

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 1. Il diritto processuale civile e la definizione dell'attività giurisdizionale: criterio della funzione e criterio della struttura. – 2. La nozione della giurisdizione, o attività giurisdizionale, dal punto di vista della funzione. Il normale presupposto della lesione e l'attuazione dei diritti in via secondaria e sostitutiva. – 3. Segue. I casi di attività giurisdizionale senza previa lesione: giurisdizione costitutiva necessaria e accertamento mero. – 4. L'attività giurisdizionale dal punto di vista della struttura. A) La cognizione e i suoi caratteri strutturali tipici: l'attitudine a dare luogo alla cosa giudicata formale e, quindi, alla cosa giudicata sostanziale salva l'alternativa per pronunce meno stabili e più rapide; l'imparzialità del giudice e la posizione di uguaglianza tra le parti. – 5. Segue. B) L'attività di esecuzione forzata. C) L'attività cautelare. D) La giurisdizione volontaria. – 6. Rapporti tra i diversi tipi di attività giurisdizionale. – 7. L'ambito della giurisdizione e i suoi rapporti con le altre fondamentali attività dello Stato.

1. *Il diritto processuale civile e la definizione dell'attività giurisdizionale: criterio della funzione e criterio della struttura.*

L'art. 24, 1° comma, della Costituzione repubblicana enuncia che «*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*» (1), e per

(1) Sul fondamento costituzionale della tutela giurisdizionale ci intratterremo al termine di questo volume (§§ 77 e 78). Per ora basta richiamare N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974; I. ANDOLINA-G. VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990; L.P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, p. 673; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Studi in onore di V. Colesanti*, II, Napoli, 2009, p. 849; con riguardo all'ambito del potere giudiziario nella Costituzione, sotto la più particolare angolazione delle vicende storiche che hanno determinato quell'ambito, v. F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982; V. DENTI, *Prospettive costituzionali della giurisdizione*, in *Studi in onore di C. Mandrioli*, I, Milano, 1995, p. 3. V. anche S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1016; N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, in *Riv. trim. e dir. proc. civ.*, 2001, p. 381; N. RASCIÒ, *Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 601; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 825; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 907; con specifico riferimento alla rilevanza del principio di legalità in materia processuale v. A. CARRATTA, *Struttura e funzione nei procedimenti giurisdizionali sommari*, in *La tutela sommaria in Europa. Studi*, a cura dello stesso, Napoli, 2012, p. 1; ID., *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 659, mentre, sul rapporto

tanto prospetta subito un «giudizio», messo in moto da una certa iniziativa (l'«agire»), configurata per «tutti», e destinata alla «tutela» dei diritti e degli interessi. Questo «giudizio» appare dunque – sotto questo primo profilo generalissimo – come un'attività che procede verso la tutela dei diritti e degli interessi.

Quando parliamo di «processo» ci riferiamo precisamente a questo figurato «procedere» (2), che, qualificato con l'attributo «civile» (per esprimere, più o meno convenzionalmente, la contrapposizione ad altri processi e specialmente al processo penale, che si svolge per accertare reati e infliggere pene) ci conduce subito alle due espressioni con le quali, da un lato, è designato il «codice di procedura civile» e, dall'altro, è denominata la disciplina della quale incominciamo ad occuparci, ossia il «diritto processuale civile».

Da un primo punto di vista puramente empirico, il codice di procedura civile è quell'insieme di norme nelle quali è descritta e disciplinata la suddetta attività del «procedere» – ossia il processo civile – tradizionalmente chiamata «giurisdizione» e, quindi, «giurisdizione civile». «Diritto processuale civile» è quella branca della scienza giuridica che studia la disciplina del processo civile, contenuta in quel gruppo di norme giuridiche che, nell'ordinamento italiano vigente, sono, nella loro maggior parte, anche se non totalmente, contenute nel codice di procedura civile (che, d'altra parte, è spesso richiamato come prototipo, anche in altri settori del diritto).

Abbiamo detto che l'attività in discorso è descritta e *disciplinata* dalle norme del codice di procedura civile. Si tratta, infatti, di norme giuridiche: ed è noto che le norme giuridiche sono giuridiche in quanto, oltre a descrivere, disciplinano determinati comportamenti umani, ossia li «valutano» in base ai fondamentali criteri (c.d. «valori») che sono la *doverosità*, la *liceità* e l'*idoneità a produrre effetti giuridici*. In altri termini, le norme giuridiche descrivono determinati comportamenti umani qualificandoli, ossia dicendo di essi che sono doverosi, oppure leciti, oppure idonei a produrre determinati effetti giuridici, e così configurando, in capo ai soggetti di tali comportamenti, le c.d. «situazioni» di dovere, facoltà o potere (3). Quando parliamo di «struttura» delle norme o degli istituti

fra principi e norme processuali, A. PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 680; in termini più generali A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di regole e principi*, in *Foro it.*, 2015, V, 455; ID., *Quattro brevi lezioni sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 926.

(2) In argomento, v. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 17; L. MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, p. 11; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, p. 6 e 2^a ed., Torino, 1994, p. 4; E. FAZZALARI, *Processo e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 1; A. PROTO PISANI, *Brevi premesse in tema di situazioni soggettive fra diritto sostanziale, processi e giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2011, V, 97; P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012.

(3) Su quest'argomento, che è di teoria generale, l'opera più pertinente, nell'ottica del processualista, è ancora quella di G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 1. Ma v. anche E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 55; C. MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957, p. 67; C.M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1957, p. 4; E. FAZZALARI, *Introduzione alla*

giuridici, ci riferiamo per l'appunto *al modo* col quale l'ordinamento, operando con quelle qualificazioni, vuol raggiungere i suoi «fini». E se ci riferiamo, come appunto nel caso delle norme di cui ora ci occupiamo, ad un'attività – qui, l'attività giurisdizionale – possiamo riscontrare che essa può essere conosciuta e definita, oltre che sotto il profilo della sua *funzione* o scopo (a che cosa serve?), anche sotto il profilo della sua *struttura* (come opera? con che caratteristiche intrinseche? che effetti produce?) (4).

Naturalmente, i due criteri debbono coordinarsi tra di loro, perché il legislatore, se ha agito secondo logica, non può non aver scelto, nel dettare le norme, quelle caratteristiche strutturali che sono le più idonee per il conseguimento della funzione che il legislatore stesso vuole sia conseguita attraverso quelle norme. Il criterio della funzione e quello della struttura, in altri termini, debbono offrirsi, nella logica dell'ordinamento, una reciproca conferma.

Questa correlazione tra struttura e funzione ispira e qualifica la disciplina di ciascuno dei comportamenti di quei soggetti che, come stiamo per vedere, operano nel processo come protagonisti o soggetti del processo; i quali comportamenti, nel loro complesso, costituiscono l'attività giurisdizionale. Da un lato, ciascuno di quei comportamenti (o «atti») contribuisce con la sua propria funzione al conseguimento della più ampia funzione alla quale tende l'intera attività (ossia la serie degli atti considerata globalmente); dall'altro lato, è chiaro che la struttura della disciplina di ciascuno di questi atti non è che un aspetto della struttura propria dell'intera attività o serie di atti. Da ciò deriva una coordinazione articolata e complessa, strutturale e funzionale insieme, che ispira l'intera disciplina dell'attività di cui trattasi. La quale fonda proprio su questa coordinazione organica quell'aspetto sistematico, per il quale una branca del diritto assurge ad autonomia e dignità scientifica.

Con l'espressione «diritto processuale civile» si suole per l'appunto accentuare l'aspetto sistematico della disciplina dell'attività processuale o del processo civile, che costituisce l'oggetto del nostro studio (5).

giurisprudenza, Padova, 1984, pp. 25, 54; F.P. LUISO, *La norma processuale ed i suoi destinatari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 897.

(4) Sulla contrapposizione tra funzione e struttura, v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 11; p. 107.

(5) In argomento, v. S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, p. 28; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 33; per il rilievo dell'inadeguatezza dell'espressione «procedura civile», v. S. COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, 1973, p. 3. Si parla, peraltro, anche di diritto processuale europeo, come di fenomeno in formazione: v. N. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011; poi, S. PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 1; B. CAPPONI-R. TISCINI, *Introduzione al diritto processuale civile*, Torino, 2014, p. 86.

2. *La nozione della giurisdizione, o attività giurisdizionale, dal punto di vista della funzione. Il normale presupposto della lesione e l'attuazione dei diritti in via secondaria e sostitutiva.*

La nostra ricerca della nozione dell'attività giurisdizionale (6), nel suo primo aspetto, ossia dal punto di vista funzionale, dovrà naturalmente riferirsi a quella funzione che ispira la disciplina dell'*intera serie* dei comportamenti nei quali si concreta il «procedere» di cui ci occupiamo, o attività (giurisdizionale) considerata globalmente. E pertanto se – come esige la correttezza del metodo – dobbiamo cercarne il fondamento in una o più norme, è chiaro che dovremo risalire a quelle norme che prendono in considerazione l'attività in discorso nella sua globalità, ossia con riguardo allo scopo e al risultato al quale essa tende in definitiva; in altri termini, a quelle norme che possano offrire una risposta sintetica alla prima domanda che ci siamo posti: a che serve l'attività giurisdizionale?

A questa domanda noi abbiamo, in realtà, già potuto dare una prima approssimativa risposta proprio con le parole – richiamate all'inizio della nostra trattazione – di una norma che appartiene al tronco del nostro ordinamento, ossia all'art. 24, 1° comma, della Costituzione, nella quale norma abbiamo visto la prima configurazione dell'agire in giudizio *per la tutela dei diritti* e degli interessi (7) e sul presupposto della obbiettiva *meritevolezza* di tale tutela (8). L'attività giurisdizionale civile serve dunque (lasciando per il momento da parte il più complesso discorso che concerne gli interessi, per il quale v. oltre, § 32) alla tutela dei diritti.

In perfetta correlazione con questa norma costituzionale sta, d'altra parte, un'altra norma che pure si riferisce all'attività giurisdizionale nel suo complesso e con riguardo al suo scopo globale; una norma che è opportunamente collocata non già nel codice di procedura civile (ove l'attività giurisdizionale è disciplinata *analiticamente*), ma nel codice civile, nel quale i diritti sono configurati ed enunciati e nel quale l'attività giurisdizionale viene in rilievo solo sotto un profilo *sin-*

(6) Sulla quale v., più in dettaglio, C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 127.

(7) Che il fondamento della giurisdizione stia in una norma della Costituzione consegue al dato – proprio degli ordinamenti moderni – che la giurisdizione è una delle espressioni della sovranità dello Stato. Sul sorgere di questa nozione, come del resto, della stessa nozione di Stato, nel corso degli ultimi secoli in graduale superamento dell'ideologia universalistica del medioevo, v. il limpido saggio di N. PICARDI, *Giurisdizione e sovranità. Alle origini storiche della giurisdizione statale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, p. 685; dello stesso A., poi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007; ID., *La crisi del monopolio della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, in *Corti europee e giudici nazionali (Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 settembre 2009)*, Bologna, 2011, p. 5; v. anche F. CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 811.

(8) M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 789; in termini generali M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, p. 138.

tetico: quello dell'assicurare ai diritti la caratteristica per la quale possono dirsi diritti, ossia precisamente la loro tutelabilità (9). Dice, infatti, l'art. 2907 c.c. – rubricato per l'appunto sotto il titolo «attività giurisdizionale» – che «*alla tutela giurisdizionale dei diritti* provvede l'autorità giudiziaria ordinaria». Dal che si desume, con assoluta chiarezza, che il risultato, o funzione globale, che, nella *ratio* della legge, ispira l'attività giurisdizionale, considerata globalmente, è *la tutela dei diritti*; che cioè l'attività di cui trattasi è un'attività di tutela che in tanto è giurisdizionale in quanto ha per oggetto i diritti. E non – si noti – una particolare categoria di diritti, ma *i diritti* (naturalmente, diritti soggettivi) in genere; o, se si vuole, i diritti civili, col quale ultimo attributo in realtà non si fa che indicare la categoria generale dei diritti soggettivi; il che offre l'occasione di precisare ulteriormente che l'attributo «*civile*», col quale indichiamo l'attività giurisdizionale in argomento, non ha in realtà altro significato che quello di escludere alcuni settori specifici dell'attività giurisdizionale, ossia quello penale e quello amministrativo.

Che cosa vuol dire, precisamente, tutela dei diritti? Tutela, nel linguaggio comune, significa protezione, nel senso di reazione ad un pericolo o ad un attacco. E poiché in generale il tipo di tutela o protezione deve determinarsi in relazione al tipo di pericolo o attacco, è chiaro che i caratteri della tutela *dei diritti* si determinano in relazione ai caratteri di ciò che può compromettere o pregiudicare i diritti in quanto è loro proprio. Se allora si tiene presente che ciò che è proprio dei diritti è – attraverso quella valutazione di cui si parlava nel paragrafo precedente – l'imposizione o il divieto o la permissione di determinati comportamenti, ne risulta che ciò che compromette o pregiudica i diritti consiste nel non fare ciò che si doveva fare o nel fare ciò che non si poteva o doveva fare; in altri termini, in quel fenomeno che si chiama *lesione* o *violazione del diritto* (10). Da tutto ciò emerge chiaramente che la tutela giurisdizionale dei diritti consiste, almeno in linea di massima, in una reazione alla loro violazione; reazione nel senso di impedirla o di eliminarne gli effetti nei limiti del possibile.

Si vengono così illuminando le due caratteristiche fondamentali dell'attività giurisdizionale: la sua *strumentalità* e la sua *sostitutività*.

L'attività giurisdizionale è *strumentale* rispetto ai diritti che vuol tutelare, poiché costituisce appunto lo strumento per la loro attuazione, nell'ipotesi che tale attuazione non si verifichi spontaneamente. E poiché i diritti da attuare costituiscono la *materia* o *sostanza* dell'attività giurisdizionale, mentre, d'altra parte, l'attività giurisdizionale è, come si è visto, descritta e disciplinata da norme giuridiche che, nel loro complesso, costituiscono un sistema, si delinea la contrap-

(9) In argomento, v. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*³, I, a cura di T. CARNACINI-M. VELLANI, Milano, 1980, p. 19; più di recente, A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360; E. FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale*, *ibidem*, p. 402.

(10) Sul tema, v. specialmente G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1935, p. 15; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 16.

posizione tra *diritto* (o sistema di norme) *materiale* o *sostanziale* e *diritto* (o sistema di norme) *strumentale* o *formale*, cioè *processuale* (11).

Questi due sistemi di norme sono strettamente coordinati tra loro. Le norme sostanziali disciplinano direttamente – ossia in via *primaria* – determinati comportamenti umani che il legislatore ha considerato idonei a soddisfare determinati interessi e precisamente quegli interessi che, a seguito di una valutazione di politica legislativa, ha ritenuto meritevoli di protezione. In altri termini, dettando le norme sostanziali, il legislatore, nel momento in cui ha valutato determinati comportamenti umani (assunti, naturalmente, in via astratta, ossia come ipotesi astratta di comportamento o fattispecie astratta) (12) con i criteri della doverosità, della liceità o illiceità, e dell'attitudine a produrre conseguenze giuridiche, ha configurato i diritti soggettivi sostanziali, i quali già implicano una prima tutela di determinati interessi, cioè la tutela semplicemente giuridica. Ma se questa tutela primaria non si rivela sufficiente, se cioè la norma sostanziale viene violata ed il diritto soggettivo sostanziale (o lo *status*) (13) viene leso, ecco che l'ordinamento ricorre allo strumento del processo, ossia ricorre alle norme strumentali o processuali, o formali, che, disciplinando (ancora nei modi veduti) l'attività di determinati soggetti (i c.d. soggetti del processo), e cioè disciplinando l'attività giurisdizionale strumentale, apprestano i mezzi per l'attuazione della tutela *secondaria* o tutela, appunto, *giurisdizionale* (14).

(11) V. S. LA CHINA, *Norma giuridica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 411; A. PROTO PISANI, *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, V, 1; B. CAPPONI-R. TISCINI, *Introduzione*, cit., p. 13.

(12) L'«astrattezza» è data dalla circostanza che la fattispecie prende in considerazione «classe di fatti futuri, che la norma considera dotati di un qualche grado di probabilità»: così N. IRITI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 38; dello stesso A., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, p. 987; *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 18; sul tema v. anche G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, *ibidem*, p. 1103.

(13) Su cui v. A. BARLETTA, *Contributo allo studio dell'accertamento degli status*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 231; Cass. sez. un. 13 novembre 2008 n. 27145, in *Foro it.*, 2009, I, 983; ma compresi anche i diritti c.d. *inviolabili* (che riguardano la dignità personale), in realtà tali solo teoricamente (v. sull'argomento, N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 635; ID., *Il diritto quale crocevia fra le culture*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1; G. ALPA, *Dignità personale e diritti fondamentali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 21; M. MELI, *Giudicato interno, ruolo del giudice nazionale ed esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, *ibidem*, p. 25; P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio"*, cit., p. 1; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 117), rispetto ai quali assume particolare rilevanza, sul piano dell'effettività, anche la tutela sovranazionale (P. BIAVATI, *La tutela multilivelli dei diritti fondamentali: una bussola per l'Europa?*, in *Giustizia senza confini. Studi offerti a F. Carpi*, Bologna, 2012, p. 33).

(14) Per la contrapposizione tra diritto sostanziale e diritto strumentale, v. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 3 e ss. Per la contrapposizione tra le espressioni «tutela giuridica» e «tutela giurisdizionale» v. ampliamente C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955, p. 1 e ss.; V. DENTI, *La giustizia civile*, Bologna, 1989, p. 111; I. ANDOLINA-G. VIGNERA, *Il modello costituzionale*, cit., p. 92; A. PROTO PISANI, *Brevi premesse*, cit., 97; ID., *Lezioni di diritto*

Questo carattere secondario della tutela giurisdizionale, rispetto alla tutela primaria o sostanziale, sta già in relazione con l'altra caratteristica propria dell'attività giurisdizionale, ossia la sua *natura sostitutiva* (15): vale a dire la caratteristica per cui, svolgendo l'attività giurisdizionale, quei soggetti del processo che vedremo chiamarsi organi giurisdizionali, si sostituiscono a coloro che avrebbero dovuto tenere il comportamento previsto dalle norme sostanziali in via primaria, per attuare in via secondaria quella medesima protezione di interessi che stava alla base in via primaria della norma sostanziale. In questo modo il diritto processuale, quale disciplina (attraverso valutazioni di comportamenti) dell'attività (giurisdizionale) dei soggetti del processo, realizza indirettamente ed in via sostitutiva quella medesima protezione di interessi che sta alla base del diritto sostanziale (16).

Questa «sostituzione» non è imposta dalla logica né dalla natura delle cose, ma piuttosto da quel postulato fondamentale di ogni forma di vita socialmente organizzata che va sotto il nome di *divieto dell'autotutela o dell'autodifesa* (17). In sostanza, l'ordinamento giuridico, nel momento in cui vieta al singolo di farsi giustizia da solo (eccezion fatta soltanto per taluni casi particolarissimi, come la legittima difesa, lo stato di necessità, ecc.), gli offre una protezione sostitutiva, che è precisamente la tutela giurisdizionale.

In conclusione, i rilievi compiuti autorizzano a definire l'attività giurisdizionale, sotto il profilo funzionale, come *attuazione, in via normalmente secondaria e sostitutiva, dei diritti sostanziali* (18). E diciamo «normalmente» poiché – come

*processuale civile*⁶, Napoli, 2014, p. 32. Per la contrapposizione tra norme sostanziali e norme strumentali, v. E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*⁵, Padova, 1989, p. 91.

(15) Sulla funzione sostitutiva della giurisdizione, v. le classiche pagine del G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1936, p. 7 e ss. Sul contesto storico nel quale matura la riflessione chiovendiana sulla funzione sostitutiva del processo cfr. A. CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano "Vittorio Scialoja"*, 2011, p. 103.

(16) In generale sull'argomento, v. F. CARPI, *Osservazioni sulla giurisdizione in materia di risarcimento da fatto illecito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1217. Per una riflessione più ampia v. A. CARRATTA, *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, *ivi*, 2017, p. 579.

(17) Sul tema, e con particolare riguardo agli strumenti di autotutela che permangono nel nostro ordinamento, v. E. BETTI, *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529; G. BONGIORNO, *Profili sistematici e prospettive della esecuzione forzata in autotutela*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, p. 444; v. anche F. TOMMASEO, *Appunti di diritto processuale civile*, Torino, 1992, p. 90. Il superamento dei limiti dell'autotutela porta già nel campo dell'abuso del diritto: su questo v. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; F. DI MARZIO, *Divieto di abuso e autonomia contrattuale d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 491; A. GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 297.

(18) Sulla natura «secondaria» della giurisdizione, v. ancora G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, II, cit., p. 9. Per l'accentuazione della natura «sostitutiva», v. A. SEGNI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Nss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 985. Per aspetti particolari, v. S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 218.

Tra le opinioni manifestate più di recente, va segnalata quella di L. MONTESANO (*Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., p. 16), che attribuisce rilievo determinante al fatto che l'effetto giurisdizionale «non è mai riferibile ad un soggetto ed opera sempre come oggettivo concretarsi dell'ordinamento».

vedremo tra poco (al § 3) – vi sono dei casi in cui l'attività giurisdizionale è prevista più o meno indipendentemente dalla lesione di norme primarie, il che naturalmente attenua, fino ad eliminare del tutto, l'elemento della sostitutività e della secondarietà.

Questa definizione funzionale della giurisdizione non diverge gran che da altre definizioni proposte da autorevoli giuristi. Così, ad es., la famosa definizione del Redenti che considera la giurisdizione come «attuazione delle sanzioni» (19) esprime in definitiva i medesimi concetti, solo che si tenga presente che per «sanzione» si intende quello che qualcuno chiama il «precetto secondario» contenuto nelle norme sostanziali, ossia quel meccanismo di reazione che l'ordinamento giuridico mette in moto non appena si verifica il fenomeno della violazione del precetto primario (20). Quando, poi, detta reazione si concreta in un provvedimento amministrativo, si parla di *sanzione amministrativa*.

Così la non meno famosa definizione del Carnelutti che vede nella giurisdizione l'attività di «composizione delle liti» (21). Se si tiene presente che la «lite» nel senso tecnico carneluttiano non è altro che la posizione di contrasto che due o più soggetti assumono rispetto ad un diritto, appare evidente che tale posizione di contrasto in tanto sussiste in quanto si postula da uno o più di quei soggetti la lesione di una norma sostanziale ad opera degli altri: se così non fosse, la norma sostanziale basterebbe da sola a comporre quei conflitti di interessi che appunto le norme giuridiche sostanziali tendono a comporre. Il fenomeno, dunque, è sempre lo stesso, con la sola differenza che questa definizione mette in risalto, insieme con la posizione dell'organo giurisdizionale che presta la tutela, anche quella dei soggetti che rispettivamente la chiedono e la subiscono, senza dimenticare che alla composizione della lite si può pervenire anche attraverso la via alternativa della *conciliazione*.

Con riguardo a questo particolare aspetto della funzione della tutela giurisdizionale, va tenuto presente che essa costituisce (insieme col giudizio arbitrale) uno degli strumenti «eteronomi» finalizzati alla composizione delle controversie

In un ordine di idee non dissimile, G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*⁷, I, Padova, 2015, p. 10; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*², I, Torino, 2010, p. 4; G. VERDE, *Diritto processuale civile*², I, Bologna, 2010, p. 27; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., p. 59.

(19) E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1917; più di recente, ID., *Dir. proc. civ.*, I, cit., p. 22; E. REDENTI-M. VELLANI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, p. 5.

(20) Sulla nozione di sanzione v. C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione*, in *Jus*, 1956, p. 86; ID., *Svolgimenti sulla sanzione*, *ibidem*, p. 362; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 530 e ss.; F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 303. Per alcune precisazioni sull'abitudine della dottrina di servirsi di questa generica nozione di sanzione per indicare ogni reazione predisposta dall'ordinamento alla violazione della norma ed al di fuori di ogni significato affittivo, v. G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, p. 47.

(21) F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 49, 78.

e contrapposti a quelli «autonomi» nel senso che in questi ultimi (tipicamente la conciliazione) la risoluzione delle controversie è realizzata dagli stessi loro protagonisti e non da terzi, i quali hanno solo compiti di promozione (22) (sull'evoluzione dell'istituto conciliativo a seguito del D.Lgs. 28/2010 v. il cap. 9° del vol. III).

Una posizione a parte spetta, invece, alla visione sattiana della giurisdizione come «concretamento dell'ordinamento», che pone l'accento sul momento in cui la postulazione della tutela supera ogni contrapposizione tra l'ordinamento statico e il suo attuarsi (23).

La conciliazione come soluzione alternativa alla giurisdizione

(22) Questa contrapposizione è utilmente prospettata da F.P. LUISO (*La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 1201) col rilievo dei vantaggi che la soluzione conciliativa può presentare rispetto a quella eteronoma, specie per il maggiore spazio che la conciliazione apre per il contenuto della composizione, in forza della disponibilità che i protagonisti della vertenza hanno di tutti i loro diritti (*op. cit.*, p. 1203). Dello stesso A. v. anche *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 325. In conseguenza di ciò si comprende la diversa estensione soggettiva degli effetti prodotti dalla soluzione eteronoma rispetto a quella autonoma della controversia (su ciò v., con riferimento alla transazione, A. HENKE, *I limiti soggettivi di efficacia della transazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1029).

Si è peraltro rilevato (P. BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 785) – e, a nostro parere, non senza fondamento – che tanto più la conciliazione può costituire utile alternativa al processo quanto meno interferisce con lo stesso e soprattutto quanto meno il tentativo ad essa finalizzato costituisce un passaggio obbligatorio condizionante la tutela processuale. E ciò anche perché solo una conciliazione del tutto libera e spontanea può compensare l'inappagamento di quell'interiore aspirazione a sapere ciò che è giusto che è presente nell'animo umano (*op. cit.*, p. 798).

Anche in considerazione degli attuali diffusi orientamenti a favore di questa «soluzione alternativa» per alleviare il compito dei giudici, chi si è soffermato su vantaggi e svantaggi di questa «soluzione autonoma» ha osservato che entrambi conseguono al superamento dei vincoli (anche territoriali) che, nella soluzione giurisdizionale, sono imposti dalle norme, per affrontare direttamente il bilanciamento degli interessi contrapposti. V., per questi rilievi, M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357. Osserva l'A. che ciò postula, nel soggetto che tenta la conciliazione, oltre all'imparzialità e al rispetto del contraddittorio, la non coincidenza con l'organo al quale competerebbe il giudizio nell'ipotesi di insuccesso del tentativo di conciliazione. Quanto, poi, alla distinzione fra *mediazione* e *conciliazione* è stato sottolineato (C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 845; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*², I, Padova, 2012, p. 24) come, mentre nel primo caso l'intervento del terzo mediatore è di mero ausilio per favorire il raggiungimento dell'accordo fra le parti, nel secondo caso il terzo conciliatore ha il compito di valutare le contrapposte posizioni e individuarne la giusta composizione; in proposito v. anche N. TROCKER, *Dalla tutela giurisdizionale differenziata alla differenziazione dell'offerta di giustizia*, in *Studi in onore di M. Acone*, III, Napoli, 2010, p. 1731; M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, p. 1065; L.P. COMOGLIO, *Mediazione ed accesso alla giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 288; L. FRANZESE, *Il principio di autocomposizione delle liti tra mediazione e processo*, in *Jus*, 2016, p. 247.

A metà strada fra mediazione e conciliazione sembra porsi la procedura di «negoziazione assistita da uno o più avvocati» introdotta dall'art. 2 del D.L. 12 settembre 2014 n. 132 (conv. dalla L. 10 novembre 2014 n. 162). In proposito v. § 65 del vol. III.

(23) S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 218; S. SAT-

Si è, infine, autorevolmente negato alla radice la stessa possibilità di definire la giurisdizione sotto il profilo funzionale, in quanto questo profilo non sarebbe giuridico, ma meramente sociologico; così come non sarebbe giuridica la stessa nozione di sanzione. Secondo Allorio, infatti, la giurisdizione non potrebbe essere definita che con riguardo al tipo di effetti che produce, e perciò con riguardo alla sua caratteristica strutturale, che, come stiamo per vedere (al § 4), è imperniata sull'attitudine a dar luogo ad un accertamento incontrovertibile. Lo stesso diritto sostanziale (i diritti soggettivi e gli *status*) non potrebbe avere altro rilievo che come oggetto predeterminato dell'accertamento giudiziale che perciò starebbe al centro dell'intero ed unitario fenomeno giuridico (24). Le profonde intuizioni contenute in questa impostazione (25) – alla quale la moderna dottrina processualistica deve un possente stimolo a cercare il *proprium* del fenomeno giuridico nel suo aspetto strutturale – non autorizzano tuttavia a dimenticare che anche l'aspetto funzionale, già significativo sotto il profilo descrittivo, è recepito in molte norme – come, ad es., l'art. 2907 c.c. sopra analizzato – sul cui fondamento diviene corretta, anche in termini giuridici, una definizione della giurisdizione anche sotto il profilo funzionale, purché coordinata con la nozione strutturale.

3. *Segue. I casi di attività giurisdizionale senza previa lesione: giurisdizione costitutiva necessaria e accertamento mero.*

La veduta nozione funzionale della giurisdizione va ora integrata con riguardo ai casi – ai quali si è fatto cenno poc'anzi – in cui la legge configura l'attività dell'organo giurisdizionale indipendentemente dal fatto che si sia o meno verificata, in precedenza, una violazione di norme.

Questo fenomeno si verifica, in primo luogo, in certi casi nei quali l'ordinamento ritiene di dover sottrarre all'autonomia dei singoli la piena disponibilità di determinate situazioni giuridiche, stabilendo che la costituzione, la modificazione o l'estinzione (ossia gli effetti che si chiamano «costitutivi» (26) in senso ampio) di quelle situazioni giuridiche, non può avvenire che attraverso l'opera

TA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, spec. p. 10 e ss.; C. PUNZI, *Il processo civile*², cit., I, p. 4.

(24) E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, p. 3 e ss.

(25) Per ampi rilievi su questa impostazione, v. F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, p. 223; F. CARNELUTTI, *Il valore della sanzione del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, p. 237; C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, p. 86. V. poi le repliche dell'ALLORIO, *Osservazioni critiche alla sanzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1956 e quindi in *L'ordinamento*, cit., p. 138 e ss.; quindi, ancora, C. MANDRIOLI, *Svolgimenti sulla sanzione*, in *Jus*, 1956, p. 362.

(26) Sugli effetti costitutivi della giurisdizione torneremo più avanti (§ 15 *sub C*). In argomento v. comunque G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., p. 178; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1941, p. 54 e le trattazioni più specifiche citate al § 15.

dell'organo giurisdizionale. Si tratta di eccezioni alla normale disponibilità negoziale dei diritti. Si può vendere o dare in locazione la cosa propria, o costituire una servitù, o concludere un contratto di lavoro, o fare testamento, o, insomma, compiere ogni genere di negozi o atti giuridici, senza bisogno dell'intervento dell'organo giurisdizionale. Ma questa generale autonomia negoziale ha il suo limite là dove si tratterebbe di influire su certe situazioni che investono interessi non esclusivi del singolo, in quanto in qualche modo toccano la collettività: così non si può disporre negozialmente del rapporto di filiazione, né si può rinunciare alla propria capacità di agire; si potrà solo, *nel concorrere di determinate circostanze espressamente previste dalla legge* (ad es. l'impotenza, l'infermità di mente, ecc.), ottenere il disconoscimento di paternità, l'inabilitazione o l'interdizione, tutte modificazioni, o effetti «costitutivi» (nel senso ampio visto sopra) che l'ordinamento contempla come realizzabili esclusivamente ad opera dell'organo giurisdizionale. Al quale organo l'ordinamento affida il previo compito di riscontrare l'esistenza di quelle circostanze dalle quali l'ordinamento stesso vuole che dipenda il realizzarsi di quegli effetti. Circostanze che non implicano violazione di alcuna norma, ma che semplicemente sono contemplate da certe norme come condizione *necessaria* per la determinazione di certi effetti, non realizzabili altrimenti che attraverso l'opera, che per ciò si dice necessaria, dell'organo giurisdizionale. Questo tipo di attività giurisdizionale, che ha dunque per oggetto i diritti sostanziali alle modificazioni giuridiche non attuabili se non dal giudice, si chiama perciò *giurisdizione costitutiva* (nel veduto senso ampio comprensivo della modificazione e dell'estinzione) *necessaria o a necessario esercizio giudiziale*. Quella parte della dottrina che chiama diritti potestativi (27) i diritti alla modificazione giuridica, indica questo tipo di giurisdizione come quello che ha per oggetto i *diritti potestativi necessari*; d'altra parte in queste situazioni agli aspetti di diritto si sovrappongono, talora fino a prevalere, interessi pubblici col conseguente dovere di provvedere (tipicamente ciò accade nel giudizio di interdizione) ciò che induce un'altra parte della dottrina (28) a parlare di giurisdizione a contenuto obbiettivo.

(27) Sulla nozione dei diritti potestativi, v. inizialmente G. MESSINA, *Sui cosiddetti diritti potestativi*, in *Studi in onore di C. Fadda*, VI, Napoli, 1906, p. 279; poi specialmente G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., p. 178 e, per il rilievo che i diritti potestativi non possono essere violati, p. 17. Per ampie critiche alla nozione dei diritti potestativi, v. E. ALLORIO, *L'ordinamento*, cit., p. 103 e ss. Per rilievi critici sulla compatibilità tra il *proprium* del diritto potestativo ed il *proprium* della giurisdizione costitutiva in quanto l'effetto modificativo se appartiene all'uno non può appartenere all'altra, v. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Comm. c.p.c., diretto da E. Allorio*, II, 1, Torino, 1980, p. 146 e ss.; v. anche L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 131 e ss.; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, p. 11 e ss. Poi, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 62; F. AULETTA, *Requiem per la giurisdizione costitutiva?*, *ivi*, 2016, p. 1564. Sull'argomento v. oltre, § 15, nota 74.

(28) E. ALLORIO, *L'ordinamento*, cit., p. 118. Sul tema, v. anche F. TOMMASEO, *I processi a contenuto obbiettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 495 e ss.; p. 685 e ss.

È bene sottolineare che proprio questo elemento della necessarietà (riferito all'attività giurisdizionale) sta in relazione con la caratteristica per la quale questa attività giurisdizionale non presuppone alcuna violazione. Va infatti tenuto presente fin da ora che, accanto all'attività giurisdizionale costitutiva necessaria – e nel quadro della più ampia nozione di *attività giurisdizionale costitutiva* che il nostro ordinamento contempla espressamente all'art. 2908 c.c. – esiste un'*attività giurisdizionale costitutiva non necessaria* nel senso che gli effetti costitutivi (nel consueto senso ampio), attuabili da essa, avrebbero potuto essere attuati anche indipendentemente dall'opera dell'organo giurisdizionale, con la conseguenza che l'attività di quest'ultimo soccorre solo quando è mancata l'attuazione spontanea o primaria, ossia si è verificata la violazione di un preesistente diritto alla modificazione giuridica o diritto potestativo (non necessario). Si pensi al caso dell'obbligo di contrarre, assunto con un contratto preliminare, rimasto ineseguito (qui sta la violazione) ed attuabile con sentenza costitutiva ai termini dell'art. 2932 c.c.; o alla costituzione della servitù coattiva di cui all'art. 1032 c.c. È chiaro che in questi casi, la non necessarietà dell'attività giurisdizionale (nel senso che essa diviene necessaria solo in via secondaria) ci riconduce alla normalità del fenomeno per il quale l'attività giurisdizionale ha funzione sostitutiva e secondaria, in quanto presuppone una violazione, ossia ci riconduce al fenomeno per cui appunto nella violazione di un preesistente precetto normativo sta l'*esigenza* o *bisogno* della tutela giurisdizionale. Mentre, quando l'attività giurisdizionale costitutiva è necessaria, tale esigenza o bisogno è, come si suol dire, *in re ipsa*, ossia nel fatto stesso che si sono verificate quelle circostanze che introducono la possibilità della modificazione giuridica attraverso l'insostituibile opera dell'organo giurisdizionale.

L'altro tipo di attività giurisdizionale che ha, insieme con l'attività giurisdizionale costitutiva necessaria, la caratteristica di prescindere dalla violazione, è quello che viene chiamato di «*accertamento mero*» (29). Qui l'esigenza di tutela o di attività giurisdizionale è determinata da un fenomeno che può essere in certo senso assimilato alla violazione in quanto di quest'ultima costituisce di solito una premessa: la *contestazione*, nel doppio senso di contestazione di un altrui diritto che il titolare considera esistente o di *vanto* di un proprio diritto nei confronti di un soggetto che lo ritiene inesistente. Si pensi al soggetto che, pur senza ledere l'altrui diritto di proprietà, lo contesta nel senso che si vanta proprietario esso stesso; o al soggetto che, ancor prima della scadenza del suo debito, nega di essere debitore o, infine, al soggetto che si vanta creditore. Quando si verifica questo fenomeno che chiamiamo, con portata inclusiva anche del vanto, contestazione (e che, naturalmente, deve essere seria, obiettivamente apprezzabile

(29) Sull'argomento v. ancora G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., p. 191 e ss. Accertamento – naturalmente – di un diritto e non di un fatto, ancorché suscettibile di riflessi giuridici (cfr. Cass. 11 maggio 2017 n. 11565; Cass. 20 dicembre 2011 n. 27691); v. anche E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, p. 17.

e cioè non esaurirsi nella semplice espressione di un'opinione) si determina una situazione che non è ancora di violazione, ma che potrebbe divenirlo, ossia l'incertezza obbiettiva circa l'esistenza di un diritto. Ed è logico che un ordinamento giuridico evoluto offra – direttamente o indirettamente (30) – lo strumento per eliminare questa situazione ancor prima che dia luogo alla violazione, ossia lo strumento per sostituire l'incertezza obbiettiva con la certezza obbiettiva (31). Questo strumento è l'attività giurisdizionale detta di *accertamento mero*, nella quale espressione l'attributo «mero» sta in relazione col fatto che la funzione dell'accertamento che, come stiamo per vedere, è caratteristica generale di quell'intero settore dell'attività giurisdizionale che si chiama «di cognizione», soltanto qui si presenta per così dire allo stato puro, ossia senza la sovrapposizione di altre funzioni.

Chi, a questo punto, volesse riassumere in una formula unitaria la nozione della giurisdizione dal punto di vista della sua funzione, dovrebbe riferirsi soltanto all'*attuazione del diritto sostanziale*, avendo cura di precisare che *tale attuazione avviene per lo più in via secondaria e sostitutiva (= sanzionatoria), ma talvolta in via primaria*.

4. *L'attività giurisdizionale dal punto di vista della struttura. A) La cognizione e i suoi caratteri strutturali tipici: l'attitudine a dare luogo alla cosa giudicata formale e, quindi, alla cosa giudicata sostanziale salva l'alternativa per pronunce meno stabili e più rapide; l'imparzialità del giudice e la posizione di uguaglianza tra le parti.*

Riferendoci, come abbiamo fatto fino ad ora, alla funzione dell'attività giurisdizionale, abbiamo messo in risalto *a che cosa essa serve*; passando a riferirci alla struttura, cerchiamo di illuminarne, invece, le caratteristiche intrinseche; di stabilire, cioè, *che cosa essa è*, in se stessa.

(30) Mentre taluni ordinamenti configurano espressamente l'ammissibilità dell'azione (c.d. di accertamento mero) che offre lo strumento in discorso (così l'ordinamento germanico: § 256 ZPO), altri ordinamenti, come il nostro, si limitano ad implicarne l'ammissibilità attraverso la disciplina delle condizioni dell'azione ed in particolare dell'interesse ad agire (v. oltre, § 13). In argomento, v. A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 158 e ss. Per rilievi critici v. L. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969, secondo il quale l'ammissibilità della tutela di accertamento mero dovrebbe desumersi in via analogica e con cautela da talune norme che la prevedono espressamente, come gli artt. 949 e 1079 c.c.; v. poi A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 620 e ss.; ID., *Lezioni*⁶, cit., p. 130 e ss.; B. SASSANI, *Note sull'interesse ad agire*, Rimini, 1983, p. 87 e ss.; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 108 e ss.; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, p. 25; A. MOTTO, *op. cit.*, p. 396.

(31) Sotto questo profilo l'accertamento mero può partecipare dei caratteri della c.d. *tutela preventiva*, su cui v. oltre, § 15, *sub D* e che – nella sua eterogeneità che ne esclude la possibilità di considerarla in modo autonomo – può anch'essa rientrare, in taluni casi, tra le forme di tutela che possono prescindere dalla violazione.

Al riguardo, dobbiamo incominciare col constatare che il codice di procedura civile non disciplina un unico tipo, ma diversi tipi di attività, con caratteristiche strutturali diverse, a ciascuna delle quali, d'altra parte, – per quella interdipendenza tra funzione e struttura che abbiamo già posto in rilievo al § 1 – corrisponde una funzione particolare, inserita nell'ampia funzione che abbiamo individuato sopra. Occorre, dunque, prendere in esame singolarmente questi diversi tipi di attività.

Il primo, e di gran lunga il più importante, di questi tipi di attività, è quello detto di *cognizione*. La disciplina di quest'attività è prevalentemente contenuta nel libro secondo del codice (intitolato, appunto: «del processo di cognizione»). Ad essa si riferisce anche la disciplina del libro primo (intitolato alle «disposizioni generali», e perciò contenente norme tendenzialmente applicabili ad ogni tipo di attività disciplinata dal codice, ma in realtà dettate con particolare riferimento alla cognizione). Alcuni aspetti particolari dell'attività di cognizione sono inoltre disciplinati nel libro quarto (intitolato ai «procedimenti speciali») ed anche nel libro terzo (che contiene la disciplina di quel diverso tipo di attività che si realizza nel «processo di esecuzione forzata»), oltre che in numerose leggi speciali.

Quali sono le caratteristiche strutturali proprie della cognizione? La logica del sistema – ossia la già veduta necessaria coordinazione tra struttura e funzione – vuole che queste caratteristiche siano esattamente quelle che consentono all'attività di cui trattasi di meglio conseguire la sua propria funzione o scopo. Si tratta allora di individuare, in primo luogo, la funzione specificamente propria della cognizione, nell'ambito della già vista funzione dell'attività giurisdizionale in generale.

Ricordiamo che quest'ultima consiste, come si è visto, nell'attuazione dei diritti; e ricordiamo pure che i diritti (soggettivi) null'altro sono che quelle posizioni giuridiche dei soggetti che emergono dalle norme sostanziali, le quali, nel compiere la valutazione di determinati comportamenti umani (considerati come fatti) così come abbiamo visto al § 1, dettano, per quei comportamenti considerati in astratto (c.d. fattispecie astratte), delle regole astratte, ossia *enunciano delle volontà astratte di legge*; ricordiamo, infine, che tali regole astratte divengono concrete nel momento in cui si verifica, nel singolo caso concreto, uno di quei comportamenti o fatti presi in considerazione e valutati in astratto dalle norme stesse (c.d. fattispecie concrete); nel momento, insomma, in cui si verifica uno di quei fatti che, in quanto presi in considerazione come idonei a concretare o costituire i diritti, sono chiamati «*fatti costitutivi dei diritti*». Da tutto ciò è logico dedurre che attuazione dei diritti null'altro significa che attuazione di regole concrete di diritto sostanziale (o *volontà concrete di legge*) (32).

Orbene: per attuare una regola concreta di legge, occorre anzitutto *formulare* quella regola, ossia enunciarla, appunto, nella sua concretezza; vale a dire, dopo

(32) Su questi concetti e con l'impiego di questa terminologia v. le celebri pagine del CHIO-
VENDA, *Istituzioni*, I, cit., p. 5 e ss.

aver interpretato e tradotto in termini attuali la volontà legislativa espressa in astratto con le parole della norma, *riscontrare ed enunciare che, essendosi verificati quei determinati «fatti costitutivi» ipotizzati come fattispecie astratta nella norma stessa, da quella norma è scaturita una regola concreta* che, per essere attuata, deve prima di tutto essere enunciata. È pertanto chiaro che proprio *enunciando la regola concreta, si afferma o si nega l'esistenza di un diritto*. D'altra parte, è pure evidente che quest'enunciazione o pronuncia circa l'esistenza di un diritto, in tanto può assolvere alla sua funzione in quanto su di essa sussista un determinato grado di certezza.

A questo punto, la funzione propria dell'attività di cognizione (ossia del «conoscere» circa una regola concreta o circa l'esistenza di un diritto) emerge come una funzione di *accertamento* (33). Più precisamente, la funzione di determinare la certezza sull'esistenza o la non esistenza di un diritto (34). Ma quale certezza? Poiché l'assoluto non è di questo mondo, occorrerà accontentarsi di una certezza relativa, dotata cioè di certe caratteristiche, vale a dire quelle che la rendono idonea ad assolvere alla sua funzione di consentire l'attuazione del diritto. Questo significa che dovrà trattarsi della certezza non esclusiva di un singolo, ma *obbiettiva, ossia fatta propria dall'ordinamento e tale da permettere che la regola possa essere imposta all'osservanza di tutti*.

Naturalmente la certezza non nasce già obbiettiva, perché non può formarsi altrimenti che come convincimento di uno o più soggetti. Ed appunto perciò assume particolare importanza il meccanismo – ossia la struttura – di quell'attività per mezzo della quale la certezza di uno o più soggetti diviene certezza obbiettiva. È chiaro, infatti, che proprio in questi caratteri strutturali sta quell'elemento strutturale proprio della cognizione, che appunto stiamo cercando.

(33) V. in generale sull'argomento, E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, cit., p. 16 e ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, p. 32 e ss. Più di recente, sotto un profilo generalissimo, che include l'accertamento non giudiziale, ma negoziale o di altra natura, M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002.

(34) Oggetto di questo accertamento sono dunque i diritti soggettivi. Vero è che l'accertamento dei diritti implica l'accertamento dei fatti costitutivi (e, come vedremo, anche dei fatti estintivi e/o modificativi) e che quest'accertamento dei fatti implica la ricerca della loro verità, il più possibile «oggettiva». Ma vero è anche che questa ricerca della verità dei fatti è, da un lato, solo strumentale rispetto all'accertamento dei diritti e, dall'altro lato, approssimativa e solo tendenzialmente perfetta, come tutte le attività umane. Ne consegue che l'includere tra i fini del processo la ricerca della verità materiale o oggettiva alla quale le parti dovrebbero collaborare perché essa sia raggiunta dall'onnipotente giudice, è solo frutto di una deviazione dei fini propria dei regimi totalitari, come bene ha dimostrato G. MONTELEONE (*Intorno al concetto di verità materiale o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1). Che poi questa deviazione abbia in qualche misura «contaminato» l'orientamento del codice processuale civile del 1940 e di alcuni dei Maestri suoi ispiratori, come adombra l'A., è affermazione accettabile solo con riguardo ad alcuni aspetti «di facciata», ma, nella sostanza, contrastata dal costante e inequivoco riconoscimento, anche nel codice, oltre che nei suoi Ispiratori, dei fondamentali principi del contraddittorio e dall'imparzialità del giudice, ben prima della loro solenne enunciazione nella nostra Costituzione.

Anzitutto: chi è il soggetto il cui convincimento può divenire certezza obbiettiva dell'ordinamento? Ovviamente l'organo che è al centro dell'attività giurisdizionale di cognizione: e, genericamente, possiamo dire fin da ora che questo organo è il giudice.

Che deve fare il giudice – ossia: che caratteri deve avere la sua attività – per formare il suo convincimento circa l'esistenza o la non esistenza di un diritto? Nessun dubbio: già sul piano logico, il convincimento è il risultato di un giudizio, e perciò è chiaro che il giudice dovrà per l'appunto (come è detto anche dal suo nome) rendere un giudizio: giudizio sull'esistenza di un diritto, attraverso l'interpretazione della norma astratta e il riscontro circa l'accadimento dei fatti costitutivi del diritto. (Per l'esame dettagliato dell'attività del giudizio, v. oltre, § 17).

Ed ecco il punto centrale: che attività deve svolgersi – ossia che caratteri tale attività deve avere – perché il convincimento soggettivo del giudice, come risultato del suo giudizio, possa «obbiettarsi» ossia divenire certezza fatta propria dall'ordinamento, in modo che la regola così divenuta certa possa essere imposta all'osservanza di tutti (35).

Sul piano soggettivo, la trasformazione del convincimento in certezza si verifica con la cessazione di ogni effettiva contestazione interna. Un soggetto, nel suo interno, si considera certo, solo quando cessa di avere dei dubbi e non si pone più il problema. Allo stesso modo, l'ordinamento potrà dirsi certo – e, trattandosi di ordinamento, obbiettivamente certo –, quando sarà cessata, nel suo ambito, ogni effettiva possibilità di contestazione, ossia quando sulla pronuncia del giudice si sarà verificata una situazione di incontrastabilità, quando cioè su di essa non si potrà più controvertere con possibili effetti pratici (36); con che si spiega anche ciò che si deve intendere quando si parla di possibilità di imporre la regola all'osservanza di tutti; imporla sul piano pratico e non, ovviamente, sul piano teorico; all'osservanza non di tutti indistintamente, bensì di tutti coloro il cui comportamento è in qualche modo investito dalla regola concreta di cui trattasi. Ed ecco che a questo punto occorre vedere qual è la tecnica della quale l'ordinamento si serve per realizzare l'incontrovertibilità così precisata ed intesa.

In ipotesi, questo risultato potrebbe essere conseguito, da un ipotetico ordinamento, anche con una sola norma, che ad es. stabilisse che la pronuncia del

(35) Si parla, a questo riguardo, di «oggettivo concretarsi dell'ordinamento» in correlazione con «l'estraneità della giurisdizione alle fonti costitutive dell'ordinamento medesimo» (L. MON- TESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, p. 5).

(36) Sul convincimento del giudice e sul suo meccanismo, v. C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., p. 172 e ss.

Sulla correlazione tra accertamento e incontrovertibilità – correlazione che a nostro parere consegue all'esigenza logica accennata nel testo – v. le riaffermazioni dell'ATTARDI (*Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 257 e ss.) contro la nota teoria del LIEBMAN – su cui v. i cenni al termine della nota 44 in questo § – che contesta la suddetta correlazione (in polemica con l'ATTARDI, *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 1 e ss.). Su questa contestazione, con alcuni cenni di critica, v. vol. II, § 69, nota 9.

giudice è, appunto, incontrovertibile nel senso che non può costituire oggetto di un riesame utile sul piano pratico; che cioè, appena compiuta, essa esprime la certezza definitiva e immutabile dell'ordinamento, sempre sotto il profilo pratico. Come, d'altra parte, un altro ipotetico ordinamento potrebbe invece non accontentarsi di un solo giudizio, ma contemplare una possibilità di suo riesame attraverso un altro giudizio, ad opera di un altro giudice, attribuendo poi l'incontrovertibilità a questa seconda pronuncia. In realtà, se si ha riguardo alla fallibilità di ogni giudizio umano, neppure una lunga serie di giudizi di riesame potrebbe assicurare il giudizio perfetto, tale cioè da esprimere una certezza assoluta. Perciò il numero delle possibilità di riesame (c.d. gradi di giurisdizione, attraverso l'esercizio di quel potere che vedremo chiamarsi «di impugnazione») deve essere convenzionalmente limitato. Nel nostro ordinamento, come in quasi tutti gli ordinamenti, i gradi di giurisdizione sono due (giudizio di primo grado e giudizio di appello o di secondo grado) (37) oltre ad un ulteriore riesame di solo diritto (giudizio di cassazione). Potrebbero essere di più o di meno. Ma ciò che importa è che essi siano in numero limitato e che al loro esaurimento l'ordinamento faccia conseguire l'instaurazione dell'incontrovertibilità.

Occorre, a questo punto, precisare che questa incontrovertibilità è tradizionalmente designata come «cosa giudicata» (38), la quale può pertanto essere definita come *la situazione in forza della quale nessun giudice può pronunciarsi su quel diritto sul quale è già intervenuta una pronuncia che abbia esaurito la serie dei*

(37) Sull'utilità attuale del doppio grado di giurisdizione (che comunque non ha rilievo costituzionale: cfr. C. Cost. 31 dicembre 1986 n. 301, in *Foro it.*, 1987, I, 2692), v. le opinioni divergenti, citate nel vol. II, § 69, nota 1.

(38) Sulla nozione di cosa giudicata, la letteratura è vastissima. Le opere più significative in argomento sono per lo più dedicate ad aspetti particolari del tema, quali specialmente quello che concerne i limiti del giudicato (su cui v. oltre, §§ 18 e 29), e cioè sia i limiti oggettivi (U. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata e dei suoi limiti obbiettivi*, Roma, 1917; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987) e sia i limiti soggettivi (E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935; F. CARPI, *L'efficacia «ultra partes» della sentenza civile*, Milano, 1974), o quello che concerne l'autorità della sentenza (E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1935; ID., *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989; in proposito v. anche E.F. RICCI, *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, in AA.VV., *Enrico Tullio Liebman oggi. Riflessioni sul pensiero di un Maestro*, Milano, 2004, p. 83 e ss.). Tra gli scritti ancora attuali, v. anche A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale in generale*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja-Branca (artt. 1908-2909), Bologna e Roma, 1953, p. 284 e ss.; E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1304 e ss.; M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958; ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, p. 1 e ss.; C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 1485 e ss. Del MENCHINI v. anche la rassegna sistematica *Il giudicato civile*², Torino, 2002. Per recenti analisi sistematiche dei problemi del giudicato, v. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 386 e ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 475 e ss.; S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 404 e ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011; A. MOTTO, *op. cit.*, p. 485.

possibili riesami; ed è appena il caso di precisare che questo esaurimento si verifica sia nel caso in cui i diversi gradi di giurisdizione si siano effettivamente svolti, e sia nel caso in cui si sia rinunciato ad essi. Appare allora evidente come i caratteri strutturali che esprimono il *proprium* della cognizione debbano ravvisarsi precisamente nell'attitudine a dar luogo alla cosa giudicata. In altri termini, *la caratteristica strutturale dell'attività giurisdizionale di cognizione consiste in ciò che essa è strutturata in modo tale da concludersi in una pronuncia assoggettata ad una serie limitata di riesami del giudizio, o mezzi di impugnazione, il cui esaurimento dà luogo all'incontrovertibilità propria della cosa giudicata* (39).

Nel nostro codice di procedura civile, questa caratteristica fondamentale è espressa da una norma – l'art. 324 – che per l'appunto contiene la regola detta del passaggio in giudicato della pronuncia sulla quale si è esaurita la serie dei mezzi di impugnazione ivi elencati, e che si inquadrano tutti nell'ambito del sistema del doppio grado di giurisdizione. Questa norma è rubricata sotto il titolo «*cosa giudicata formale*», ove l'attributo «formale» si contrappone a «sostanziale» ed equivale a «processuale» o anche a «strumentale», secondo i significati e le contrapposizioni che abbiamo visto al § 2. Si tratta di un fenomeno processuale, poiché è appunto una regola di diritto strumentale o processuale quella che stabilisce quando – ossia dopo l'esaurimento di quale serie di possibili giudizi – nessun giudice può ulteriormente giudicare (40).

Naturalmente questa disciplina dello strumento per mezzo del quale la giurisdizione di cognizione consegue il suo risultato o funzione (accertamento incontrovertibile del diritto sostanziale) sta in relazione con la disciplina dell'instaurazione di questo risultato, che già riguarda il diritto sostanziale, vale a dire il risultato o funzione sostanziale della cognizione. Questo fenomeno è chiamato, ap-

(39) Per quest'impostazione si vedano le fondamentali pagine dell'ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, p. 8 e ss.; per altri rilievi v. C. MANDRIOLI, *Sui caratteri dell'attività giurisdizionale desunti dalle norme positive*, in *Jus*, 1962, p. 161 e ss., spec. p. 169 e ss.

In questa essenziale definitività e immutabilità dell'accertamento giurisdizionale è stata, tra l'altro, ravvisata la possibile giustificazione, anche costituzionale (art. 102, 2° comma, Cost.), dell'attribuzione di attività paragiurisdizionali su diritti ad autorità amministrative (come, ad es., le c.d. Autorità garanti, su cui v. oltre § 32 al richiamo delle note 105, 107, 109) o di accertamento allo stato degli atti, purché alla essenziale e indefettibile condizione dell'assoggettamento al controllo definitivo dell'Autorità giudiziaria (v. A. PROTO PISANI, *Per un nuovo titolo esecutivo di formazione stragiudiziale*, in *Foro it.*, 2003, V, 117).

(40) È bene mettere in rilievo fin da ora che se, da un lato, la «serie dei possibili giudizi» il cui esaurimento dà luogo alla cosa giudicata formale, è quella di cui all'art. 324, questo non esclude che, dall'altro lato, l'ordinamento possa ricondurre la medesima conseguenza – ossia l'instaurarsi della cosa giudicata – all'esaurimento di una serie totalmente o parzialmente diversa di mezzi di impugnazione. Su questo fenomeno (che ovviamente interessa i procedimenti che, pur essendo di cognizione, sono disciplinati con forme particolari, ossia i *procedimenti speciali di cognizione* e che perciò esamineremo nell'analizzare questi procedimenti: vol. III, capp. da 1° a 4°, specialmente §§ 1 e 2) v. comunque fin da ora i rilievi dell'ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, in *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, 1957, p. 57 e ss., spec. pp. 115, 116.

punto, «cosa giudicata sostanziale» e la sua disciplina, logicamente contenuta nel codice dei diritti sostanziali, ossia nel codice civile, è sintetizzata nell'art. 2909 di questo codice, che enuncia che l'accertamento passato in giudicato «fa stato a ogni effetto» tra le *parti* (vedremo poi – al § 44 – il significato di questo termine), loro eredi ed aventi causa (41). Ed è chiaro che «fare stato a ogni effetto» qui significa investire di sé il diritto sostanziale, ossia renderlo definitivamente conforme a quello che è stato il risultato dell'accertamento incontrovertibile (42),

(41) Il riferimento alle «parti, loro eredi ed aventi causa» attiene al problema, più specifico, dei c.d. *limiti soggettivi* del giudicato. Di questo problema, insieme con quello dei *limiti oggettivi* del giudicato ci occuperemo quando esamineremo più da vicino le norme che soprassedono al giudizio ed al suo ambito (v. oltre, §§ 28 e 29).

(42) Le parole «a ogni effetto» non sono un'inutile ridondanza, ma hanno la funzione di precisare che nell'ambito degli effetti che conseguono al «fare stato» sono compresi anche quelli che, pur non essendo stati dedotti nel contenuto delle domande, ineriscono al contenuto sostanziale dell'accertamento. Così L. MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 394, che ne trae importanti deduzioni con riguardo alla determinazione dell'ambito del dovere del giudice di sospendere la causa ai termini dell'art. 295 c.p.c. (v. sul punto, vol. II, § 63, nota 60).

L'intangibilità del giudicato è apparsa di recente posta in crisi dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, nella sent. 18 luglio 2007, C-119/05 (c.d. sentenza Lucchini) (in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 224, con nota problematica di C. CONSOLO e in *Giur. it.*, 2008, p. 382, con nota di B. ZUFFI) ove si dà per certo che l'intangibilità del giudicato non regge al contrasto col diritto comunitario quando (come nel caso di specie) il sistema comunitario impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con quel sistema, sicché nella specie i giudici di merito italiani non avrebbero potuto neppure pronunciarsi sulla legittimità del contributo richiesto.

Nella stessa direzione sembra muoversi anche la successiva sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009 (causa C-2/08) (c.d. sentenza Olimpclub) (in *Giur. it.*, 2010, p. 369, con nota di A. POGGIO), la quale ha ravvisato un contrasto fra l'art. 2909 c.c. ed il diritto comunitario con riferimento all'estensione del giudicato tributario esterno riferito ad una data annualità fiscale ad altre e diverse annualità, caratterizzate dalle medesime circostanze di diritto e di fatto. Ma, a parere di chi scrive, nel caso di specie, più che un problema di intangibilità del giudicato interno, sembra essere prevalsa una rimodulazione dei limiti oggettivi del giudicato nelle ipotesi in cui oggetto del giudicato siano situazioni sostanziali durevoli nel tempo, proprio a salvaguardia della prevalenza del diritto comunitario.

Sempre a proposito dell'intangibilità del giudicato interno v. anche C. giust. 6 ottobre 2009, causa C-40/08 (c.d. sentenza Asturcom) (in *Foro it.*, 2009, n. 10, *Anticipazioni e novità*, p. 31), la quale ha riconosciuto, in base alla direttiva n. 93/13/CEE, il potere del giudice nazionale di valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria e, di conseguenza, di annullare il lodo, qualora, *secondo le norme processuali nazionali*, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. Anche a questo proposito, tuttavia, occorre evidenziare che, ben lungi dal superamento del principio di intangibilità del giudicato interno, vi è molto più semplicemente l'applicazione, da parte della Corte di giustizia, della disciplina interna allo Stato in cui va eseguito il lodo divenuto definitivo (nel caso di specie, quello spagnolo), che impone al giudice del processo esecutivo di rilevare d'ufficio la violazione di una norma di ordine pubblico, precedentemente non rilevata.

Una chiara riaffermazione dell'intangibilità del giudicato viene, invece, da C. giust. 10 luglio 2014, causa C-213/13.

In argomento v. anche P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, 1591; ID., *Disapplicazione del giudicato interno ecc.*, in *Riv. trim.*

salve, naturalmente, le conseguenze di eventuali fatti successivi (c.d. *jus superveniens*) (43). Con che il cerchio si chiude: dal diritto sostanziale nasce l'esigenza di tutela giurisdizionale mediante cognizione (perché ad es. viene contestato un debito); il diritto processuale (processo di cognizione) viene incontro a quell'esigenza pervenendo all'accertamento incontrovertibile (cosa giudicata formale) ossia alla definitiva formulazione della regola concreta (ad es.: quel debito esiste in quella determinata misura) che già appartiene al diritto sostanziale. Dalla funzione-esigenza, attraverso la struttura, si torna alla funzione-risultato (44).

dir. e proc. civ., 2014, p. 1567; C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2835; R. CONTI, *C'era una volta ... il giudicato*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 173; G. RAITI, *Le sentenze Olimpiclub ed Asturcom ecc.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 677; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 239 e più in generale sul fenomeno del primato del diritto comunitario anche con riferimento al diritto processuale interno, C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali ecc.*, *ivi*, p. 49; A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1400. Sul più generale tema della «cedevolezza» del giudicato in conseguenza di pronunce comunitarie, dello *jus superveniens* o della pronuncia di illegittimità costituzionale della norma applicata dal provvedimento passato in giudicato, v. F. CORDOPATRI, *La «crisi» del giudicato?*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 894.

(43) Si suole dire che, con riferimento ai rapporti di durata, il giudicato opera *rebus sic stantibus* (v., ad es., Cass. 6 dicembre 2007 n. 25454; Cass. 8 novembre 2007 n. 23355). Non rientra in quest'ipotesi una sopravvenuta legge interpretativa autentica (Cass. 11 aprile 2000 n. 4630; Cass. 1° aprile 1993 n. 3939) così come il venir meno di fatti che hanno già prodotto il loro effetto su cui è sceso il giudicato (Cass. 23 febbraio 1994 n. 1795, in *Foro it.*, 1994, I, 3085). Resta comunque salvo l'eventuale giudicato interno (Cass. 4 giugno 2003 n. 8933) o implicito (Cass. 6 aprile 2012 n. 5581). Su quest'argomento, e in particolare sulle diverse modalità con le quali lo *jus superveniens* può, o meno, influire sulle situazioni istantanee, da un lato, e su quelle durevoli, dall'altro, v. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991; v. anche la serie di studi di F. MODUGNO, G. SERGES, R. CAPONI, A. CERRI, C. DI SERI, globalmente intitolati *Giudicato e funzione legislativa*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2815 e ss.; F. DAL CANTO, *La violazione del giudicato costituzionale da parte del legislatore per immediata e reiterata riproduzione normativa*, *ivi*, 2011, p. 1016.

(44) Sulla natura sostanziale e privatistica del risultato dell'attività pubblicistica del processo, v. L. MONTESANO, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 1018. Da molti decenni si fronteggiano nella dottrina, prima germanica e poi italiana, le contrapposte teorie dette rispettivamente «sostanziale» e «processuale» del giudicato. Secondo la prima, che si riconduce al NEUNER e al PAGENSTECHER, il giudicato è un fenomeno che interessa il diritto sostanziale e che soprattutto si rivela nel caso della *sentenza ingiusta* che, quando passa in giudicato, trasforma il diritto sostanziale rendendolo conforme alla sentenza. Si è poi precisato (E. ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., p. 14 e ss.) che questo fenomeno si verifica anche nel caso della sentenza giusta e che in ogni caso si verifica una reiterazione del comando contenuto nella legge e la sostituzione della fonte del diritto sostanziale (così A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, cit., p. 26). Sull'irrelevanza della c.d. «ingiustizia» della sentenza, v. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., p. 64.

Secondo la teoria processuale, invece, il fenomeno della cosa giudicata si risolve in un divieto per tutti i giudici di giudicare (v. per tutti A. SEGNI, *op. cit.*, p. 295 e ss.). Ma si tratta di divieto di giudicare *tout court* o divieto di giudicare *diversamente*? In altri termini, il vincolo investe solo il giudice o, prima di lui, i privati?

Chi si è posto quest'interrogativo (A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, cit., p. 82 e ss.) è giunto alla conclusione che, di regola, il vincolo investe prima i privati; in realtà, ciò che l'art. 2909 c.c. chia-

Ma, tornando alla struttura, e più precisamente al carattere strutturale tipico della cognizione, possiamo concludere che, *dal punto di vista della struttura, l'attività giurisdizionale di cognizione è quella caratterizzata da ciò che essa può pervenire ad un accertamento idoneo ad assumere l'incontrovertibilità propria della cosa giudicata formale*. Questa conclusione non è contrastata dalla circostanza che, in una certa fase di questa attività (strutturata all'uopo con forme meno solenni, ma più rapide ed efficaci *proprio per questa funzione*), il grado di tutela già a quel punto conseguito, *possa* (ancorché non ancora pervenuto all'incontrovertibilità) essere ritenuto, dal soggetto che se ne avvale, provvisoriamente sufficiente. Fermo però restando che la tutela alternativa così ottenuta possa ulteriormente procedere fino all'incontrovertibilità con un provvedimento che supera e priva di efficacia quello precedente: è il caso dei *provvedimenti giurisdizionali c.d. anticipatori*, dotati di *efficacia provvisoria indefinitamente protratta* (45).

In correlazione con questa caratteristica strutturale e con quella funzionale della formulazione incontrovertibile della regola concreta di diritto sta poi il rilievo della posizione di *imparzialità* o c.d. «terzietà» del giudice che è ora enunciata nel 2° comma, dell'art. 111 Cost., che vuole il giudice «terzo e imparziale».

ma «fare stato» non è altro che l'incontrovertibilità nei confronti dei privati, la quale poi si riflette nell'incontrovertibilità da parte dei giudici dei futuri giudizi.

In conclusione, a parere di chi scrive, le due contrapposte opinioni non fanno che illuminare due facce di un unico fenomeno. La situazione processuale del non essere la sentenza più soggetta ad alcuna impugnazione ordinaria (art. 324 c.p.c.) determina l'effetto sostanziale (art. 2909 c.c.) di fare stato tra le parti; il quale effetto, a sua volta, determina l'effetto processuale di porre un vincolo ai giudici di ogni futuro giudizio (v. sul punto, C. MANDRIOLI, *La caducazione dei cosiddetti accertamenti anticipati*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, p. 518 e ss., spec. p. 523); v. anche S. MENCHINI, *Il giudicato civile*², cit., p. 13 e ss.

A quest'impostazione (come del resto a tutte le impostazioni che sono incentrate sull'incontrovertibilità come fenomeno processuale che condiziona ogni efficacia sostanziale della sentenza) si contrappone l'autorevole opinione (E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, cit., p. 24 e ss.; più di recente, ID., *Sentenza e cosa giudicata*, cit.; ID., *Giudicato*, cit., p. 2) secondo la quale l'autorità della cosa giudicata non sarebbe un effetto della sentenza, ma solo un modo di manifestarsi e di prodursi degli effetti della sentenza, la quale sarebbe già vincolante (ancorché con possibilità di contestazione) ancora prima di passare in giudicato: il giudicato non farebbe che rafforzare l'efficacia di accertamento rendendola immutabile. In quest'ordine di idee, v. anche E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della cosa giudicata*, in *Studi in onore di E. Allorio*, I, Milano, 1989, p. 171 e ss. Senza entrare nel merito di così grave questione, sembra qui sufficiente il rilievo che, nell'ordinamento italiano vigente, la correlazione tra l'art. 324 c.p.c. e l'art. 2909 c.c. rende evidente la volontà del legislatore di far dipendere ogni effetto sostanziale della sentenza dalla sua incontrovertibilità.

(45) Nel nostro ordinamento sono ora presenti i *provvedimenti cautelari a strumentalità attenuata* configurati dalle modifiche che la L. 80/2005 ha apportato all'art. 669 octies (v. vol. IV, § 44). Le quali figure, peraltro, non costituiscono una novità per il nostro ordinamento [come si suole affermare: U. COREA, *Autonomia funzionale della tutela cautelare anticipatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1250], poiché, come già rilevato molti decenni or sono (C. MANDRIOLI, *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, p. 146) dall'art. 189 disp. att. era già configurata quella «*efficacia indefinitamente protratta*» che appunto caratterizza questo tipo di provvedimenti giurisdizionali.

Imparzialità nel senso di assoluta equidistanza dagli interessi che concretamente perseguono i soggetti che operano nel processo e che sono detti «parti» (46). Il giudice non può e non deve fare altro che formulare concretamente la volontà della legge, alla quale soltanto è soggetto: così enuncia la nostra Carta costituzionale in una di quelle norme (art. 101) alle quali debbono farsi risalire alcuni dei fondamentali principî ispiratori della disciplina del processo civile (su ciò v. ampiamente, i §§ 77 e 78). Ed in correlazione a ciò, d'altro canto, i soggetti interessati, ossia, come vedremo, le parti, debbono poter contare (47) sulla precostituzione del giudice e su una reciproca parità di trattamento, con la concreta possibilità di svolgere un ruolo attivo per influire sull'esito del giudizio; ciò in ossequio a taluni altri principî costituzionali sui quali ci intratteremo ampiamente in seguito (v. oltre, § 22 e §§ 77 e 78) (48).

5. *Segue. B) L'attività di esecuzione forzata. C) L'attività cautelare. D) La giurisdizione volontaria.*

Il secondo – in ordine di importanza, come anche in ordine di disciplina – tipo di attività disciplinato dal codice di procedura civile, è quello detto di *esecuzione forzata*. Alla disciplina di questo tipo di attività è dedicato il libro terzo del codice (intitolato appunto al processo di esecuzione); nel quale, peraltro, è

(46) In argomento, da ultimo, C. CONSOLO, *Terzietà ed imparzialità nella dinamica dei processi non penali*, in *Foro it.*, 2012, V, 22; M. SERIO, *L'imparzialità del giudice come condizione del giusto processo nell'esperienza comparatistica*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1027; L. PRENDINI, *L'imparzialità del giudice civile e la sua tutela processuale*, Roma, 2012. Al principio di imparzialità non costituisce eccezione la c.d. *autodichia* della Presidenza della Repubblica, che non è organo giurisdizionale. Su questo, v. Cass. sez. un. 17 marzo 2010 n. 6529, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 394 e ss., con nota di M.C. VANZ e in *Foro it.*, 2011, I, 1211, con nota di G. D'AURIA. In proposito v., con valutazioni critiche, C. DELLE DONNE, *Le alte corti e le c.d. giurisdizioni domestiche: il recente paradosso dell'“autodichia” del Quirinale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 692; v. anche Cass. sez. un. 6 maggio 2013 n. 10400, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale del Regolamento del Senato per contrasto con gli artt. 3, 24, 102, 2° comma, 111, 1°, 2° e 7° comma, e 113 Cost.; questione dichiarata inammissibile da C. Cost. 5 maggio 2014 n. 120, in *Foro it.*, 2014, I, 1645 e in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 230, con nota di G. GIOIA; in proposito v. anche C. DELLE DONNE, *Autodichia degli organi costituzionali e universalità della giurisdizione ecc.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 141; per la proposizione del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato nei confronti del Senato, Cass. sez. un. 19 dicembre 2014 n. 26934 (in *Corr. giur.*, 2015, p. 841, con nota di A. MASTANTUONO), conflitto ritenuto ammissibile da C. Cost. 7 luglio 2015 n. 137 (in *Foro it.*, 2015, I, 2583).

(47) Su quest'affidamento, v. G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1073; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, *ivi*, 2012, p. 6; poi ID., *Il difficile rapporto tra il giudice e la legge*, Napoli, 2012. V. anche oltre, la nota 36 del § 18.

(48) V. comunque, fin da ora, I. ANDOLINA-G. VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990, p. 19 e ss. e G. VERDE, *Diritto processuale civile*², I, cit., p. 4 e ss.

contenuta anche la disciplina di qualche procedimento di cognizione (le c.d. opposizioni nel processo esecutivo); inoltre, e come abbiamo già visto, anche le disposizioni generali contenute nel libro primo, sono, almeno tendenzialmente, applicabili anche a questo tipo di attività; infine numerose leggi speciali disciplinano procedimenti essenzialmente o prevalentemente esecutivi: tra queste, la c.d. legge fallimentare.

Naturalmente, anche rispetto a questo tipo di attività vale il rilievo che, nella logica del sistema, i caratteri strutturali debbono essere i più idonei al conseguimento della funzione specificamente propria di quest'attività nell'ambito della veduta funzione globale della giurisdizione. Più precisamente, nell'ambito della funzione dell'attuazione dei diritti, mentre la cognizione vuol conseguire la formulazione concreta della regola di diritto, ossia l'accertamento dell'esistenza del diritto, *l'esecuzione forzata vuol conseguire l'attuazione pratica, materiale, di questa regola, in via coattiva o forzata*, ossia attraverso l'impiego effettivo o potenziale della forza da parte dell'ordinamento (49).

Per conseguire questa particolare funzione, non si opera nel mondo del conoscere, ma, almeno tendenzialmente, in quello materiale; non si tratta di giudicare (50), ma di eseguire (intesa, questa espressione, in senso molto ampio) e perciò l'organo la cui attività viene in particolare rilievo, non è il giudice, ma il cosiddetto organo esecutivo, ossia – sempre tendenzialmente – l'ufficiale giudiziario. E poiché l'esecuzione ha per oggetto i diritti, la multiformità di questi esige che l'attività di cui trattasi assuma caratteri strutturali diversi che possono essere accomunati solo su un dato molto generale: quello del *possibile impiego della forza* per superare eventuali resistenze del soggetto che subisce l'esecuzione (51): «possibile» nel senso che proprio tale possibilità ne rende il più delle volte inutile l'impiego effettivo. Va, d'altra parte, tenuto presente che anche l'attività dell'organo esecutivo è *imparziale*; non proprio come quella del giudice, poiché l'organo esecutivo attua il diritto di un soggetto a carico di un altro soggetto; ma in quel senso generico per cui anche l'organo esecutivo attua obiettivamente il diritto senza essere mosso da alcun interesse, neppure pubblico, diverso da quello proprio di questa funzione obbiettiva.

Un terzo tipo di attività giurisdizionale è disciplinato dal codice con disposizioni sparse qua e là nei diversi libri, ma prevalentemente nel quarto libro,

(49) Sull'argomento, v. C. MANDRIOLI, *Sui caratteri dell'attività giurisdizionale ecc.*, cit., p. 175. Altri e più ampi richiami al § 16 con riguardo più specifico all'azione esecutiva. V. comunque E. ALLORIO-V. COLESANTI, *Esecuzione forzata (dir. proc. civ.)*, in *Nss. Dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 724; F. MAZZARELLA, *Esecuzione forzata (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 448; A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1990; A. PROTO PISANI, *Lezioni*⁶, cit., p. 692.

(50) Salvi i casi in cui l'accertamento non è ancora perfetto. Sull'argomento, v. M. PILLONI, *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011.

(51) Il quale è tenuto a subire in quanto gli è sottratta la possibilità di reagire invocando la tutela giurisdizionale (cfr. A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, cit., pp. 5, 17).

dedicato genericamente (e con scarso ordine sistematico) ai «procedimenti speciali»: come anche (ed a parte la generica applicabilità delle «disposizioni generali» di cui al primo libro del codice di procedura civile) in altri codici ed in numerose leggi speciali: è la cosiddetta attività *cautelare* (52).

Di questo tipo di attività va detto subito che, pur essendo anch'essa qualificata da una funzione sua propria nell'ambito della funzione generale della giurisdizione, tuttavia tale funzione non è autonoma, ma strumentale rispetto a quella della cognizione o dell'esecuzione o di entrambe. Il che, correlativamente, fa sì che a tale funzione non autonoma non corrispondano propri caratteri strutturali, ma, a seconda dei casi, quelli propri della cognizione o quelli dell'esecuzione o di entrambe (53).

In realtà, la funzione propria di questo tipo di attività consiste nell'*ovviare ai pericoli che, durante il tempo occorrente per ottenere la tutela giurisdizionale, possono comprometterne il risultato* o, come si suol dire, la *fruttuosità*: si pensi al pericolo che Caio, mentre Tizio rivendica o sta per rivendicare nei suoi confronti la proprietà di un determinato bene, lo alieni ad un terzo o semplicemente lo lasci andare in rovina; o al pericolo che Caio, mentre Tizio chiede il riconoscimento di un credito nei suoi confronti, alieni l'intero suo patrimonio così sottraendolo alla funzione di garanzia che compete a tutti i beni del debitore per l'adempimento dei suoi debiti, ai termini degli artt. 2740 e 2741 c.c. È facile intendere come queste eventualità possano compromettere il risultato della tutela giurisdizionale, la quale resterebbe una tutela puramente nominale e illusoria se Tizio non potesse più entrare in possesso del bene che nel frattempo il giudice ha riconosciuto essere suo, o non potesse, per la sopravvenuta nullatenenza del debitore, soddisfare il credito che il giudice gli ha riconosciuto. L'attività di tutela giurisdizionale cautelare tende appunto ad ovviare a questi pericoli per mezzo di determinate misure (sequestri, provvedimenti d'urgenza, ecc.) che possono impedire o rendere inefficaci le alienazioni, o in altra maniera ovviare ai diversi possibili inconvenienti che minacciano la *fruttuosità* – o, come ora si usa dire, l'*effettività* – della tutela giurisdizionale, sia essa di cognizione o di esecuzione: il che rende evidente la strumentalità funzionale – rispetto a questi due tipi di tutela giurisdizionale – della tutela cautelare.

D'altra parte, è pure evidente la mancanza di autonomi caratteri strutturali in questo tipo di attività: da un lato, si tratterà di riscontrare l'esistenza dell'esigenza di tutela e dei pericoli che la minacciano; mentre dall'altro lato si tratterà di attuare sul piano materiale o concreto le misure di cautela: nell'un caso, attraverso un'attività assimilabile a quella della cognizione, nel senso che si concreta in una *cognizione sommaria* (ossia più rapida e con un più agile rispetto del con-

(52) La più lucida introduzione all'argomento è tuttora quella del CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936. Altri richiami al § 16.

(53) C. MANDRIOLI, *Sui caratteri dell'attività giurisdizionale*, cit., p. 181; più ampi richiami al § 16, con riguardo all'azione cautelare.

traddittorio) in contrapposizione alla *cognizione piena* (54); e, nell'altro caso, attraverso un'attività analoga a quella dell'esecuzione; ma il tutto in un unico processo e per assolvere ad un'unica funzione di tutela (55).

Un quarto tipo di attività – la *giurisdizione volontaria* (56) – è infine disciplinato, nelle sue grandi linee, in alcune norme che sono contenute nel codice di procedura civile con funzione paradigmatica (e precisamente ancora in quel quarto libro che, come abbiamo già visto, è dedicato genericamente ai procedimenti speciali, di tipo assai diverso), sotto il titolo «disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio» (artt. 737-742 bis), nonché nelle norme dedicate direttamente alla disciplina specifica di alcuni singoli procedimenti, e che sono contenute non soltanto nel libro quarto, ma anche negli altri libri del codice di procedura ed anche in altri codici ed in numerose leggi speciali.

Questo tipo di attività – la cui tradizionale denominazione esprime la normale assenza di contestazione (*jurisdictio inter volentes*) e che è stata autorevolmente definita (57) come «amministrazione pubblica del diritto privato esercitata da organi giudiziari» – ha in realtà una funzione ben diversa da quella della tutela giurisdizionale, ed in certo senso prossima a quella dell'attività amministrativa: *non tende ad attuare diritti, ma semplicemente ad integrare o realizzare la (o rimuovere un ostacolo alla) fattispecie costitutiva di uno stato personale o familiare* (si pensi all'adozione di persone maggiori di età che, ai termini dell'art. 313 c.c., si attua con sentenza del tribunale in camera di consiglio; o alla separazione consensuale dei coniugi che deve essere omologata dal tribunale: art. 711, 4° comma, c.p.c.) o *di un determinato potere* (si pensi all'autorizzazione da parte del

(54) Sulle caratteristiche della tutela sommaria, v. vol. IV, § 42 al richiamo della nota 1.

(55) Cfr. E.T. LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 248 e ss.

(56) In generale sulla giurisdizione volontaria e sui diversi caratteri che la contraddistinguono, v. G.A. MICHELI, *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, p. 18; E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953; ID., *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 330; C.M. DE MARINI, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 255; E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, e altri studi, in *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, 1957, p. 3; G.A. MICHELI, *Significato e limite della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1957, p. 551; F.U. DI BLASI, *Giurisdizione volontaria*, in *Nss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 1094; C. MANDRIOLI, *Sui caratteri dell'attività giurisdizionale desunti dalle norme positive*, in *Jus*, 1962, p. 161; ID., *Giurisdizione*, cit., p. 143 e ss.; L. MONTESANO, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 591; A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di volontaria giurisdizione*, *ivi*, 1987, I, p. 431; V. DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 325; A. CARRATTA, *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 928.

(57) Da ultimo dal CALAMANDREI (*Istituzioni di dir. proc. civ.*, I, cit., p. 82), che peraltro aveva ripreso un'espressione dello ZANOBINI (*Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, Milano, 1918) impiegata con una portata assai più ristretta, e, d'altra parte, recepita, a sua volta, dallo HÄNEL (*Die Verwaltung des Privatrechts in deutschen Staatsrecht*, I, Leipzig, 1892, p. 169 e ss.) che pure l'aveva impiegata con significato assai differente. Per queste singolari vicende della denominazione, v. E. FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria*, cit., p. 362.

giudice tutelare che, ai termini dell'art. 320, 3° comma, c.c., consente l'alienazione di beni appartenenti al minore) o della vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di una persona giuridica (si pensi alle verifiche e agli ordini che possono condizionare l'iscrizione nel registro delle imprese delle modifiche allo statuto della società per azioni: art. 2436, 4° comma, c.c.) o di altre situazioni simili. D'altra parte, a differenza dell'attività amministrativa, la giurisdizione volontaria non tutela interessi immediati dello Stato (o di altre Amministrazioni pubbliche), ma interessi dei privati che solo mediatamente investono lo Stato (58).

Sotto un certo profilo (e sempre dal punto di vista della sola funzione) questa attività parrebbe – in quanto realizza delle modificazioni giuridiche – assimilabile a quella della giurisdizione (di cognizione) costitutiva, dalla quale però si distingue perché, anziché accertare ed attuare diritti alla modificazione giuridica, semplicemente attua, con forme diverse, come stiamo per vedere, tali modificazioni, alle quali corrispondono non diritti, ma più generiche aspettative, assimilabili, semmai, agli interessi legittimi (v. § 32); mentre quando, d'altra parte, investe diritti, ciò avviene, di regola, al di fuori di situazioni di contrasto (59).

A queste caratteristiche funzionali – che evidenziano la tutela di interessi privati nell'ambito del generale interesse dello Stato alla migliore attuazione dell'ordinamento obiettivo – corrispondono due *caratteristiche strutturali* tra loro in certo senso contrastanti, nel senso che l'una accomuna la giurisdizione volontaria all'attività giurisdizionale, mentre l'altra la distingue nettamente da essa. La prima consiste nel dato di natura soggettiva che *la giurisdizione volontaria è attività svolta dagli organi giurisdizionali* in una posizione che, a parte alcune sfumature, è quella dell'*imparzialità* propria dell'attività di quegli organi (ed a questa posizione corrisponde l'attribuzione ai soggetti interessati di un ruolo che consente loro di influire sul contenuto del provvedimento in conformità ai principî costituzionali del contraddittorio e della difesa; sui quali principî, v. oltre, §§ 22 e 77); la seconda caratteristica consiste, invece, nel fatto che la giurisdizione volontaria si svolge con forme procedurali che presentano l'elemento tipico del concludersi con provvedimenti caratterizzati dalla revocabilità e modificabilità (art. 742 c.p.c.; v. vol. IV, § 54) con la conseguente *inidoneità alla cosa giudica-*

(58) Cfr. C.M. DE MARINI, *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, cit., p. 280.

(59) Cfr. C. MANDRIOLI, I «c.d. procedimenti camerali su diritti» e ricorso straordinario per cassazione, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 921; E. FAZZALARI, *Procedimenti camerali e tutela dei diritti, ibidem*, p. 909; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, I, cit., pp. 54, 81; A. CERINO CANOVA, *op. cit.*, p. 463; A. CARRATTA, *Processo camerale*, cit., p. 928.

Contra C.M. DE MARINI, *Considerazioni*, cit., p. 291, secondo cui la giurisdizione volontaria realizzerebbe il diritto obiettivo. Non si può, in realtà, negare che lo realizzi, ma in una maniera molto indiretta, nel senso che dà un contenuto concreto a certe norme lasciate parzialmente in bianco; né, dal contenuto di queste norme, nasce un diritto.

Meglio centrato, ci sembra, il rilievo del FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria*, cit., p. 356, che mette in evidenza come all'attività di giurisdizione volontaria «non preesiste un diritto o un dovere, ma un fatto o dei fatti».

ta (60). Ed è appunto a questa caratteristica strutturale che si riconduce la tipica caratteristica funzionale per la quale la giurisdizione volontaria non attua diritti, ma interessi o comunque situazioni più sfumate (61).

Si tratta, in conclusione, di un'attività strutturalmente e funzionalmente amministrativa, che, in quanto svolta dagli organi giurisdizionali e destinata ad incidere su situazioni sostanziali più sfumate rispetto ai diritti, partecipa in maniera alquanto attenuata di quelle che possono considerarsi le fondamentali e basilari garanzie che stanno alla base di ciascuno dei diversi tipi di attività giurisdizionale e sulle quali ci intratterremo più avanti (v. §§ 7, 22 e 77) (62).

6. *Rapporti tra i diversi tipi di attività giurisdizionale.*

Individuati i diversi tipi di attività giurisdizionale, si tratta ora di vedere in che rapporto stanno tra di loro, ossia come la funzione propria di ciascuno di essi si inserisce nella funzione generale dell'attività giurisdizionale.

Abbiamo già visto quali sono, nell'ambito di questa funzione generale, i rapporti tra la funzione propria della cognizione e quella dell'esecuzione forzata: l'una accerta il diritto, formulandolo in una regola concreta idonea a divenire incontrovertibile, l'altra attua materialmente questa regola così formulata e accertata; l'una viene incontro all'esigenza di certezza, l'altra all'esigenza di attuazione pratica. Queste due esigenze costituiscono il duplice aspetto dell'unica esigenza di tutela giurisdizionale: perché l'ordinamento possa attuare il diritto di Tizio alla consegna di una certa cosa da parte di Caio, il quale nega di dovere quella consegna, occorre che prima esso ordinamento acquisisca la certezza obbiettiva circa l'esistenza di quel diritto, e che poi lo attui. Questo significa che, almeno tendenzialmente, cognizione ed esecuzione si pongono sulla medesima linea, l'una di seguito all'altra, nel conseguimento della funzione dell'attuazione del diritto. Ed è bene dire subito che quando ciò accade, *quando cioè la cognizione si svolge*

(60) È questa l'impostazione propria dell'ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria* e altri studi, in *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, 1957, p. 3; sulla stessa linea, C. MANDRIOLI, *Sui caratteri*, cit., p. 182; A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza*, cit., p. 469.

(61) Per l'individuazione dei diversi caratteri che contraddistinguono la giurisdizione volontaria, v. E. FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, p. 164; ID., *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 330 e C. MANDRIOLI, *Sui caratteri*, cit., p. 182; A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, p. 466.

(62) Per questi rilievi e soprattutto per la provenienza dagli organi giurisdizionali, v. L. MONTESANO (*La tutela giurisdizionale*, Torino, 1985, pp. 20, 55; ID., *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1988, p. 1; ID., *La tutela*², cit., p. 20) che parla di «integrale giurisdizionalità». Più radicale la posizione del DENTI (*La giurisdizione volontaria*, cit., p. 334 e ss.), secondo il quale l'evoluzione della legislazione e della giurisprudenza, avrebbe ormai dato luogo ad una sorta di assimilazione dell'attività di giurisdizione volontaria a quella giurisdizionale in senso proprio. In proposito v. anche A. CARRATTA, *Processo camerale*, cit., p. 930.

in funzione della successiva esecuzione (anche se poi questa dovesse non essere effettuata perché, ad es., il debitore ha adempiuto spontaneamente dopo la cognizione, o perché il creditore ha preferito non procedere oltre); quando dunque la cognizione ha funzione preparatoria rispetto all'esecuzione, *il provvedimento che la conclude prende il nome di condanna*, nome che si riflette su questo tipo di attività di cognizione e sulla stessa domanda introduttiva di essa, come vedremo ampiamente più avanti (63). In questa linea unitaria trova posto anche l'attività cautelare – naturalmente, soltanto eventuale – in quanto tende ad assicurare la fruttuosità dell'una o dell'altra attività, o di entrambe.

Tuttavia, non sempre l'esigenza di tutela giurisdizionale si manifesta nel veduto duplice aspetto, sì da richiedere lo svolgimento di entrambe le attività, di cognizione e di esecuzione (quella cautelare costituisce sempre una semplice eventualità). Non ci riferiamo – così dicendo – ai casi, accennati poc'anzi, nei quali, dopo la condanna, l'esecuzione può risultare superflua; ciò, infatti, non impedisce che la cognizione si sia svolta in funzione dell'esecuzione. Ci riferiamo, invece, ai casi in cui l'esigenza di tutela o di attività giurisdizionale è, *già per se stessa*, di sola cognizione o di sola esecuzione.

La prima di queste due eventualità – *esigenza di tutela o di attività giurisdizionale di sola cognizione* – si verifica in tutti i casi in cui l'esigenza stessa non tocca il mondo materiale; il che accade o perché non si è verificata alcuna violazione o perché si tratta di una violazione le cui conseguenze possono essere eliminate senza operare sul mondo materiale. La prima ipotesi si verifica nei casi presi in esame al § 3 (*cognizione costitutiva necessaria*, che realizza la tutela con la modificazione giuridica, la quale è attuabile soltanto e direttamente dal giudice; e *cognizione di accertamento mero*, che realizza la tutela con la sola determinazione della certezza obbiettiva, in quanto l'esigenza di tutela era determinata dalla sola contestazione o vanto). La seconda ipotesi si verifica nei casi di *cogni-*

(63) V. oltre, § 15, anche per le indicazioni bibliografiche sulla nozione di condanna (alla nota 43). Sul tema specifico accennato nel testo, v. C. MANDRIOLI, *Sulla correlazione necessaria tra condanna ed eseguibilità forzata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 1341.

In senso contrario a questa «correlazione necessaria» si è pronunciato il PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1104; posizione ribadita anche di recente dall'A., in *Appunti sulla tutela di condanna (trentacinque anni dopo)*, in *Foro it.*, 2010, V, 257; poi, a favore, G. MONTELEONE, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 1073. Sull'argomento, v. peraltro i cenni al § 15, nota 46.

La funzione preparatoria dell'accertamento rispetto all'esecuzione è enfatizzata da V. TAVORMINA (*Il processo come esecuzione forzata*, Napoli, 2003, p. 78 e *passim*) che, raccogliendo l'affermazione sattiana per cui «tutto l'ordinamento è volto verso l'esecuzione», riduce l'accertamento, compreso il giudicato e l'effetto costitutivo, al rango di presupposto per l'esecuzione, sicché la funzione del processo si incentra nella verifica delle condizioni e nell'attuazione dell'esecuzione coatta. Ad ulteriore sviluppo di questa riflessione v. poi dello stesso A., *Diritto e processo (uno schema di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 119, fino alla configurazione del «diritto di libertà» di chiunque da ogni indebita coazione altrui (*Il diritto di libertà da indebita coazione: una parte integrante dell'oggetto di ogni processo*, *ivi*, 2011, I, p. 375).

zione costitutiva non necessaria, pure presi in esame al § 3, e nei quali, come si vide, la violazione consiste nella mancata attuazione di una modificazione giuridica (come ad es. la mancata conclusione di un contratto) che, appunto perché tale, può essere attuata senz'altro dal giudice, in via coattiva, ma senza operare nel mondo materiale (c.d. esecuzione coattiva non forzata).

La seconda delle suddette due eventualità – *esigenza di tutela di sola esecuzione forzata* – si verifica nei casi in cui l'ordinamento, per ragioni di opportunità, ritiene di poter consentire l'esecuzione forzata prescindendo da quel massimo grado di certezza obbiettiva che è costituito dall'incontrovertibilità propria del giudicato, accontentandosi di un minor grado di *certezza*, che considera *sufficiente* ai fini dell'esecuzione. Sono i casi in cui l'esecuzione che, come si vedrà, presuppone sempre un «*titolo esecutivo*» (inteso come il documento che attesta l'esistenza del diritto in modo sufficientemente certo per poter essere eseguito e che, nelle situazioni finora vedute, è di origine giudiziale, e precisamente una condanna; v. oltre, § 16), si fonda *su titoli esecutivi c.d. stragiudiziali*, ossia di formazione non giudiziale, come sono, ad es., le cambiali, gli assegni, gli atti notarili, le scritture private autenticate, limitatamente alle obbligazioni di somme di denaro: art. 474 n. 2 e n. 3 c.p.c.) (v. vol. IV, § 9) (64).

Naturalmente, questa possibilità di far luogo all'esecuzione forzata senza la previa determinazione dell'incontrovertibilità propria del giudicato, lascia aperta la possibilità – in quanto non impedita dal giudicato – di un giudizio di cognizione inteso ad accertare l'inesistenza del diritto, giudizio che può svolgersi ad iniziativa di chi subisce l'esecuzione, con la funzione di venire incontro all'esigenza di paralizzare l'esecuzione stessa; la quale esigenza si può manifestare anche per far valere eventuali fatti sopravvenuti allo stesso giudicato (si pensi al caso dell'avvenuto pagamento dopo la formazione del giudicato). In questi casi, il giudizio di cognizione – caratterizzato da una funzione opposta a quella della condanna – prende il nome di «opposizione all'esecuzione» (v. vol. IV, § 36) e costituisce (così come le altre opposizioni proponibili nell'ambito del processo esecutivo) una parentesi di cognizione nel corso del processo di esecuzione, ossia un processo di cognizione che può anche, eventualmente, svolgersi contemporaneamente al processo di esecuzione (v. vol. IV, cap. 5°) (65).

Questo fenomeno del possibile contemporaneo svolgimento della cognizione e dell'esecuzione può verificarsi anche in un'altra ipotesi, riconducibile anch'essa al già compiuto rilievo che l'ordinamento concede talora l'accesso all'esecuzione forzata accontentandosi di *un grado di certezza che reputa sufficiente*, pur non essendo ancora incontrovertibile. Sono i casi in cui il giudizio di cognizione ha

(64) In via puramente orientativa sull'argomento, v., per ora, C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955, p. 327.

(65) Sulle opposizioni nel processo esecutivo, rimandando alla *sedes materiae* (vol. IV, §§ da 35 a 38) maggiori indicazioni bibliografiche, v. per ora C. MANDRIOLI, *Opposizione all'esecuzione e agli atti esecutivi*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 431.

già condotto ad una condanna, sulla quale però non è ancora sceso il giudicato, perché è in corso, o può ancora essere proposto, il secondo grado di giudizio (appello) o il giudizio di cassazione.

L'art. 282 enuncia che «*la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti*» (v. vol. II, § 59). Per parte sua, l'art. 283 prevede la possibilità della sospensione dell'esecutività della sentenza (o della sua esecuzione) da parte del giudice dell'appello: «*Il giudice d'appello, su istanza di parte, proposta con l'impugnazione principale o con quella incidentale, quando sussistono gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti, sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, con cauzione o senza*».

È appena il caso di aggiungere che chi intraprende l'esecuzione (come anche chi esegue un provvedimento cautelare) senza che ancora sussista il massimo grado di certezza dato dal giudicato o comunque senza che questa certezza corrisponda alla realtà, lo fa a suo rischio, nel senso che un'eventuale pronuncia definitiva in senso contrario all'esistenza del diritto fonda l'obbligo di rimessione in pristino e/o di risarcire i danni oltre che di rifondere le spese (v. oltre, § 53). Per completare il veduto quadro dei rapporti tra i diversi tipi di attività giurisdizionale, rimane da prendere atto della completa estraneità a questo quadro dell'attività di volontaria giurisdizione. Essa è, infatti, estranea alla funzione dell'attuazione dei diritti poiché, come si è visto, non attua diritti ma semplici situazioni di aspettativa o di interesse; mentre, d'altra parte, anche le sue caratteristiche strutturali sono diverse da quelle degli altri tipi di attività giurisdizionale.

7. *L'ambito della giurisdizione e i suoi rapporti con le altre fondamentali attività dello Stato.*

L'attività che abbiamo fino ad ora esaminato nei suoi diversi tipi è l'attività giurisdizionale o, più semplicemente, la giurisdizione; quella giurisdizione che, accanto alla legislazione e all'amministrazione, è, come è noto, una delle tre fondamentali attività dello Stato.

La dottrina si è impegnata, forse più del necessario, nel compito di stabilire se la nozione di giurisdizione comprende tutti o alcuni soltanto dei veduti tipi di attività. In realtà, una volta stabilite le caratteristiche strutturali e funzionali di ciascuno dei tipi di attività disciplinati dal codice (66), lo stabilire se tutti, o quali di essi, possono essere chiamati «giurisdizione» si riduce ad una questione che, se non è soltanto di terminologia, è certamente fondata su elementi di convenzionalità.

Se ci si riferisce al profilo funzionale, la giurisdizione comprende sicuramente

(66) Per questo esame analitico, v. C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)*, cit., p. 127 e ss.

te la cognizione, l'esecuzione e la cautela. Mentre se ci si riferisce al profilo strutturale, le differenze profonde tra la cognizione e l'esecuzione conducono inevitabilmente a limitare la nozione della giurisdizione ad una sola di tali attività, cioè la cognizione (67), in conformità anche con la portata letterale del termine (giurisdizione, da *juris dictio*, ossia formulazione del diritto). Sia l'una che l'altra nozione della giurisdizione resta poi nettamente contrapposta alla giurisdizione volontaria, che dunque non è vera giurisdizione se non sotto il profilo soggettivo dell'organo che la compie e con riguardo ad alcune caratteristiche del modo col quale questo organo opera (un minimo di contraddittorio, diritto alla difesa delle parti, imparzialità dell'organo). Né vanno dimenticati altri tipi di attività, disciplinati fuori del codice di procedura civile: come, ad es., la giurisdizione penale (che ha caratteristiche funzionali analoghe a quella della giurisdizione civile e strutturali pure ad essa comuni, nei suoi due momenti della cognizione di condanna e della esecuzione) e la giurisdizione amministrativa, che ha anch'essa, talora, analoghi caratteri funzionali ed anche strutturali (attitudine al giudicato). Tutto questo – è bene ripeterlo – avendo cura di non sopravvalutare l'importanza dell'attribuzione di un'etichetta piuttosto che di un'altra.

A questo punto, appare evidente che anche la contrapposizione della giurisdizione alle due altre fondamentali attività statali non è scevra da elementi di convenzionalità (68). Se ci si vuol riferire all'intera linea dell'attività di attuazione del diritto, che comprende cognizione, esecuzione e cautela (e non soltanto in sede civile) (69), si deve aver riguardo essenzialmente agli aspetti funzionali, limitando quelli strutturali a quei pochi elementi che sono comuni alla cognizione e all'esecuzione, e cioè, soprattutto, alla posizione di imparzialità dell'organo nel senso proprio e specifico dell'organo che attua il diritto, senza esser mosso da altro interesse che quello dell'assolvimento di questa funzione obbiettiva (c.d. «terzietà») nonché, e correlativamente, al riconoscimento alle parti di un ruolo attivo che possa in qualche modo influire sull'esito del processo.

Ciò premesso, si può dire che l'attività giurisdizionale si distingue dall'attività legislativa per il fatto che quest'ultima detta regole generali ed astratte quali sono le norme giuridiche, mentre la giurisdizione opera sempre con riferimento concreto ai casi singoli per i quali attua il diritto, o formulando una regola con-

(67) Ampiamente E. ALLORIO, *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, cit., spec. pp. 57, 160.

(68) Sul punto v. E.T. LIEBMAN, *Giudici legislatori?*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 756; G. MONTELEONE, *Note sui rapporti tra giurisdizione e legge nello Stato di diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 1; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 15.

(69) Ossia anche in sede penale (v., sul punto, R. CONTE, *Tutela penale del diritto di credito. Sviluppi giurisprudenziali*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1636), sempre che non si tratti di obbligo coattivamente ineseguibile (Cass. pen. 16 luglio 2014 n. 31192, in *Giur. it.*, 2014, p. 1896, con nota di R. CONTE, dove anche il richiamo dei precedenti giurisprudenziali).

creta (70) o dandole esecuzione; si distingue poi dall'attività amministrativa per il fatto che quest'ultima, che pure opera con riferimento concreto ai casi singoli, è svolta dallo Stato (o, più in generale, da altri enti pubblici) e per esso dai suoi organi, in posizione che non è imparziale – come quella dell'organo giurisdizionale – perché, dal punto di vista funzionale, è orientata ad attuare gli interessi dello Stato stesso (o dei suddetti altri enti), ossia dalla buona amministrazione. Ed in relazione a ciò sta la caratteristica strutturale della modificabilità e revocabilità che, come si è visto, distingue l'attività amministrativa da quella giurisdizionale.

Quanto alla giurisdizione volontaria, se, da un lato, va considerata a parte, in quanto compie modificazioni giuridiche senza attuare diritti e partecipa dei caratteri strutturali propri degli atti amministrativi (revocabilità e modificabilità), dall'altro lato, in quanto è svolta da organi giurisdizionali e partecipa di talune caratteristiche fondamentali proprie dell'attività di questi organi (imparzialità del giudice ed attribuzione di un ruolo attivo alle parti), può essere inclusa in un'ampia nozione della giurisdizione. Il che ha rilievo non per l'attribuzione di questa vaga etichetta, ma perché con essa si può convenzionalmente esprimere l'operare, sia pure limitato, di taluni di quei principî fondamentali ai quali si è or ora accennato e sui quali ci intratteremo più avanti (v. oltre, § 22 e §§ 77 e 78).

(70) Che, però, in quanto radicata nella regola astratta enunciata dalla legge, perde ogni suo collegamento col soggetto che l'ha formulata – il giudice – che perciò resta estraneo alle fonti costitutive dell'ordinamento (L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato*, I, 1, cit., p. 4).

CAPITOLO II

IL PROCESSO E I SUOI REQUISITI

SOMMARIO: 8. Il processo come fenomeno giuridico. - Le situazioni giuridiche processuali. - 9. Il cosiddetto rapporto giuridico processuale. - 10. I presupposti processuali.

8. *Il processo come fenomeno giuridico. - Le situazioni giuridiche processuali.*

Abbiamo visto fin dal primo § che il processo – ossia il «procedere» – non è altro che lo svolgimento dell'attività giurisdizionale (1). Perciò, e sul fondamento delle medesime considerazioni compiute con riguardo a quest'ultima, si può indicare la funzione del processo civile nell'attuazione dei diritti e, dal punto di vista strutturale, distinguere il processo di cognizione dal processo di esecuzione, negando autonomia al c.d. processo cautelare; mentre si può parlare di processo di giurisdizione volontaria.

Ma, a parte queste ovvie estensioni terminologiche, ci proponiamo ora di portare un esame più ravvicinato sull'essenza intrinseca del «processo», di questo «procedere», che, come abbiamo visto, non è un procedere in senso materiale, ma in senso giuridico, in quanto si svolge sul fondamento di norme giuridiche. Vogliamo insomma renderci conto di quali sono i congegni – congegni giuridici – attraverso i quali si realizza questo procedere giuridico, e che ovviamente si riconducono al modo col quale operano le norme giuridiche in generale e quelle processuali in particolare.

Le norme giuridiche che, come abbiamo visto, consistono in valutazioni di schemi di comportamenti umani considerati in astratto, pongono automaticamente certi soggetti (ossia tutti quei soggetti che in concreto si trovano nelle condizioni astrattamente previste dalle norme) in una certa *situazione* (giuridica) rispetto a quello schema di comportamento, ossia la situazione – a seconda del

(1) In generale sull'argomento, v. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 17; v. anche E. FAZZALARI, *Processo (teoria generale del)*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1069; ID., *Processo (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 118; ID., *Processo e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 1; L.P. COMOGLIO(-C. FERRI-M. TARUFFO), *Lezioni sul processo civile*⁵, I, Bologna, 2011, p. 20; S. CHIARLONI, *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 521.

tipo di valutazione contenuto nella norma – di *dovere* tener quel certo comportamento, oppure di *potere* tenerlo. In quest'ultimo caso, ciò può accadere nel doppio senso per cui, da un lato, per quel soggetto è *lecito* quel comportamento (situazione di *liceità*) e, dall'altro lato, nel senso che, se quel soggetto tiene quel comportamento, ciò produce determinati effetti giuridici (2).

Soffermiamoci su quest'ultima situazione, che è quella propria del *potere* (3), lasciando per il momento da parte le altre due. Gli effetti giuridici prodotti dal comportamento nel quale si estrinseca il potere non sono altro che determinazioni di *nuove situazioni giuridiche*: di liceità, di dovere e soprattutto di *potere*, nel senso della possibilità di produrre ancora nuove situazioni giuridiche. Ed allora, ed ancora soffermandoci solo sui poteri, se chiamiamo *atti giuridici (processuali)* le attuazioni dei comportamenti astrattamente previsti come fattispecie dei poteri, possiamo dire che *il procedere giuridico in cui consiste il processo si realizza attraverso una successione alternata di poteri e di atti* (4). I poteri introducono gli atti che danno luogo a nuove situazioni di dovere, di liceità, di potere; quelle di potere, a loro volta, consentono altri atti: e così via fino all'atto conclusivo, che, nel processo di cognizione, è l'atto di accertamento definitivo (sentenza), e nel processo di esecuzione è l'atto realizzativo del diritto del creditore.

Volendo esprimerci con un esempio, potremmo rilevare che se un soggetto predispose l'atto che l'art. 163 c.p.c. chiama «atto di citazione» con i requisiti ivi previsti, e lo consegna all'ufficiale giudiziario per la notificazione, così come previsto dall'art. 163 ultimo comma, l'ufficiale giudiziario viene a trovarsi nella situazione di *potere* (ma anche di *dovere*, in attuazione dei suoi compiti istituzionali) compiere l'atto di notificazione disciplinato dagli artt. 137 e ss.; ed a seguito di ciò il soggetto richiedente che, come vedremo, ha in questo modo assunto il ruolo di «attore», viene, in forza dell'art. 165 c.p.c., a trovarsi nella situazione di *potere*, entro i dieci giorni successivi alla notificazione, tenere il comportamento che è descritto nella suddetta norma, così compiendo l'atto che si chiama «costituzione», ed il cui compimento introduce a sua volta altre situazioni;

(2) Sulla nozione del processo come svolgimento di situazioni giuridiche soggettive, v. E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 110; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 1075; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, p. 29; C. MANDRIOLI, *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, p. 51.

(3) Sulla nozione di «potere» in generale, v. S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, p. 172; V. FROSINI, *Potere (teoria generale)*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 440; A. LENER, *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610. Secondo V. TAVORMINA, *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli, 2003, p. 1, tutte le situazioni giuridiche sono in realtà «traducibili in termini di dovere», in quanto tutte finiscono col risolversi in doveri di astensione.

(4) Sulla nozione di «atto» ed in particolare sugli atti processuali, ci soffermeremo ampiamente al cap. 10°, ai §§ 63 e ss. Ivi anche le citazioni della dottrina; per ora, basti menzionare E. REDENTI, *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1969, p. 105; R. ORIANI, *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, III, Roma, 1988, p. 1.

mentre anche il soggetto che ha ricevuto la notificazione – e che vedremo chiamarsi il «convenuto» – viene posto nella situazione di potere anch'egli compiere l'atto della costituzione, così come previsto dall'art. 166 c.p.c. Ciascun atto introduce, insomma, situazioni giuridiche (processuali) che, in quanto sono di potere, introducono altri atti, in una serie alternata di atti e poteri (nella quale s'inseriscono anche doveri e facoltà) fino all'assolvimento da parte del giudice del dovere di pronunciare la sentenza (art. 277 c.p.c.).

In questa serie alternata di situazioni giuridiche (processuali) che introducono atti (processuali), e di atti che danno luogo a situazioni, si realizza, dunque, quella dinamica giuridica che è l'essenza propria del processo come procedere giuridico.

Vediamo ora più da vicino queste situazioni che sono come il nucleo della giuridicità del processo.

Le facoltà (5) sono figure piuttosto rare nel processo e che non contribuiscono alla sua dinamica poiché si esauriscono in se stesse senza dar luogo a modificazioni giuridiche (si pensi alla facoltà del ritiro del fascicolo di parte, di cui all'art. 169 c.p.c.).

Neppure i *doveri* (6) contribuiscono, per se stessi, alla dinamica del processo che, come si è visto, è affidata interamente ai poteri. Tuttavia molti atti che adempiono doveri contribuiscono alla dinamica processuale in quanto sono valutati *anche* come poteri. Questa doppia valutazione è tipica delle situazioni degli organi del processo: si pensi al già accennato esempio dell'ufficiale giudiziario che, notificando l'atto di citazione, esercita un potere, poiché l'atto così compiuto dà luogo ad altre situazioni giuridiche, ma al tempo stesso assolve ad un dovere. Tra questi atti degli organi giurisdizionali, particolare rilievo assume l'atto conclusivo del processo di cognizione, ossia l'atto col quale il giudice rende il proprio giudizio (art. 277 c.p.c.), così assolvendo al suo generico e fondamentale dovere decisorio di cui all'art. 112 c.p.c.

Per lo più i doveri concernono soltanto gli organi del processo. Quanto alle parti (per la nozione di parte, v. oltre, il § 44), gli autentici doveri che gravano su di esse, si riducono ad alcune limitatissime e generiche figure (v. ad es. l'art. 88 c.p.c.). Nei moltissimi altri casi in cui la legge dice che la parte «deve» tenere questo o quel comportamento (v. ad es. gli artt. 99, 165, 166, 167 c.p.c.), la situazione di dovere è soltanto apparente. Si tratta, in realtà, di veri e propri poteri, rispetto ai quali il modo di esprimersi della legge vuol solo mettere in evidenza che il relativo comportamento è strumento necessario per conseguire il risul-

(5) Sulla nozione di «facoltà» in generale, v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 156; V. FROSINI, *Facoltà*, in *Nss. Dig. it.*, VI, Torino, 1957, p. 1117; A. ANASTASI, *Facoltà e diritti facoltativi*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 207 e ss.; U. CARNEVALI, *Facoltà*, in *Dig. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 172.

(6) Sulla nozione di «dovere» in generale, v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 168; E. BETTI, *Dovere (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 53.

tato voluto (si pensi, *mutatis mutandis*, al kantiano imperativo ipotetico; ad es., per l'art. 99 c.p.c.: *se vuoi far valere un diritto in giudizio, devi proporre domanda al giudice competente*). Questi poteri espressi in forma di apparenti doveri, sono chiamati *oneri* (7), i quali pertanto non costituiscono una autonoma figura di situazioni giuridiche, ma soltanto un particolare aspetto di taluni poteri.

Sono dunque *i poteri* – in conclusione – le situazioni che, attuandosi (e cioè attraverso i corrispondenti *atti*), assolvono alla funzione essenziale nel progredire del processo.

Le situazioni giuridiche soggettive processuali che abbiamo visto fino ad ora possono esser dette *semplici* poiché corrispondono ciascuna ad un singolo specifico comportamento, che si realizza con un singolo atto, così come preso in considerazione da una singola norma. Il processo, come fenomeno giuridico unitario, è una serie di situazioni semplici che si svolgono nel tempo.

Accanto a queste situazioni processuali semplici, si possono tuttavia individuare talune situazioni che, anziché riferirsi ai singoli atti del processo, concernono l'intera serie di quegli atti, considerata globalmente; che cioè si riferiscono al risultato unitario del processo, sia esso di cognizione o di esecuzione (*situazioni processuali globali o composite*) (8). In questo senso, ci si può riferire ad un generico e globale dovere decisorio del giudice (art. 112 c.p.c.) che si realizza attraverso l'intera serie degli atti processuali del giudice in funzione di quel dovere, e non soltanto con l'ultimo atto della serie, quale ad es. quello di cui all'art. 277 c.p.c. (su ciò v. oltre, § 17). In questo medesimo senso si parla di un generico e globale *diritto alla tutela giurisdizionale* (di cognizione o di esecuzione), nella quale espressione è palese il riferimento globale alla intera serie delle situazioni semplici che fanno capo al soggetto che chiede la tutela giurisdizionale, e dei relativi atti che realizzano l'intero processo (diritto al processo) (9).

Tra l'altro è proprio con riguardo a questo diritto al processo che va tenuto presente il diritto costituzionale (art. 111 Cost.) alla ragionevole durata del processo, la cui violazione dà diritto al risarcimento di cui alla L. 89/2001 (10).

(7) Sulla nozione di «onere», v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., p. 172; G. DE STEFANO, *Onere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 114; più di recente, M. TARUFFO, *L'onere come figura processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 425.

(8) In argomento, v. E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., p. 91 e ss.

(9) A fronte del quale può configurarsi il c.d. *abuso del processo*, su cui v. la nota 48 del § 53.

(10) Sull'applicabilità della L. 89/2001, citata nel testo, v. anche la nota 66 del § 32 di questo volume ed il § 56 del vol. IV. Con riferimento all'uso distorto del principio di ragionevole durata da parte della giurisprudenza della Cassazione, v. E.F. RICCI, *Nooo! La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Cassazione: da garanzia in cerca di attuazione a "killer" di garanzie*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 975; sulla stessa linea anche G. VERDE, *Il processo civile sotto l'incubo della ragionevole durata*, *ivi*, 2011, p. 505. Se ne vedano esempi in R. CAPONI-D. DALFINO-A. PROTO PISANI-G. SCARSELLI, *In difesa della norma processuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1794 e in M. BOVE, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza*

A proposito di quest'ultima situazione (diritto alla tutela giurisdizionale o al processo) – nella quale, come si vedrà (§§ 12, 13, 14), si risolve quella fondamentale figura del processo che è *l'azione* – è opportuno mettere in rilievo fin da ora che essa può essere inclusa nella figura generale del diritto soggettivo in senso tecnico, almeno se si segue l'accreditata opinione che pone tra le caratteristiche di questa figura, da un lato, la complessità, nel senso di includere in sé varie situazioni semplici (si pensi alla quantità di poteri, facoltà e anche doveri che fanno capo al diritto di proprietà o anche a un diritto di credito), e, dall'altro lato, il fatto di offrire la protezione di un determinato interesse. Il primo di questi due caratteri è reso evidente dalla veduta globalità della situazione in discorso; mentre il secondo è reso non meno evidente dal fatto che proprio la tutela giurisdizionale può costituire, per se stessa, oggetto di un interesse (su ciò ampiamente al capitolo che segue, spec. al § 14).

9. *Il cosiddetto rapporto giuridico processuale.*

Il complesso fenomeno di reciproca introduzione di situazioni e di atti facenti capo ai diversi soggetti del processo ed intersecantisi a vicenda, realizza il processo come fenomeno giuridico dinamico. Un fenomeno giuridico strumentale, fondato sulle norme giuridiche che disciplinano il processo, e palesemente autonomo dalle situazioni giuridiche o diritti (sostanziali) per la cui attuazione si svolge il processo. Da quest'analisi emerge evidente l'autonomia del fenomeno giuridico processuale dal diritto sostanziale.

Occorre, tuttavia, tener presente che la constatazione della complessità e della dinamicità del fenomeno giuridico processuale sono risultati acquisiti solo dalla dottrina più recente. Lo strumento concettuale del quale giudici ed autori si erano serviti unanimemente in precedenza, e di cui tuttora in gran parte si servono per fondarvi l'autonomia del fenomeno giuridico processuale da quello sostanziale, è in realtà uno strumento apparentemente più semplice, e cioè la figura del cosiddetto «*rapporto giuridico processuale*».

Si tratta di una figura elaborata dai giuristi tedeschi nella seconda metà del XIX secolo (11), nel loro sforzo, meritorio e fecondo, di trapiantare nella teoria del processo, che stavano costruendo, quei concetti giuridici generali che altri giuristi tedeschi di qualche decennio prima avevano elaborato nel costruire la teoria generale del negozio giuridico. In questo caso si volle utilizzare nella teoria del processo la figura del rapporto giuridico. Più precisamente, si volle vedere nel processo un rapporto giuridico, *autonomo da quello sostanziale*, che si in-

della Corte di cassazione, Napoli, 2010, p. 13. In argomento v. anche M. SERIO, *L'abuso del processo. Una ricerca comparatistica*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 119.

(11) A cominciare da O. von BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868; poi J. KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1898.

staure quando un soggetto propone all'organo giurisdizionale una domanda di tutela (e naturalmente di tutela nei confronti di almeno un altro soggetto); un rapporto tra questi due soggetti e l'organo giurisdizionale, e quindi trilaterale, che si sostanzia contemporaneamente nel diritto del primo soggetto alla tutela giurisdizionale, nel dovere dell'organo di prestarla, e nella soggezione del terzo soggetto all'esercizio di tale tutela.

Nel momento in cui venne elaborata, questa figura costituì indubbiamente un progresso poiché, attraverso l'acquisizione di una chiara base concettuale per l'autonomia giuridica del processo, consentì di conseguire importanti risultati pratici. Così, ad es., la possibilità di ammettere la successione nel processo, considerato per se stesso (v. oltre, § 59), e così la rappresentanza nel processo (v. oltre, §§ 46, 47); e, ancora, la possibilità di considerare il momento dell'instaurazione del rapporto processuale come il momento al quale va ricondotto il risultato della prestazione della tutela; la possibilità di vedere nel rapporto processuale il punto di riferimento giuridico della qualità di parte (v. oltre, § 44); e tante altre utilizzazioni.

Senonché la dottrina moderna non soltanto ha acquisito, ormai da tempo, l'autonomia del processo come fenomeno giuridico, ma è andata assai oltre (12); ha approfondito il carattere dinamico di quel fenomeno e messo in rilievo che il processo è ben di più che un rapporto giuridico – figura statica e perciò inidonea ad esprimere quel movimento giuridico in cui si è visto stare la vera realtà del processo –; ma è in realtà una serie di rapporti in continua trasformazione nell'evolversi delle situazioni attraverso l'esercizio dei poteri. Perciò la figura del rapporto giuridico processuale può essere considerata ormai insufficiente ad esprimere il fenomeno giuridico processuale nella sua complessità. Mentre, d'altra parte, – e come vedremo più avanti – tutte le utilizzazioni pratiche di quel concetto, alle quali si è accennato poc'anzi, possono benissimo considerarsi acquisite con riferimento senz'altro al *processo*, come fenomeno giuridico in evoluzione (c.d. giusto processo) (v. oltre, §§ 77 e 78).

10. *I presupposti processuali.*

La nozione del rapporto giuridico processuale, per quanto in certo senso superata, non può tuttavia essere senz'altro messa da parte, sia perché gli autori (13), e soprattutto i giudici, sono soliti servirsi ancora di questo strumento

(12) Già diversa l'impostazione del GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin, 1925 (ristampa 1962). Ma v. poi, per una posizione nettamente critica, M. RICCA-BARBERIS, *Due concetti infecundi: negozio e rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, p. 191; più di recente, E. FAZZALARI, *Processo e giurisdizione*, cit., p. 2.

(13) V., ad es., E.T. LIEBMAN, *Manuale di dir. proc. civ.*⁴, I, cit., p. 33; ID., *L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 328.

concettuale; e sia anche perché con riferimento ad essa è stata elaborata un'altra nozione, tuttora non priva di utilità, ossia la nozione dei presupposti processuali (14).

Dobbiamo innanzi tutto premettere che per questa, come per la maggior parte delle altre nozioni generali che costituiscono l'oggetto attuale del nostro studio, il nostro discorso sarà prevalentemente riferito al processo di cognizione, pur potendosi riferire anche, con qualche adattamento, al processo di esecuzione e a quello cautelare. Ciò, sia perché tutte le nozioni generali del processo sono state elaborate dalla dottrina con riferimento, appunto, al processo di cognizione; e sia perché anche la legge, pur intitolando il primo libro del codice alle «disposizioni generali», teoricamente applicabili all'intera disciplina contenuta nel codice, ha in realtà tenuto presente, nel dettare le norme di questo primo libro, quasi unicamente il processo di cognizione.

«Presupposto» significa requisito che deve esistere *prima* di un determinato atto perché da quell'atto discendano determinate conseguenze (15). Riferendosi al rapporto giuridico processuale, la dottrina configurò i presupposti processuali (o presupposti del rapporto processuale) come quei requisiti che debbono esistere prima dell'atto che pone in essere quel rapporto, ossia l'atto col quale si chiede la tutela giurisdizionale, che, come vedremo ampiamente, è la *domanda*. Quanto poi alle conseguenze condizionate dai presupposti, s'incominciò a introdurre una distinzione, in quanto, da un lato, ci si riferì allo stesso venire in essere del rapporto processuale (c.d. presupposti di esistenza del rapporto processuale) e, dall'altro lato, ci si riferì all'attitudine del rapporto processuale a consentire il suo normale svolgimento fino al conseguimento del risultato del processo (c.d. presupposti di validità o di funzionalità del rapporto processuale). Distinzione, questa, che, palesemente fondata sulla dinamica giuridica del processo, mette in evidenza, una volta di più, come il riferirsi senz'altro al processo sia più calzante del riferirsi allo statico rapporto processuale. Si potrà perciò più utilmente distinguere tra *presupposti di esistenza del processo* (che sono i *requisiti che debbono sussistere prima della proposizione della domanda perché possa veni-*

(14) Sull'argomento v., con la prospettazione dell'opportunità di ridimensionare questa ambigua figura, S. LA CHINA, *Presupposti processuali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 300; in precedenza C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, in *Nss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, p. 785 e C. VOCINO, *Presupposti processuali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 3. Ancora in precedenza v. l'atteggiamento critico dell'INVREA, *Contro il concetto dei presupposti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, II, p. 100 e ss. Più di recente, M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino, 1996, che peraltro si occupa quasi esclusivamente dell'ordine di esame delle questioni. Poi, le chiare prospettazioni di D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo*, Torino, 2006, p. 45. Su quest'argomento, v. vol. II, § 57, nota 19. Per l'opportunità della permanenza del concetto, anche con riferimento al procedimento arbitrale, E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, p. 19.

(15) Per la contrapposizione tra presupposto ed elementi costitutivi interni, v. già E. BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 123.

re in essere un processo anche se, in ipotesi, destinato ad arrestarsi subito) e presupposti di validità o procedibilità del processo (che sono i requisiti che debbono esistere prima della proposizione della domanda perché il processo possa, anziché arrestarsi subito, procedere fino al conseguimento del suo scopo normale che, nel processo di cognizione, al quale il nostro discorso è specificamente riferito, è, come vedremo, la *pronuncia sul merito*).

Esaminiamo più da vicino questi presupposti, incominciando col primo gruppo, ossia coi *presupposti di esistenza del processo* (16). Quali requisiti è necessario che esistano prima della proposizione della domanda perché la domanda stessa, una volta proposta, possa dar vita ad un processo? A ben guardare, un requisito solo: che quel soggetto al quale la domanda verrà proposta, sia un giudice, ossia sia investito di potere giurisdizionale o abbia, come si suol dire, *giurisdizione* in senso ampio (17). Solo ove mancasse questo requisito (perché si trattasse, ad es., di un organo legislativo, di un professore, di un vescovo, ecc.), la successiva proposizione della domanda non darebbe luogo ad alcun processo perché quel non-giudice potrebbe benissimo astenersi dal compiere una qualsiasi attività. In ogni altro caso, il giudice è sempre tenuto ad un'attività che è già processo, anche se deve arrestarsi subito: se, ad es., si tratta di un giudice privo del potere di decidere in concreto quella determinata controversia (ad es. un giudice speciale [v. la nota 17] o un giudice c.d. incompetente), quel giudice non sarà certo tenuto a pronunciare sul merito della domanda, ma sarà tuttavia tenuto a dichiarare il suo difetto di giurisdizione o la sua incompetenza (v. § 39), ossia a compiere una c.d. *pronuncia sul processo* (18), così svolgendo un processo,

(16) V. C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., p. 792.

(17) Diciamo «in senso ampio» perché, in realtà, i problemi che sorgono in concreto sulla sussistenza o meno della giurisdizione (e per i quali v. i §§ 31 e ss.) concernono di solito non la mancanza della qualità di giudice (mancanza ipotizzabile solo nelle ipotesi di scuola alle quali si fa cenno nel testo, oltre che nel caso limite di spettanza dei poteri solo alla P.A., di cui al § 32, lettera e), ma la spettanza del potere giurisdizionale ai giudici ordinari piuttosto che a giudici stranieri o speciali. La nozione di giurisdizione ha quindi in pratica un significato più ristretto e specifico e con riguardo al quale si può ora – ossia dopo che, dapprima, la C. Cost. 12 maggio 2007 n. 77 e poi l'art. 59 L. 18 giugno 2009 n. 69 (su cui v. oltre, § 34, nota 173) hanno ammesso la possibilità di *translatio iudicii* dal giudice ordinario al giudice speciale e viceversa – riconoscere che la giurisdizione è, a parere di chi scrive, ancora un presupposto processuale non solo nel senso ampio che si riferisce a tutti i giudici appartenenti ai diversi ordini, ma anche nel senso specifico che si riferisce ai giudici ordinari ai quali è affidata la giurisdizione civile; ciò, almeno, se è vero, come ci sembra e come è stato adombrato da fonte autorevole (E.F. RICCI, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 211 e 212 e successivamente sviluppato *ivi* a p. 293), che l'inserimento, nel sistema della possibilità di conseguire effetti assimilabili a quelli della *translatio* anche tra giudici di diversi ordini non compromette la separazione dei diversi ordini di giudici e non implica l'applicabilità tra gli stessi delle disposizioni concernenti la litispendenza e la connessione (v. anche, sul punto, in questo vol. § 34, nota 173 e § 40, nota 199). In proposito v. anche A. GIUSSANI, *Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 235.

(18) Sull'argomento, v. L. LAUDISA, *La sentenza processuale*, Milano, 1982; D. TURRONI, *La*

ancorché embrionale perché privo dell'attitudine a pervenire alla pronuncia sul merito. (Per le modalità di questa pronuncia, v. vol. II, § 57 al richiamo della nota 25).

Allo stesso modo, nessuna mancanza di requisiti concernenti il soggetto che proporrà la domanda (ad es., la sua incapacità per minore età o infermità di mente) potrà esonerare il giudice dal dovere di dare atto di quella mancanza (v. § 45 in fine), così svolgendo un processo, anchorché embrionale perché destinato anch'esso a chiudersi con una pronuncia non «sul merito» ma «sul processo», qual'è appunto la dichiarazione di non poter pronunciare sul merito per difetto di capacità. (Per le modalità, v. ancora, vol. II, § 57).

Il generico potere giurisdizionale in capo al soggetto al quale verrà rivolta la domanda è dunque il solo presupposto che condiziona il venire in essere di un processo. Certamente, il venire in essere di un processo, dipende anche dal fatto che a quel soggetto sia rivolto *un atto che sia domanda di tutela giurisdizionale*: poiché se si trattasse ad es. di una generica protesta o di vaghe invettive o altro del genere, il giudice non sarebbe affatto tenuto a pronunciarsi e non sorgerebbe un processo. Sennonché questo diverso requisito (che potrebbe dirsi dell'obiettiva esistenza di una domanda) non è un presupposto, perché non riguarda un requisito che deve esistere prima della proposizione della domanda, ma è un requisito intrinseco alla domanda stessa.

Veniamo ora al secondo gruppo ossia ai *presupposti di validità o procedibilità del processo* (19). Ed è bene dir subito che quando, in dottrina e in giurisprudenza, si parla genericamente di presupposti processuali, ci si riferisce precisamente a questo gruppo di presupposti, essendo evidente che quelli che condizionano l'esistenza del processo sono dei requisiti-limite, la cui mancanza ben difficilmente si verificherà nella pratica.

Quali requisiti, dunque, debbono esistere prima della proposizione della domanda, affinché, una volta proposta quella domanda, il giudice sia tenuto a rendere una pronuncia che, *anziché restare sul processo per dare atto di un ostacolo, giunga fino al merito?* Evidentemente quei medesimi requisiti la cui mancanza dà luogo ai suddetti ostacoli: con riguardo al giudice, il suo effettivo potere di decidere *quella controversia* (la c.d. *competenza*) (20), della quale studieremo le

sentenza civile sul processo, cit., p. 23. Per le conseguenze nell'ipotesi di pronuncia erroneamente anche sul merito, v. vol. II, § 77, nota 191.

(19) V. C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., p. 792. In questa linea v. anche C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, p. 344, che ha giustamente messo in evidenza l'inesattezza del frequente riferimento dei presupposti processuali alla decisione (anziché al valido svolgimento del giudizio) sul merito (poi ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2010, p. 3). Ancora in questa linea, G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova, 1990, p. 85; L.P. COMOGLIO, *op. cit.*, I, p. 276; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*⁹, I, Milano, 2017, p. 55; E. OCCHIPINTI, *La cognizione*, cit., p. 31.

(20) Sul modo col quale la competenza si inserisce tra i presupposti processuali, ma con un'impostazione in parte diversa, v. A. ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompe-*

regole al cap. 7°, sezione seconda); con riguardo al soggetto che chiederà la tutela giurisdizionale e a quello nei cui confronti la domanda verrà proposta, il potere – o, meglio, la serie dei poteri – di compiere gli atti del processo; quella serie dei poteri alla quale, come vedremo, il codice si riferisce con un accenno diretto alla *capacità* o alla rappresentanza processuale, ma che – come vedremo al cap. 8° – si può ricondurre ad un'unica nozione: quella della legittimazione processuale (21). Se manca uno di questi requisiti, il giudice si deve fermare al rilievo di quella mancanza, con una pronuncia «sul processo»; se invece questi requisiti sussistono, il giudice può e deve andare avanti; il processo prosegue nel suo *iter* (perciò si parla di presupposti di validità ulteriore o di *procedibilità*) secondo la sua dinamica, fino alla pronuncia sul merito.

A questa categoria dei presupposti di procedibilità vanno ricondotti tutti quei diversi requisiti dai quali la legge fa dipendere, con disposizioni specifiche, la proponibilità della domanda; come, ad es., l'espletamento preventivo del tentativo obbligatorio di conciliazione o della procedura di mediazione o di negoziazione assistita, ove previsto (v. cap. 9° del vol. III) (22).

Anche con riguardo a questi requisiti che, come abbiamo visto, sono i presupposti processuali, nel senso corrente dell'espressione, si deve – analogamente a quanto abbiamo rilevato a proposito dei requisiti di esistenza del processo e, più precisamente, a proposito del requisito dell'obbiettiva esistenza di una domanda – tener presente che pure accanto ad essi esiste un altro ordine di requisiti che pure condizionano l'attitudine del processo a pervenire ad una pronuncia sul merito. Ma anche di questi requisiti si deve rilevare che non sono presupposti perché la loro esistenza non è richiesta prima della proposizione della domanda, ma della domanda stessa costituiscono requisiti intrinseci con riguardo al suo contenuto (23); di tali requisiti, che sono *le condizioni dell'azione*, ci occuperemo nel prossimo capitolo. Per ora è sufficiente aver posto in rilievo che accanto a quei requisiti che sono comunemente detti presupposti processuali – e

tente a quello competente, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 141 e ss. Per alcune osservazioni su questa impostazione, v. C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., p. 793 in nota. Per più recenti sviluppi e approfondimenti v. G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., p. 89 e ss. Per l'individuazione, come presupposto processuale distinto dalla competenza, del presupposto della «inesistenza di un compromesso», v. E.T. LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 470 e ss. Sul giudizio arbitrale e sul compromesso, v. vol. III, § 54.

(21) Per il modo col quale la capacità, sotto la specie della legittimazione processuale, si inserisce nel sistema dei requisiti del processo, v. ampiamente C. MANDRIOLI, *La rappresentanza*, cit., p. 321.

(22) Oppure la richiesta del danno all'assicuratore della responsabilità per circolazione dei veicoli, almeno sessanta giorni prima (art. 145 D.Lgs. 209/2005), anche in caso di domanda riconvenzionale (Cass. 26 ottobre 2009 n. 22597). A questo proposito v. C. CARTONI, *La condizione di procedibilità nelle controversie in materia di circolazione stradale*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 146.

(23) E cioè a prescindere dai requisiti intrinseci di validità della domanda sotto il profilo processuale.

che possono essere definiti come *i requisiti che debbono esistere prima della proposizione della domanda, perché la successiva proposizione della domanda stessa dia luogo ad un processo idoneo a pervenire ad una pronuncia sul merito* (24) – esistono altri requisiti (le condizioni dell'azione) che pure condizionano l'attitudine del processo a pervenire ad una pronuncia sul merito, ma che, a differenza dei presupposti, sono requisiti intrinseci della domanda (25).

(24) Requisiti, questi che si fondano solo sulla legge. Ove si fondassero su un patto (come, ad es., il patto di non adire il giudice se non previo tentativo di conciliazione) non condizionerebbero l'accesso alla tutela, ma potrebbero solo fondare un obbligo risarcitorio (cfr. Cass. 13 luglio 1992 n. 8476, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 1518); salvo tuttavia il caso della clausola arbitrale irrituale che implica vera rinuncia alla tutela ordinaria (v. vol. III, § 53). V. la nota 20 in questo §.

(25) Per un quadro sintetico del sistema dei requisiti del processo, v. C. MANDRIOLI, *Presupposti processuali*, cit., p. 794.

È, d'altra parte, opportuno rilevare fin da ora (ma v. poi gli ulteriori cenni al § 18, nota 26 in questo volume) che questi requisiti – siano essi presupposti o intrinseci alla domanda – lungi dal costituire oggetto di una sorta di necessario accertamento sulla perseguibilità del processo (o sull'ammissibilità della domanda) costituiscono solo un *eventuale* oggetto di giudizio nella sola ipotesi che sia sollevata una questione relativa alla sussistenza di uno (o più) di quei requisiti.