée de la chose jugée*, in *RTD civ.*, 2015, p. 283 e ss.
- PUGLIESE G., *Giudicato (diritto civile)*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XVIII, Milano, 1969, p. 881 e ss.
- PUGLIESE G., *Res iudicata pro veritate accipitur*, in AA. VV., *Studi in onore di Eduardo Volterra*, V, Milano, 1971, p. 783 e ss.

## Bibliografia

PUTMAN E., *Les moyens de défense. Le titre V du livre I du Code de procédure civile*, in AA.VV., *Quarantième anniversaire du Code de procédure civile (1975-2015)*, II, Paris, 2016, p. 255 e ss

RECCHIONI S., *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999

ROUHETTE G., *L'influence en France de la science allemande du procès civil et du code de procédure civile allemand*, in AA. VV., *Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen*, Bielefeld, 1991, pp. 159-199

SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile. Libro primo. Disposizioni generali*, Milano, 1959

SCHIAVONE A. (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2003

STINCKLER A. M., *Ordines iudicarii*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *L'educazione giuridica*, vol. VI, *Modelli storici della procedura continentale*, t. II., *Dall'«ordo iudiciarius» al codice di procedura*, Napoli, 1994, p. 3 e ss.

TARELLO G., *Sistemazione e ideologia nelle «Loix civiles» di Jean Domat*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, II, 1972, p. 125 e ss.

THERY P., *Le desordre des moyens de défense: exceptions d'incompétence et fin de non-recevoir*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2012, n. 3, p. 566 e ss.

TOMASIN D., *Essai sur l'autorité de chose jugée en matière civile*, Paris, 1975

VALLERANI M., *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005

VAN CAENEGEM R. C., *History of European Civil Procedure, International Encyclopedia of Comparative Law*, XVI, Tübingen, Paris, New York, 1973-1985

VIAL G., *Le Conseil constitutionnel déclare l'accouchement sous X conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit*, in *RDLF*, 2012, chron. n° 17, reperibile all'URL: «[www.revuedlf.com](http://www.revuedlf.com)»

## Bibliografia

- VIORA M. (a cura di), *Corpus Glossatorum juris civilis*, I, Torino, 1973
- VIZIOZ H., *Etudes de procédure*, Paris, 2011
- VIZIOZ H., *La demande en justice*, in *Etudes de procédure*, Paris, 2011, p. 203 e ss.
- VOCINO C., «Presupposti processuali. I) Diritto processuale civile», in «*Enc. giur. Treccani*», XXIV, Roma, 1991
- WAHL A., *La recherche de la paternité d'après la loi du 16 novembre 1912*, in *RTD civ.*, 1913, p. 50 e ss.
- WIEDERKEHR G., *La légitimité de l'intérêt pour agir*, in AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, p. 877 e ss.