

Crisanto Mandrioli – Antonio Carratta

Corso di diritto processuale civile

I – NOZIONI INTRODUTTIVE E DISPOSIZIONI GENERALI

DICIOTTESIMA EDIZIONE



Giappichelli

PREMESSA ALLA DICIOTTESIMA EDIZIONE

Oltre al consueto aggiornamento giurisprudenziale e bibliografico dell'opera, in questa nuova edizione si è provveduto a recepire alcune modifiche normative intervenute in conseguenza della legislazione emergenziale determinata dalla pandemia da Covid-19, che ha ovviamente riguardato anche il processo civile. E si è provveduto a recepire anche l'entrata in vigore, il 19 maggio 2021 e dopo diversi rinvii, della nuova disciplina sui procedimenti collettivi introdotta dalla L. 12 aprile 2021, n. 31, mediante l'inserimento degli artt. 840 bis-840 sexiesdecies nel codice di procedura civile.

Infine, si è tenuto conto del reclutamento straordinario, disposto con il D.L. 9 giugno 2021, n. 80, di nuovo personale da destinare al potenziamento delle strutture organizzative dell'«ufficio per il processo», già istituite nel 2014 presso i Tribunali e le Corti d'appello ed ora estese anche alla Corte di cassazione.

ANTONIO CARRATTA

Roma, giugno 2021

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 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: l'attitudine al giudicato sostanziale; l'imparzialità del giudice e l'uguaglianza tra le parti. – 5. Segue. B) L'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», 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 civile». «Diritto processuale civile» è la branca della scienza giuridica che studia la disciplina del processo civile, contenuta in quel gruppo di norme giuridiche che,

Il codice di procedura civile ...

nell'ordinamento italiano vigente, sono, nella loro maggior parte 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.

Si tratta 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 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 ad un'attività – qui, l'attività giurisdizionale – possiamo riscontrare che essa può essere conosciuta e definita, oltre che sotto il profilo della sua *funzione* (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 vuole sia conseguita. 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.

Il diritto
processuale civile.

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.

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

L'attività
giurisdizionale e la
sua funzione ...

La nozione dell'attività giurisdizionale, dal punto di vista funzionale, deve riferirsi a quella funzione che ispira la disciplina dell'*intera serie* dei comportamenti nei quali si concreta il «procedere» di cui ci occupiamo. 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 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 abbiamo, in realtà, già potuto dare una prima approssimativa risposta proprio con le parole – richiamate all'inizio – dell'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 legittimi. L'attività giurisdizionale civile serve dunque (lasciando per il momento da parte il più complesso discorso che concerne gli interessi legittimi, 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 opportunamente collocata nel codice civile, 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. 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 ispira l'attività giurisdizionale, considerata globalmente, è *la tutela dei diritti*. E non – si noti – una particolare categoria di diritti, ma *i diritti* (naturalmente, diritti soggettivi) in genere.

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

... come tutela giurisdizionale dei diritti ...

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 l'imposizione o il divieto o la permissione di determinati comportamenti, ne risulta che ciò che 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 impedirla o di eliminarne gli effetti nei limiti del possibile.

... e reazione alla loro lesione o violazione ...

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

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

Il diritto sostanziale offre la tutela (primaria) degli interessi, ... poich  i diritti da attuare costituiscono la *materia* o *sostanza* dell'attivit  giurisdizionale, si delinea la contrapposizione tra *diritto* (o sistema di norme) *materiale* o *sostanziale* e *diritto* (o sistema di norme) *strumentale* o *formale*, cio  *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 ritenuti meritevoli di protezione. In altri termini, dettando le norme sostanziali, il legislatore ha configurato i diritti soggettivi sostanziali, i quali gi  implicano una prima tutela di determinati interessi, cio  la tutela semplicemente giuridica. Ma se questa tutela primaria non si rivela sufficiente, se cio  la norma sostanziale viene violata ed il diritto soggettivo sostanziale viene leso, ecco che l'ordinamento ricorre allo strumento del processo, ossia ricorre alle norme strumentali o processuali, che, disciplinando l'attivit  di determinati soggetti (i c.d. soggetti del processo) apprestano i mezzi per l'attuazione della tutela *secondaria* o tutela, appunto, *giurisdizionale*.

L'altra caratteristica propria dell'attivit  giurisdizionale, ossia la sua *natura sostitutiva*, va individuata nel fatto che gli 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 della norma sostanziale. In questo modo il diritto processuale realizza indirettamente ed in via sostitutiva quella medesima protezione di interessi che sta alla base del diritto sostanziale.

Questa «sostituzione» non   imposta dalla logica n  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 necessit , ecc.), gli offre una protezione sostitutiva, che   precisamente la tutela giurisdizionale.

Perci  la giurisdizione   attuazione in via normalmente sostitutiva dei diritti sostanziali ... In conclusione, i rilievi compiuti portano a definire l'attivit  giurisdizionale, sotto il profilo funzionale, come attivit  *normalmente di attuazione in via secondaria e sostitutiva dei diritti sostanziali*. E diciamo «normalmente» poich  – come vedremo tra poco (al § 3) – vi sono dei casi in cui l'attivit  giurisdizionale   prevista pi  o meno indipendentemente dalla lesione di norme primarie.

Questa definizione funzionale della giurisdizione non diverge gran che da altre definizioni proposte da autorevoli giuristi. Cos , 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 ... o attuazione delle sanzioni (Redenti) ...

che qualcuno chiama il «precetto secondario» contenuto nelle norme sostanziali.

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. Senza dimenticare, d'altro canto, che alla composizione della lite si può pervenire anche attraverso la via alternativa della *conciliazione* e dell'*arbitrato* (come meglio vedremo nel vol. III, parte terza).

... o composizione delle liti (Carnelutti).

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.

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

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

Ciò accade nei casi
di tutela costitutiva
necessaria.

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 senso ampio già visto) *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*.

È bene sottolineare che proprio quest'elemento della necessità (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'*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 necessità dell'attività giurisdizionale 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.

Si ritiene che ciò
accada anche quando
vi sia solo la
contestazione del
diritto (*accertamento
mero*).

L'altro tipo di attività giurisdizionale, che spesso viene accostata a quella costitutiva necessaria come attività che prescinde dalla violazione, è quello di «*accertamento mero*». Qui, in realtà, l'esigenza di tutela o di attività giurisdizionale è determinata da un fenomeno che può essere assimilato alla violazione, e cioè la *contestazione* del diritto,

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, si determina una situazione che determina l'incertezza obbiettiva circa l'esistenza di un diritto. Ed è logico che un ordinamento giuridico evoluto offra lo strumento per eliminare questa situazione, 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 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: l'attitudine al giudicato sostanziale; l'imparzialità del giudice e l'uguaglianza tra le parti.*

Riferendoci, come abbiamo fatto finora, 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 disciplina 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 giurisdizionale civile.

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 «pro-

Il primo è la cognizione, ...

cedimenti 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 vista 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.

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

Ricordiamo 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 dettano 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 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 la volontà legislativa espressa in astratto, *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» una regola concreta o l'esistenza di un diritto) emerge come una funzione di *accertamento*. Più precisamente, la funzione di determinare la certezza sull'esistenza o 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 *obiettiva*, 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.

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, ossia il giudice.

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.

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, quando sarà cessata, nel suo ambito, ogni effettiva possibilità di contestazione, ossia quando sulla pronuncia del giudice si sarà verificata una situazione di incontestabilità, quando cioè su di essa non si potrà più controvertere con possibili effetti pratici.

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; 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'incontrovertibilità.

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. ...

Occorre, a questo punto, precisare che quest'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 mezzi di impugnazione, il cui esaurimento (o la rinuncia ad esercitarli) 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 del passaggio in giudicato della pronuncia. Questa norma è rubricata «cosa giudicata formale», ove l'attributo «formale» si contrappone a «sostanziale» ed equivale a «processuale». 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 gradi di giurisdizione – nessun giudice può ulteriormente giudicare.

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

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 il risultato o funzione sostanziale della cognizione. Questo fenomeno è chiamato, appunto, «cosa giudicata sostanziale» e la sua disciplina, logicamente contenuta nel codice civile, è sintetizzata nell'art. 2909, il quale enuncia che l'accertamento passato in giudicato (formale o processuale) «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 rendere il diritto oggetto dell'accertamento 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 o processuale) ossia alla definitiva formulazione della regola concreta (ad es.: quel debito esiste in quella determinata misura), che già appartiene al diritto so-

stanziale. Dalla funzione-esigenza, attraverso la struttura, si torna alla *funzione-risultato*.

Ma, tornando alla struttura tipica della cognizione, possiamo concludere che *la sua caratteristica fondamentale è quella di pervenire ad un accertamento idoneo ad assumere l'incontrovertibilità propria della cosa giudicata formale*.

In correlazione con questa caratteristica strutturale sta poi il rilievo della posizione di *imparzialità* o *terzietà* del giudice, che è ora enunciata nel 2° comma dell'art. 111 Cost. 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 nell'art. 101, 2° comma. Ed in correlazione a ciò, d'altro canto, 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 principî costituzionali sui quali ci intratteremo ampiamente in seguito (v. oltre, § 22 e §§ 77 e 78).

5. *Segue. B) L'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 giurisdizionale civile 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; 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, destinata ad essere sostituita, nel prossimo futuro, dal codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

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 civile. Più precisamente, mentre la cognizione vuol conseguire, come abbiamo visto, l'accertamento incontrovertibile dell'esistenza del diritto, *l'esecuzione forzata vuol conseguire l'attuazione pratica, materiale, del diritto accertato, in via coattiva o forzata*, ossia attraverso l'impiego effettivo o potenziale della forza da parte dell'ordinamento.

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

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

In questo caso non si tratta di giudicare, ma di portare ad esecuzione quanto accertato, sempre che non vi sia l'adempimento spontaneo da parte di colui che è tenuto a farlo. 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*; e dunque, anche l'organo esecutivo è chiamato ad attuare obbiettivamente il diritto senza essere mosso da alcun altro interesse.

Il terzo tipo di
attività
giurisdizionale è
l'attività cautelare ...

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

Di questo tipo di attività va detto subito che, pur essendo anch'essa qualificata da una funzione sua propria nell'ambito della giurisdizione civile, tuttavia tale funzione non è autonoma, ma strumentale rispetto a quella della cognizione o dell'esecuzione o di entrambe.

... la cui funzione è
quella di ovviare ai
pericoli che, durante
il tempo occorrente
per la tutela
giurisdizionale dei
diritti, possono
comprometterne il
risultato.

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 del risultato: 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 lo danneggi; o al pericolo che Caio, mentre Tizio chiede l'accertamento 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 sul quale nel frattempo il giudice ha riconosciuto il suo diritto di proprietà, 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 ovviare ai diversi pericoli che potrebbero minacciare in concreto la *fruttuosità* – o l'*effettività* – della tutela giurisdizionale, sia essa