

## PREMESSA ALLA SEDICESIMA EDIZIONE

È con profonda tristezza che questa nuova edizione vede la luce dopo la scomparsa del prof. Crisanto Mandrioli, alla fine di novembre dello scorso anno.

Nel 2000 Egli iniziò la pubblicazione di quest'opera, quale versione abbreviata del più ampio manuale *Diritto processuale civile*. Fin dall'inizio, l'obiettivo è stato quello di riuscire a coniugare in un'equilibrata sintesi, ad uso degli studenti, quanto di nuovo va emergendo nel continuo rinnovarsi del processo civile ed i principi, i concetti e gli istituti, che costituiscono il patrimonio del diritto processuale civile. E lo stesso obiettivo verrà tenuto fermo anche per il futuro.

In questa nuova edizione, in particolare, oltre a provvedere al consueto aggiornamento giurisprudenziale e bibliografico, si è tenuto conto delle ulteriori modifiche normative intervenute nel corso degli ultimi mesi, dalla L. 30 dicembre 2018 n. 145, che è nuovamente intervenuta sulle notifiche a mezzo posta, al D.L. 14 dicembre 2018 n. 135, conv. dalla L. 11 febbraio 2019 n. 12, che ha riguardato alcuni profili del processo esecutivo, alla nuova disciplina sull'azione di classe e sull'azione inibitoria collettiva della L. 12 aprile 2019 n. 31, che ha introdotto nel codice gli artt. 840 bis-840 sexiesdecies e che entrerà in vigore il 19 aprile 2020.

ANTONIO CARRATTA

Roma, maggio 2019

## PREMESSA ALLA PRIMA EDIZIONE

Le dimensioni raggiunte dall'edizione maggiore, specialmente nel suo apparato di note, hanno suggerito la predisposizione di questa edizione abbreviata dedicata agli studenti, in particolare nelle sintesi a margine.

L'inevitabile snellimento ha però lasciato in buona parte integro il testo base dell'opera che era nata per gli studenti e che qui recupera la sua originaria funzione di guida nel primo approccio con la «procedura civile».

CRISANTO MANDRIOLI

Milano, maggio 2000

# 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; 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*», e pertanto 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 e sul presupposto della obbiettiva *meritevolezza* di tale tutela.

L'art. 24, 1° comma, della Costituzione.

Quando parliamo di «processo» ci riferiamo precisamente a questo figurato «procedere», 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».

Il processo 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

Il codice di procedura civile ...

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).

... e la giuridicità delle sue regole.

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*. Quando parliamo di «struttura» delle norme o degli istituti 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?).

La funzione e la struttura delle norme giuridiche ...

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.

... e la loro correlazione.

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 quel-

l'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.

Il diritto processuale civile.

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, 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?

L'attività giurisdizionale e la sua funzione ...

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 e sul presupposto della obbiettiva *meritevolezza* di tale tutela. 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 *sub b*) alla tutela dei diritti.

... sul fondamento dell'art. 24, 1° comma, Cost. ...

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 *sintetico*: quello dell'assicurare ai diritti la caratteristica per la quale possono dirsi diritti, ossia precisamente la loro tutelabilità. Dice infatti l'art. 2907 c.c. – rubricato per l'appunto «attività giurisdizionale» – che «*alla tutela giurisdizionale dei diritti* provvede l'au-

... e dell'art. 2907 c.c. ...

... come tutela  
giurisdizionale dei  
diritti ...

torità 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.

... a reazione alla  
loro lesione o  
violazione ...

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 § precedente – l'imposizione o il divieto o la permesso 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*. 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 impedirli o di eliminarne gli effetti nei limiti del possibile.

... e perciò  
strumentale rispetto  
ai diritti da tutelare.

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

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) 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*) 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*.

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*: 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.

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'autodifesa*. 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*. E diciamo «normalmente» poiché – come 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.

Il diritto sostanziale offre la tutela (primaria) degli interessi ...

... mentre l'attività giurisdizionale (processuale) ne offre l'eventuale tutela secondaria ...

... in via sostitutiva nell'ipotesi della lesione ...

... in conseguenza del divieto dell'autodifesa.

Perciò la giurisdizione è (sotto il profilo funzionale) attuazione in via normalmente sostitutiva dei diritti sostanziali ...

... o attuazione delle sanzioni (Redenti) ...

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» 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. Quando, poi, detta reazione si concretizza in un provvedimento amministrativo, si parla di *sanzione amministrativa*.

... o composizione delle liti (Carnelutti).

Così la non meno famosa definizione del Carnelutti che vede nella giurisdizione l'attività di «composizione delle liti». 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 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.

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

In taluni casi l'attività giurisdizionale non presuppone la lesione del diritto sostanziale.

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» in senso ampio) di quelle situazioni giuridiche, non può avvenire che attraverso l'opera 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 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 a parlare di *giurisdizione a contenuto obbiettivo*.

È bene sottolineare che proprio quest'elemento della necessarietà (riferito all'attività giurisdizionale) sta in relazione con la caratteristica per la quale quest'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'*at-*

Ciò accade in primo luogo nei casi di tutela costitutiva necessaria.

*tività 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.

In secondo luogo ciò accade quando non c'è ancora violazione del diritto, ma solo la sua contestazione (*accertamento mero*).

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*». 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, obbiettivamente apprezzabile 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 – 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. 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*.

La nozione funzionale della giurisdizione.

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; 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.

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 – per quella interdipendenza tra funzione e struttura che abbiamo già posto in rilievo al § 1 –, d'altra parte, corrisponde una funzione particolare, inserita nell'ampia funzione che abbiamo individuato sopra. Occorre, dunque, prendere in esame singolarmente questi diversi tipi di attività.

Sotto il profilo della struttura, esistono diversi tipi di giurisdizione.

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.

Il primo è la cognizione, ...

Quali sono le caratteristiche strutturali proprie della cognizione? La logica del sistema – ossia la già vista necessaria coordinazione tra struttura e funzione – vuole che queste caratteristiche siano esatta-

... la cui struttura va individuata come quella più idonea a conseguire l'accertamento.

mente 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*).

Orbene: per attuare una regola concreta di legge, occorre innanzi tutto *formulare* quella regola, ossia enunciarla, appunto, nella sua concretezza; vale a dire, dopo 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*. Più precisamente, la funzione di determinare la certezza sull'esistenza o la non esistenza di un diritto. 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.

Innanzitutto: 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 giudice, 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 «obbiettivarsi», ossia divenire certezza fatta propria dall'ordinamento, in modo che la regola così divenuta certa possa essere imposta all'osservanza di tutti?

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; con che si spiega anche ciò che si deve intendere quando si parla di possibilità di imporre la regola all'osservanza di tutti; imporre la 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 giudice è, appunto, incontrovertibile nel senso che non può costituire oggetto di un riesame utile sul piano pratico;

La struttura più idonea al conseguimento della funzione della cognizione è ...

... quella che  
realizza  
la suddetta  
*incontrovertibilità* ...

... che si ottiene con  
l'assoggettamento  
delle pronunce a un  
numero limitato di  
mezzi di  
impugnazione,  
elencati nell'art. 324  
c.p.c. ...

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), 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*», 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 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 (almeno potenzialmente) ad una serie limitata di riesami del giudizio, o mezzi di impugnazione, il cui esaurimento dà luogo all'incontrovertibilità propria della cosa giudicata*.

... e il cui  
esaurimento  
dà luogo alla  
incontrovertibilità,  
detta «*cosa giudicata  
formale*» ...

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'esau-

rimiento di quale serie di possibili giudizi – nessun giudice può ulteriormente giudicare.

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, appunto, «*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, il quale 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. 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*, salve, naturalmente, le conseguenze di eventuali fatti successivi (c.d. *jus superveniens*). 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*.

... (che si coordina con la «*cosa giudicata sostanziale*» che ne costituisce il risultato).

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*. 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». Imparzialità nel senso di assoluta equidistanza dagli interessi che concretamente perseguono i soggetti che operano nel processo e che sono detti «parti». 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 principi 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 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 principi costituzionali sui quali ci intratterremo ampiamente in seguito (v. oltre, § 22 e §§ 77 e 78).

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

Il secondo tipo di  
giurisdizione è  
l'esecuzione  
forzata ...

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 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.

... la cui funzione è  
l'attuazione materiale  
della volontà  
concreta di legge.

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 questa 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.

Per conseguire questa particolare funzione, non si opera nel mondo del conoscere, ma, almeno tendenzialmente, in quello materiale; non si tratta di giudicare, 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: «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 at-