

Crisanto Mandrioli – Antonio Carratta

Diritto processuale civile

I – NOZIONI INTRODUTTIVE E DISPOSIZIONI GENERALI

VENTINOVESIMA EDIZIONE



Giappichelli

PREMESSA ALLA VENTINOVESIMA EDIZIONE

Le rilevanti riforme, che hanno interessato la giustizia civile e che, apportate con il D.Lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, sono divenute applicabili nei procedimenti introdotti dopo il 28 febbraio 2023, sono al centro di questa nuova edizione.

Come è noto, con il D.Lgs. 149/2022 è stata data attuazione alla legge delega contenuta nella L. 26 novembre 2021 n. 206, la quale aveva delegato il Governo, sulla base di specifici principi e criteri direttivi, a procedere a «novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, in funzione di obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile» (art. 1, 1° comma, L. 206/2021).

È anche noto che, nel perseguimento di questi obiettivi, il D.Lgs. 149/2022 non si è limitato a un generale riassetto del nostro codice di procedura civile in vigore da più di ottant'anni, ma ha proceduto anche a innovazioni normative particolarmente rilevanti e significative dal punto di vista sistematico.

Tenendo conto anche di questo, nella nuova edizione si è provveduto alla revisione e alla riorganizzazione di alcune sue parti, pure non direttamente interessate dalla riforma, al fine di coordinarle e armonizzarle con le sopraggiunte novità normative. Nel fare questo si è cercato di dar conto anche della disciplina processuale previgente, in considerazione del fatto che – come detto – la nuova disciplina, salva espressa previsione contraria, si applica ai procedimenti introdotti dopo il 28 febbraio 2023, mentre ai procedimenti pendenti a quella data continua ad applicarsi la previgente disciplina.

Infine, si è provveduto a recepire nel testo anche le ulteriori modifiche che alcune delle nuove disposizioni introdotte con il D.Lgs. 149/2022 hanno già subito dapprima con il D.L. 24 febbraio 2023 n. 13 (convertito dalla L. 21 aprile 2023 n. 41) e poi con il D.L. 10 agosto 2023 n. 105 (convertito dalla L. 9 ottobre 2023 n. 137) e le novità derivanti dal D.Lgs. 31 marzo 2023 n. 36 (codice dei contratti pubblici), dal D.M. 24 ottobre 2023 n. 150 relativo al registro degli organismi di mediazione e all'elenco degli enti formatori e dal D.M. 29 dicembre 2023 n. 217 in materia di processo telematico.

ANTONIO CARRATTA

Roma, gennaio 2024

PREMESSA ALLA VENTOTTESIMA EDIZIONE

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 dell'entrata in vigore, dopo diversi rinvii, della nuova disciplina sui procedimenti collettivi introdotta dalla L. 12 aprile 2019 n. 31, mediante l'inserimento degli artt. 840 bis-840 sexiesdecies nel codice di procedura civile.

Si è tenuto conto, inoltre, del reclutamento straordinario, disposto con il D.L. 9 giugno 2021 n. 80 (conv. dalla L. 6 agosto 2021 n. 113), 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.

Infine, si è provveduto all'aggiornamento resosi necessario a seguito dell'approvazione della L. 26 novembre 2021 n. 206, sia con riferimento alle novità normative destinate a trovare applicazione nei procedimenti instaurati a decorrere dal centottantesimo giorno successivo alla sua entrata in vigore, sia con riferimento all'ampia delega conferita al Governo perché provveda al «riassetto formale e sostanziale del processo civile, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali» (art. 1).

ANTONIO CARRATTA

Roma, gennaio 2022

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 1. Il diritto processuale civile e la definizione dell'attività giurisdizionale: funzione e 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: funzione e 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

(1) Sul fondamento costituzionale della tutela giurisdizionale ci intratterremo al termine di questo volume (§§ 77 e 78). In argomento v., in particolare, 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; 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; F. AULETTA, *L'effettività del processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, p. 405; A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 1; con specifico riferimento alla rilevanza del principio di legalità in materia processuale v. ID., *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, X, Milano, 2017, p. 659; G. COSTANTINO, *Note su tutela dei diritti e regole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1418; G. BALENA, *Alla ricerca del processo ideale, fra regole e discrezionalità*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, p. 313; mentre, sul rapporto fra principi e norme processuali, A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022; in termini più generali A. PROTO PISANI, *Brevi note in tema di regole e principi*, in *Foro it.*, 2015, V, 455; ID., *Tecniche di tutela, Costituzione del 1948 e processo civile*, *ivi*, 2018, V, 322; ID., *Dieci studi sul processo in ricordo di Virgilio Andrioli*, Napoli, 2019; N. TROCKER, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 15; M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020; A. CARRATTA, *La scienza del pro-*

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.

Quando parliamo di «processo» ci riferiamo precisamente a questo figurato «procedere» (2), 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».

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, nell'ordinamento italiano vigente, sono, nella loro maggior parte, anche se non totalmente, contenute nel codice di procedura civile.

Si tratta di norme giuridiche: ed è noto che le norme giuridiche, 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* (3). 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

cesso civile in Italia all'inizio del XXI secolo, in *Giusto proc. civ.*, 2020, p. 301; M.F. GHIRGA, *La giustizia «piovuta» dal cielo*, Torino, 2021; A. GIUSSANI, *Efficienza giusta. Percorsi della giustizia civile*, Torino, 2022; A. CARRATTA, *La decisione giusta e i suoi presupposti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 785; A. PROTO PISANI, *La giustizia civile tra Costituzione e fede*, Napoli, 2023, p. 5.

(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, 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; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012; A. CARRATTA, *La decisione giusta*, cit., p. 785.

(3) Su quest'argomento, che è di teoria generale, G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 1; E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 55; ID., *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, 1984, pp. 25, 54; 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; F.P. LUISO, *La norma processuale ed i suoi destinatari*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 897; A. CARRATTA, *Il giudice e l'interpretazione della norma processuale*, *ivi*, 2020, p. 101.

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 vuole sia conseguita. 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.

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).

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.*

La nozione dell'attività giurisdizionale (6), 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 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 – 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 (7). L'at-

(4) Sulla contrapposizione tra funzione e struttura, v. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 11 e 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; S. PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 1.

(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

tività 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.

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 (8). Dice, infatti, l'art. 2907 c.c. – rubricato «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, 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.

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 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* (9). 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 impedirle 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*.

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; ID., *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*, 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) In argomento, v. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*³, I, a cura di T. CARNACINI-M. VELLANI, Milano, 1980, p. 19; A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360; E. FAZZALARI, *Tutela giurisdizionale*, *ibidem*, p. 402; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, p. 7; sulla funzione rimediabile del processo si sofferma, invece, C. CAVALLINI, *Diritto, rimedio e res judicata*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 204.

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

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, si delinea la contrapposizione tra *diritto* (o sistema di norme) *materiale* o *sostanziale* e *diritto* (o sistema di norme) *strumentale* o *formale*, cioè *processuale* (10).

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 valutato, in via astratta (11), i comportamenti umani idonei a produrre conseguenze giuridiche ed ha così 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 viene leso, ecco che l'ordinamento ricorre allo strumento del processo, ossia ricorre alle norme strumentali o processuali, che, disciplinando l'attività dei soggetti del processo, apprestano i mezzi per l'attuazione della tutela *secondaria* o tutela, appunto, *giurisdizionale* (12).

L'altra caratteristica propria dell'attività giurisdizionale, ossia la sua *natura sostitutiva* (13), 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 mo-

(10) 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 al diritto processuale civile*, Torino, 2014, p. 13; A. CHIZZINI, *La tutela*, cit., p. 18.

(11) 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. IRTI, *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 diritto incalcolabile*, Torino, 2016; sul tema v. anche G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1103.

(12) Per la contrapposizione tra diritto sostanziale e diritto strumentale, v. E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, 1936, p. 3 e ss.; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*⁵, Padova, 1989, p. 91. Per la contrapposizione tra le espressioni «tutela giuridica» e «tutela giurisdizionale» v. ampiamente C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955, p. 1; 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; A. CHIZZINI, *La tutela*, cit., p. 11.

(13) Sulla funzione sostitutiva della giurisdizione, v. le classiche pagine del G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Roma, 1936, p. 7. 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.

do il diritto processuale realizza in via sostitutiva quella medesima protezione di interessi, che sta alla base del diritto sostanziale (14).

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* (15). 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 portano a definire l'attività giurisdizionale, sotto il profilo funzionale, come attività *normalmente di attuazione, in via secondaria e sostitutiva, dei diritti sostanziali* (16). E diciamo «normalmente» poiché – come vedremo tra poco (al § 3) – vi sono anche dei casi in cui l'attività giurisdizionale è prevista più o meno indipendentemente dalla lesione di norme primarie.

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» (17), 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 (18).

(14) In generale sull'argomento, v. A. CARRATTA, *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, p. 579.

(15) 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; A. CHIZZINI, *La tutela*, cit., 32.

(16) 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». In un ordine di idee non dissimile, G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*⁸, I, Milano, 2018, p. 13; 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.

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

(18) Sulla nozione di sanzione v. C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione e sua attuazione giurisdizionale*, in *Jus*, 1956, p. 86; ID., *Svolgimenti sulla sanzione, ibidem*, p. 362; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 530; 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 afflittivo, v. G. MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, p. 47; più di recente, G. BASILICO, *Le sanzioni endoprocessuali: contributo allo studio dei meccanismi sanzionatori nel sistema giuridico-processuale italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 72.

Così la non meno famosa definizione del Carnelutti, che vede nella giurisdizione l'attività di «composizione delle liti» (19). 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 *mediazione*, *della negoziazione* assistita e dell'*arbitrato* (come meglio vedremo nel vol. III, capp. 8°, 9° e 10°) e, talvolta, anche in via autonoma (mediante la *conciliazione*), ossia ad opera delle stesse parti della controversia e senza l'intervento di soggetti terzi (20).

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 (21).

Si è, infine, autorevolmente negata 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 (il c.d. giudicato sostanziale) (22). Le profonde intuizioni contenute in questa impostazione (23) non autorizzano, tuttavia, a dimenticare che l'aspetto funzionale della

(19) F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, pp. 49, 78. Sul concetto di «lite» v. A. PANZAROLA, *Riflessioni minime intorno ad un concetto metagiuridico. La genealogia della «lite» in Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 992.

(20) Questa contrapposizione è utilmente prospettata da F.P. LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 1201; ID., *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). Per ulteriori rilievi v. P. BIAVATI, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 785; M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 357; A. TEDOLDI, *Iudicium vitandum est. La soluzione delle controversie senza processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, p. 167; A. CARRATTA-C. CAVALLINI, *Judicial settlement e modelli di tutela a confronto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, p. 427.

(21) S. SATTA, *Giurisdizione*, cit., p. 218; S. SATTA-C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1992, p. 10; C. PUNZI, *Il processo civile²*, cit., I, p. 4.

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

(23) Per ampi rilievi su quest'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;

giurisdizione è recepito in molte norme, come, ad es., l'art. 2907 c.c., sopra analizzato.

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

La 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» (24) in senso ampio) di quelle situazioni giuridiche, non può avvenire che attraverso l'intervento 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 a seguito dell'intervento dell'organo giurisdizionale. Al quale organo l'ordinamento affida il previo compito di riscontrare l'esistenza delle 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'intervento, che perciò si dice necessario, dell'organo giurisdizionale. Questo tipo di attività giurisdizionale, che ha, dunque, per oggetto i diritti sostanziali alle modificazioni giuridiche non at-

C. MANDRIOLI, *Appunti sulla sanzione*, cit., 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; quindi, ancora, C. MANDRIOLI, *Svolgimenti sulla sanzione*, cit., p. 362.

(24) Sugli effetti costitutivi della giurisdizione torneremo più avanti (v. oltre, § 15 *sub* C).

tuabili se non dal giudice, si chiama perciò *giurisdizione costitutiva necessaria* o a *necessario esercizio giudiziale*. Quella parte della dottrina che definisce diritti potestativi (25) 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; ciò che induce un'altra parte della dottrina (26) a parlare di *giurisdizione a contenuto obbiettivo*.

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'intervento 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 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 verifica-

(25) 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. 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; v. anche L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 131; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989, p. 11; 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; A. CHIZZINI, *La tutela*, cit., p. 746. Sull'argomento v. anche oltre, § 15, nota 67.

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

te quelle circostanze che introducono la possibilità della modificazione giuridica attraverso l'insostituibile intervento dell'organo giurisdizionale.

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*» (27). 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 egli stesso del medesimo bene; 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 di incertezza obbiettiva circa l'esistenza di un diritto. Ed è logico che un ordinamento giuridico evoluto offra – direttamente o indirettamente (28) – 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, che è caratteristica generale di quell'intero settore dell'attività giurisdizionale «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* (e cioè, senza la preventiva violazione del diritto sostanziale).

(27) Sull'argomento v. ancora G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., p. 191. Accertamento – naturalmente – di un diritto e non di un fatto, ancorché suscettibile di riflessi giuridici (Cass. 14 febbraio 2022 n. 4729; Cass. 24 gennaio 2019 n. 2057); v. anche E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, p. 17; A. CHIZZINI, *La tutela*, cit., p. 640.

(28) Mentre taluni ordinamenti configurano espressamente l'azione c.d. di accertamento mero (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; A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 645. Per rilievi critici v. L. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969, secondo il quale, invece, l'ammissibilità della tutela di accertamento mero dovrebbe desumersi in via analogica 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; B. SASSANI, *Note sul concetto di interesse ad agire*, Rimini, 1983, p. 87; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 108; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, p. 25; A. MOTTO, *op. cit.*, p. 396.

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*.

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 retro, al § 1 – corrisponde una funzione particolare, inserita nell'ampia funzione giurisdizionale civile.

Il primo, e di gran lunga 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 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.

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 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* (29).

(29) Su questi concetti e con l'impiego di questa terminologia v. le celebri pagine del CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, cit., p. 5.

Orbene: per attuare una regola concreta di legge, occorre anzitutto *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 «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* (30). Più precisamente, la funzione di determinare la certezza sull'esistenza o la non esistenza di un diritto (31). 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 *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.

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 (32).

(30) V. sull'argomento, E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, cit., p. 16; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, p. 32. Più di recente, sotto un profilo generalissimo, M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002.

(31) 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 (A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 47 e p. 491; G. MONTELEONE, *Intorno al concetto di verità materiale o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1).

(32) Si parla, a questo riguardo, di «oggettivo concretarsi dell'ordinamento» in correlazione con

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 incontrastabilità, quando cioè su di essa non si potrà più controvertere con possibili effetti pratici (33).

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. 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.

Occorre, a questo punto, precisare che questa incontrovertibilità è tradizionalmente designata come «*cosa giudicata*» (34), la quale può pertanto essere de-

«l'estraneità della giurisdizione alle fonti costitutive dell'ordinamento medesimo» (L. MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, p. 5).

(33) Sul convincimento del giudice e sul suo meccanismo, v. C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, cit., p. 172. Sulla correlazione tra accertamento e incontrovertibilità v. le riaffermazioni dell'ATTARDI (*Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, p. 257) contro la nota teoria del LIEBMAN – su cui v. i cenni al termine della nota 40 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). Su questa contestazione, con alcuni cenni di critica, v. vol. II, § 77, nota 8.

(34) 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; dello stesso A. v. anche la rassegna sistematica *Il giudicato civile*², Torino, 2002) e sia i limiti soggettivi

finita 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 quest'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 (o la rinuncia ad esercitarli) dà luogo all'incontrovertibilità propria della cosa giudicata* (35).

Nel nostro codice di procedura civile, questa caratteristica fondamentale è espressa dall'art. 324, che, per l'appunto, contiene la regola detta del passaggio in giudicato della pronuncia. Questa norma è rubricata sotto il titolo «*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 dei possibili gradi di giurisdizione – nessun giudice può ulteriormente giudicare (36).

(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). Tra gli scritti ancora attuali, v. anche A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale in generale*, in *Comm. c.c., a cura di Scialoja e Branca* (artt. 1908-2909), Bologna e Roma, 1953, p. 284; E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, p. 1304; M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958; ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, p. 1; C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 1485. 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; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 475; S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 404; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, Bologna, 2011; A. MOTTO, *op. cit.*, p. 485; A. CHIZZINI, *op. cit.*, p. 238.

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

(36) È bene mettere in rilievo fin da ora che se, da un lato, la «serie dei possibili gradi di giurisdizione» 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 il prodursi della cosa giudicata – all'esaurimento di una serie totalmente o parzialmente diversa di mezzi di impugnazione. Su questo fenomeno (che ovviamente interessa i *procedimenti decisori sommari*: vol. III, capp. 1° e 5°, specialmente § 1) v., comunque, fin da ora i rilievi dell'ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, in ID., *Sulla dottrina della giurisdizione e del giudicato*, Milano, 1957, pp. 115, 116.

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, 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* (coloro che hanno partecipato come parti al processo), i *loro eredi* e i *loro aventi causa* (37). 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* (38), salve, naturalmente, le conseguenze di eventuali fatti successivi (c.d. *jus superveniens*) (39). Con che il cerchio si chiude: dal diritto so-

(37) 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).

(38) 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.

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). Nella stessa direzione anche la successiva sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009, C-2/08 (c.d. sentenza Olimpiclub) (in *Giur. it.*, 2010, p. 369, con nota di A. POGGIO). Ma, a parere di chi scrive, in questi casi, 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, a salvaguardia della prevalenza del diritto comunitario. Sul medesimo tema, ma in una diversa prospettiva, v. anche C. giust. 6 ottobre 2009, C-40/08 (c.d. sentenza Asturcom) (in *Foro it.*, 2009, n. 10, *Anticipazioni e novità*, p. 31); C. giust. 10 luglio 2014, C-213/13; C. giust. 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, C-725/19, C-600/19 e C-869/19.

In argomento v. anche P. BIAVATI, *Disapplicazione del giudicato interno ecc.*, in *Riv. trim. 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; F. CORDOPATRI, *La «crisi» del giudicato?*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 894; 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.*, in *Corti europee e giudici nazionali*, cit., p. 49; A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1400.

(39) 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). 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'effi-*

stanziale 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 sostanziale. Dalla funzione-esigenza, attraverso la struttura, si torna alla *funzione-risultato* (40).

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* e *terzietà* del giudice, che è 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

cazia del giudicato civile nel tempo, Milano, 1991; più di recente, M. GRADI, *Cosa giudicata incostituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1190; v. anche la serie di studi di F. MODUGNO, G. SERGES, R. CAPONI, A. CERRI, C. DI SERI, intitolati *Giudicato e funzione legislativa*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2815; F. DAL CANTO, *La violazione del giudicato costituzionale da parte del legislatore per immediata e reiterata riproduzione normativa*, *ivi*, 2011, p. 1016.

(40) 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) 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). 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) è giunto alla conclusione che, di regola, il vincolo investe prima i privati; in realtà, ciò che l'art. 2909 c.c. chiama «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, 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 (C. MANDRIOLI, *La caducazione dei cosiddetti accertamenti anticipati*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, p. 523; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*², cit., p. 13).

A quest'impostazione si contrappone l'autorevole opinione (E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, cit., p. 24; 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.

«parti» (41). *Terzietà* nel senso che 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 (su ciò v. ampiamente oltre, i §§ 77 e 78). Ed in correlazione a ciò, d'altro canto, le parti debbono poter contare (42) 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 intratterremo 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 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, il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di cui al D.Lgs. 14/2019.

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 fun-

(41) 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, 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 *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. Tuttavia, il conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato nei confronti del Senato, sollevato da Cass. sez. un. 19 dicembre 2014 n. 26934 (in *Corr. giur.*, 2015, p. 841, con nota di A. MASTANTUONO), è stato ritenuto infondato da C. Cost. 13 dicembre 2017 n. 262; in senso analogo, poi, Cass. sez. un. 4 maggio 2018 n. 10775.

(42) 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; ID., *Il difficile rapporto tra il giudice e la legge*, Napoli, 2012. V. anche la nota 33 del § 18.

zione 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 della forza da parte dell'ordinamento (43).

In questo caso non si tratta di giudicare (44), 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. 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.

Un terzo tipo di attività giurisdizionale è disciplinato 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* (45).

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 civile, essa non è autonoma, ma strumentale rispetto a quella della cognizione o dell'esecuzione o di entrambe (46).

La funzione propria di questo tipo di attività consiste nell'*ovviare ai pericoli che, durante il tempo occorrente per ottenere la tutela giurisdizionale cognitiva o esecutiva, 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

(43) Sull'argomento, v. C. MANDRIOLI, *Sui caratteri dell'attività giurisdizionale*, cit., p. 175. Altri e più ampi richiami al § 16 con riguardo più specifico all'azione esecutiva.

(44) 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.

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

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

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 di cognizione o di esecuzione: il che rende evidenti 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. Nel primo 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 contraddittorio) in contrapposizione alla *cognizione piena* (47); nell'altro caso, attraverso un'attività analoga a quella dell'esecuzione.

Un quarto tipo di attività – la *giurisdizione volontaria* (48) – 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 civile ed anche nel codice civile e in numerose leggi speciali.

(47) Sulle caratteristiche della tutela sommaria, v. vol. IV, § 44, al richiamo della nota 1.

(48) 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.*, 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; A. CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di volontaria giurisdizione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 431; V. DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1987, p. 325; A. CARRATA, *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, III, Milano, 2010, p. 928; A. CHIZZINI, *La tutela*, cit., p. 268.

Questo tipo di attività – la cui tradizionale denominazione esprime la normale assenza di contestazione su diritti (*jurisdictio inter volentes*) e che è stata autorevolmente definita (49) 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. Essa, infatti, *non tende ad attuare diritti, ma semplicemente a realizzare e ad integrare la 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 all'intervento del giudice civile in caso di contrasto fra i genitori nell'esercizio della responsabilità genitoriale, di cui all'art. 316 c.c.) o *di un determinato potere* (si pensi all'autorizzazione da parte del 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, ritenuti dal legislatore di rilevanza generale (50).

A queste caratteristiche funzionali – che evidenziano la tutela di interessi privati nell'ambito del generale interesse dello Stato alla migliore attuazione dell'ordinamento obbiettivo – corrispondono due *caratteristiche strutturali* tra loro in certo senso contrastanti, nel senso che l'una accomuna la giurisdizione volontaria all'attività giurisdizionale civile, mentre l'altra la distingue nettamente da essa. La prima consiste nel dato di natura soggettiva che anche *la giurisdizione volontaria è attività svolta dal giudice civile* in una posizione che è quella dell'*imparzialità* propria dell'attività giurisdizionale. La seconda caratteristica

(49) Dal CALAMANDREI (*Istituzioni*, I, cit., p. 82), riprendendo un'espressione dello ZANOBINI (*Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, Milano, 1918) impiegata con una portata assai più ristretta e recepita, a sua volta, dallo HÄNEL (*Die Verwaltung des Privatrechts in deutschen Staatsrecht*, I, Leipzig, 1892, p. 169), che pure l'aveva impiegata con significato assai differente. Per queste singolari vicende della denominazione, v. E. FAZZALARI, *Giurisdizione volontaria*, cit., p. 362.

(50) Cfr. C. MANDRIOLI, I «*c.d. procedimenti camerale su diritti*» e ricorso straordinario per cassazione, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 921; E. FAZZALARI, *Procedimenti camerale e tutela dei diritti*, *ibidem*, p. 909; P. CALAMANDREI, *Istituzioni*, I, cit., pp. 54, 81; A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, p. 463; A. CARRATTA, *Processo camerale*, cit., p. 928. Contra C.M. DE MARINI, *Considerazioni sulla natura*, cit., p. 291, secondo cui la giurisdizione volontaria realizzerebbe il diritto obbiettivo. 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».

consiste, invece, nel fatto che la giurisdizione volontaria, proprio perché non avente ad oggetto tutela di diritti soggettivi, si svolge con forme procedurali che presentano l'elemento tipico di concludersi con provvedimenti caratterizzati dalla revocabilità e modificabilità (art. 742 c.p.c.; v. vol. IV, § 58), con la conseguente *inidoneità alla cosa giudicata* (51). 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 (52).

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

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

Abbiamo già visto quali sono, nell'ambito di questa funzione generale, i rapporti tra la cognizione e l'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 della tutela del diritto. Ed è bene dire subito che quando ciò accade, *quando cioè la cognizione si svolge in funzione della successiva esecuzione* (anche se poi questa dovesse non essere effettuata perché, ad es., il debitore ha adempiuto spontaneamente); 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 avan-

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

(52) Per questi rilievi e soprattutto per la provenienza dagli organi giurisdizionali, v. L. MONTESANO (*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), 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; A. CHIZZINI, *La tutela*, cit., p. 275.

ti (53). 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 richiede 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 *cognizione 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 definitivo dopo la stipula di un preliminare) che, appunto perché tale, può essere attuata senz'altro dal giudice della cognizione, senza necessità di operare nel mondo materiale.

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 forzata. Sono i casi in cui l'esecuzione che, come si vedrà, presuppone sempre un «*titolo esecutivo*» (inteso come il docu-

(53) V. oltre, § 15, anche per le indicazioni bibliografiche sulla nozione di condanna (alla nota 39). Sul tema specifico della correlazione necessaria fra condanna ed esecuzione forzata v. i cenni sempre al § 15, nota 41.

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; v. anche ID., *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 (ID., *Il diritto di libertà da indebita coazione: una parte integrante dell'oggetto di ogni processo*, *ivi*, 2011, I, p. 375).

mento 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: art. 474, 2° comma, n. 2 e n. 3 (v. vol. IV, § 9).

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 forzata. E questo anche laddove si tratti di far valere eventuali fatti sopravvenuti allo stesso giudicato (si pensi, ad es., 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, § 38) 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°).

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 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 c.p.c. enuncia che «*la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti*» (v. vol. II, § 62); il che significa attribuzione generalizzata dell'efficacia esecutiva provvisoria a tutte le sentenze di condanna di primo grado. 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, ... sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione, se l'impugnazione appare manifestamente fondata o se dall'esecuzione della sentenza può derivare un pregiudizio grave e irreparabile, pur quando la condanna ha ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti*». Ed una previsione sostanzialmente identica troviamo nell'art. 373 con riferimento all'eventuale giudizio di Cassazione.

È appena il caso di aggiungere che chi intraprende l'esecuzione 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 all'altra parte i danni e di rifondere le spese (v. oltre, § 53).

Per completare il 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 finora 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.

Anche se occorre tener presente che vi sono altri tipi di attività giurisdizionale, che, rispondendo a funzioni diverse da quelle proprie della giurisdizione civile, sono 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 dell'esecuzione) e la giurisdizione amministrativa, che ha anch'essa analoghi caratteri funzionali ed anche strutturali (attitudine al giudicato).

La contrapposizione della giurisdizione alle due altre fondamentali attività statali (legislazione e amministrazione) non è scevra da elementi di convenzionalità (54). Se ci si vuol riferire all'intera linea dell'attività giurisdizionale, che comprende cognizione, esecuzione e cautela (e non soltanto in sede civile) (55), 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.

(54) 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.

(55) Ma 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).

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 concreta (56) 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 il buon funzionamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.).

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 una nozione ampia di 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 propri della giurisdizione, ai quali si è or ora accennato e sui quali ci intratterremo più avanti (v. oltre, §§ 22, 77 e 78).

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