

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., *La giustizia civile tra Costituzione e fede*, Napoli, 2023, p. 5; 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 processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, p. 301; ID., *La decisione*

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

giusta e i suoi presupposti, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023, p. 785; M.F. GHIRGA, *La giustizia «piovuta» dal cielo*, Torino, 2021; A. GIUSSANI, *Efficienza giusta. Percorsi della giustizia civile*, Torino, 2022; G. BASILICO, *Principi, norme, regole sul processo*, in *Studi sulla legge processuale*, a cura della stessa, Roma, 2024, p. 13.

(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, v. 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 dei 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 alla 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 cosa serve l'attività giurisdizionale?

A questa domanda abbiamo, in realtà, già potuto dare una prima approssimativa risposta proprio con le parole – richiamate all'inizio – dell'art. 24, 1° comma, della Costituzione, nel quale abbiamo visto la prima configurazione dell'agire in giudizio *per la tutela dei diritti* e degli interessi legittimi (7). L'attività giuri-

(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

sdizionale civile serve, dunque, alla tutela dei diritti (lasciando per il momento da parte il più complesso discorso che concerne gli interessi legittimi, per il quale v. oltre, § 32, *sub b*).

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. Se allora si tiene presente che è proprio dei diritti 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 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 impedirla o di eliminarne gli effetti nei limiti del possibile.

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

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 rimediale 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 la *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

(10) Cfr. 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; D. MICALI, *Legge processuale e interpretazione*, in *Studi sulla legge processuale*, a cura di G. BASILICO, cit., p. 183.

(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 di 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.

protezione di interessi che stava alla base della norma sostanziale. In questo modo 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 nel passato 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» s'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; R. TISCINI, *Funzione sociale del processo civile e uguaglianza sostanziale*, *ivi*, 2024, p. 601.

(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 vio-

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 *negoziiazione* 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

lazione 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.

(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. LUISO, *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 civile*², cit., I, p. 4.

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

impostazione (23) non autorizzano, tuttavia, a dimenticare che l'aspetto funzionale della 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

(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; 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*).

necessario, dell'organo giurisdizionale. Questo tipo di attività giurisdizionale, che ha, dunque, per oggetto i diritti sostanziali alle modificazioni giuridiche non attuabili se non dal giudice, si chiama perciò *giurisdizione costitutiva 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 necessità (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 necessità dell'attività giurisdizionale ci riconduce alla normalità del fenomeno per il quale l'attività giurisdizionale ha funzione sostitutiva e secondaria, in quanto presuppone una violazione; ossia ci riconduce al fenomeno per cui appunto nella violazione di un preesistente precetto normativo sta l'*esigenza* o *bisogno* della tutela giurisdizionale.

(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, alla 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.

Mentre, quando l'attività giurisdizionale costitutiva è necessaria, tale esigenza o bisogno è, come si suol dire, *in re ipsa*, ossia nel fatto stesso che si sono verificate quelle circostanze fattuali 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.