

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE

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

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

L'art. 24, 1° comma, della Costituzione repubblicana enuncia che «*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*», e pertanto prospetta subito un «giudizio», messo in moto da una certa iniziativa (l'«agire»), configurata per «tutti», e destinata alla «tutela» dei diritti e degli interessi. Questo «giudizio» appare dunque – sotto questo primo profilo generalissimo – come un'attività che procede verso la tutela dei diritti e degli interessi e sul presupposto della obbiettiva *meritevolezza* di tale tutela.

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

Quando parliamo di «processo» ci riferiamo precisamente a questo figurato «procedere», che, qualificato con l'attributo «civile», ci conduce subito alle due espressioni con le quali, da un lato, è designato il «codice di procedura civile» e, dall'altro, è denominata la disciplina della quale incominciamo ad occuparci, ossia il «diritto processuale civile».

Il processo civile.

Da un primo punto di vista puramente empirico, il codice di procedura civile è quell'insieme di norme nelle quali è descritta e disciplinata la suddetta attività del «procedere» – ossia il processo civile – tradizionalmente chiamata «giurisdizione civile». «Diritto processuale civile» è la branca della scienza giuridica che studia la disciplina del processo civile, contenuta in quel gruppo di norme giuridiche che,

Il codice di procedura civile ...

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

... e la giuridicità delle sue regole.

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

La funzione e la struttura delle norme giuridiche ...

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

... e la loro correlazione.

Questa correlazione tra struttura e funzione ispira e qualifica la disciplina di ciascuno dei comportamenti di quei soggetti che, come stiamo per vedere, operano nel processo come protagonisti o soggetti del processo; i quali comportamenti, nel loro complesso, costituiscono l'attività giurisdizionale.

Il diritto processuale civile e il suo oggetto di studio.

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

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

L'attività giurisdizionale e la sua funzione ...

La nozione dell'attività giurisdizionale, dal punto di vista funzionale, deve riferirsi a quella funzione che ispira la disciplina dell'*intera serie* dei comportamenti nei quali si concreta il «procedere» di cui ci occupiamo. È 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, nella quale norma abbiamo visto la prima configurazione dell’agire in giudizio *per la tutela dei diritti* e degli interessi legittimi. L’attività giurisdizionale civile serve dunque (lasciando per il momento da parte il più complesso discorso che concerne gli interessi legittimi, per il quale v. oltre, § 32 *sub b*) alla tutela dei diritti.

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

In perfetta correlazione con questa norma costituzionale sta, d’altra parte, un’altra norma che pure si riferisce all’attività giurisdizionale nel suo complesso e con riguardo al suo scopo globale; una norma opportunamente collocata nel codice civile, nel quale l’attività giurisdizionale viene in rilievo solo sotto un profilo *sintetico*: quello dell’assicurare ai diritti la caratteristica per la quale possono dirsi diritti, ossia precisamente la loro tutelabilità. Dice, infatti, l’art. 2907 c.c. che «*alla tutela giurisdizionale dei diritti* provvede l’autorità giudiziaria ordinaria». Dal che si desume, con assoluta chiarezza, che il risultato, o funzione, che ispira l’attività giurisdizionale, considerata globalmente, è *la tutela dei diritti*. E non – si noti – una particolare categoria di diritti, ma *i diritti* (naturalmente, diritti soggettivi) in genere.

... e dell’art. 2907 c.c. ...

... come tutela giurisdizionale dei diritti ...

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

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

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

L’attività giurisdizionale è *strumentale* rispetto ai diritti che vuol tutelare, poiché costituisce appunto lo strumento per la loro attuazione, nell’ipotesi che tale attuazione non si verifichi spontaneamente. E 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*.

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

Questi due sistemi di norme sono strettamente coordinati tra lo-

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

... mentre l'attività giurisdizionale ne offre l'eventuale tutela secondaria ...

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

... in conseguenza del divieto dell'autodifesa.

Perciò la giurisdizione è attuazione in via normalmente sostitutiva dei diritti sostanziali ...

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

... o composizione delle liti (Carnelutti).

ro. Le norme sostanziali disciplinano direttamente – ossia in via *primaria* – determinati comportamenti umani che il legislatore ha considerato idonei a soddisfare determinati interessi ritenuti meritevoli di protezione. In altri termini, dettando le norme sostanziali, il legislatore ha configurato i diritti soggettivi sostanziali, i quali 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 di determinati soggetti (i c.d. soggetti del processo), apprestano i mezzi per l'attuazione della tutela *secondaria* o tutela, appunto, *giurisdizionale*.

L'altra caratteristica propria dell'attività giurisdizionale, ossia la sua *natura sostitutiva*, va individuata nel fatto che gli organi giurisdizionali si sostituiscono a coloro che avrebbero dovuto tenere il comportamento previsto dalle norme sostanziali *in via primaria*, per attuare *in via secondaria* quella medesima protezione di interessi che stava alla base della norma sostanziale. In questo modo il diritto processuale realizza indirettamente ed in via sostitutiva quella medesima protezione di interessi che sta alla base del diritto sostanziale.

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

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

Questa definizione funzionale della giurisdizione non diverge gran che da altre definizioni proposte da autorevoli giuristi. Così, ad es., la famosa definizione del Redenti che considera la giurisdizione come «attuazione delle sanzioni» esprime in definitiva i medesimi concetti, solo che si tenga presente che per «sanzione» si intende quello che qualcuno chiama il «precepto secondario» contenuto nelle norme sostanziali.

Così la non meno famosa definizione del Carnelutti che vede nella giurisdizione l'attività di «composizione delle liti». Se si tiene presente che la «lite», nel senso tecnico carneluttiano, non è altro che la posizione di contrasto che due o più soggetti assumono rispetto ad un

diritto, appare evidente che tale posizione di contrasto in tanto sussiste in quanto si postula da uno o più di quei soggetti la lesione di una norma sostanziale ad opera degli altri.

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.

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

Questo fenomeno si verifica, in primo luogo, in certi casi nei quali l'ordinamento ritiene di dover sottrarre all'autonomia dei singoli la piena disponibilità di determinate situazioni giuridiche, stabilendo che la costituzione, la modificazione o l'estinzione (ossia gli effetti che si chiamano «costitutivi» in senso ampio) di quelle situazioni giuridiche, non può avvenire che attraverso l'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 attuabili se non dal giudice, si chiama perciò *giurisdizione costitutiva* (nel senso ampio già visto) *necessaria* o *a necessario esercizio giudiziale*. Quella parte della dottrina che chiama diritti potestativi i

Ciò accade nei casi di tutela costitutiva necessaria.

diritti alla modificazione giuridica, indica questo tipo di giurisdizione come quello che ha per oggetto i *diritti potestativi necessari*.

È bene sottolineare che proprio quest'elemento della necessarietà (riferito all'attività giurisdizionale) sta in relazione con la caratteristica per la quale quest'attività giurisdizionale non presuppone alcuna violazione. Va, infatti, tenuto presente fin da ora che, accanto all'attività giurisdizionale costitutiva necessaria – e nel quadro della più ampia nozione di *attività giurisdizionale costitutiva*, che il nostro ordinamento contempla espressamente all'art. 2908 c.c. – esiste un'*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 verificate quelle circostanze che introducono la possibilità della modificazione giuridica attraverso l'insostituibile intervento dell'organo giurisdizionale.

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

L'altro tipo di attività giurisdizionale, che spesso viene accostata a quella costitutiva necessaria come attività che prescinde dalla violazione, è quello di «*accertamento mero*». Qui, in realtà, l'esigenza di tutela o di attività giurisdizionale è determinata da un fenomeno che può essere assimilato alla violazione, e cioè la *contestazione* del diritto, nel doppio senso di contestazione di un altrui diritto che il titolare considera esistente o di *vanto* di un proprio diritto nei confronti di un soggetto che lo ritiene inesistente. Si pensi al soggetto che, pur senza ledere l'altrui diritto di proprietà, lo contesta nel senso che si vanta proprietario esso stesso 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 lo strumento per eliminare questa situazione, ossia lo strumento

per sostituire l'incertezza obbiettiva con la certezza obbiettiva. Questo strumento è l'attività giurisdizionale detta di *accertamento mero*, nella quale espressione l'attributo «mero» sta in relazione col fatto che la funzione dell'accertamento soltanto qui si presenta per così dire allo stato *puro*, ossia senza la sovrapposizione di altre funzioni.

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

La nozione funzionale della giurisdizione.

4. *L'attività giurisdizionale dal punto di vista della struttura. A) La cognizione e i suoi caratteri strutturali: l'attitudine al giudicato sostanziale; l'imparzialità del giudice e l'uguaglianza tra le parti.*

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

Al riguardo, dobbiamo incominciare col constatare che il codice di procedura civile disciplina diversi tipi di attività, con caratteristiche strutturali diverse, a ciascuna delle quali – per quella interdipendenza tra funzione e struttura che abbiamo già posto in rilievo al § 1 – corrisponde una funzione particolare, inserita nell'ampia funzione giurisdizionale civile.

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

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

Il primo è la *cognizione*, ...

Quali sono le caratteristiche strutturali proprie della cognizione? La logica del sistema vuole che queste caratteristiche siano esattamente quelle che consentono all'attività di cui trattasi di meglio conseguire la sua propria funzione o scopo. Si tratta allora di individuare, in primo luogo, la funzione specificamente propria della cognizione.

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

Ricordiamo che i diritti (soggettivi) null'altro sono che quelle po-

sizioni giuridiche dei soggetti che emergono dalle norme sostanziali, le quali, nel compiere la valutazione di determinati comportamenti umani dettano delle regole astratte, ossia *enunciano delle volontà astratte di legge*; ricordiamo, infine, che tali regole astratte divengono concrete nel momento in cui si verifica, nel singolo caso concreto, uno di quei comportamenti presi in considerazione e valutati in astratto dalle norme stesse (c.d. fattispecie concrete); nel momento, insomma, in cui si verifica uno di quei fatti che, in quanto presi in considerazione come idonei a concretare o costituire i diritti, sono chiamati «*fatti costitutivi dei diritti*». Da tutto ciò è logico dedurre che attuazione dei diritti nullo altro significa che attuazione di regole concrete di diritto sostanziale o *volontà concrete di legge*.

Orbene: per attuare una regola concreta di legge, occorre innanzi tutto *formulare* quella regola, ossia enunciarla, appunto, nella sua concretezza. Vale a dire, dopo aver interpretato la volontà legislativa espressa in astratto, *riscontrare ed enunciare che, essendosi verificati quei «fatti costitutivi» ipotizzati come fattispecie astratta nella norma stessa, da quella norma è scaturita una regola concreta* che, per essere attuata, deve prima di tutto essere enunciata. È pertanto chiaro che, proprio *enunciando la regola concreta, si afferma o si nega l'esistenza di un diritto*. D'altra parte, è pure evidente che quest'enunciazione o pronuncia circa l'esistenza di un diritto, in tanto può assolvere alla sua funzione in quanto su di essa sussista un determinato grado di certezza.

A questo punto, la funzione propria dell'attività di cognizione (ossia del «conoscere» una regola concreta o l'esistenza di un diritto) emerge come una funzione di *accertamento*. Più precisamente, la funzione di determinare la certezza sull'esistenza o non esistenza di un diritto. Ma quale certezza? Poiché l'assoluto non è di questo mondo, occorrerà accontentarsi di una certezza relativa, dotata cioè di certe caratteristiche, vale a dire quelle che la rendono idonea ad assolvere alla sua funzione di consentire l'attuazione del diritto. Questo significa che dovrà trattarsi della certezza *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.

Sul piano soggettivo, la trasformazione del convincimento in certezza si verifica con la cessazione di ogni effettiva contestazione interna. Un soggetto, nel suo interno, si considera certo, solo quando cessa di avere dei dubbi e non si pone più il problema. Allo stesso modo, l'ordinamento potrà dirsi certo, quando sarà cessata, nel suo ambito, ogni effettiva possibilità di contestazione, ossia quando sulla pronuncia del giudice si sarà verificata una situazione di incontestabilità, quando cioè su di essa non si potrà più controvertere con possibili effetti pratici.

In ipotesi, questo risultato potrebbe essere conseguito, da un ipotetico ordinamento, anche con una sola norma, che, ad es., stabilisse che la pronuncia del giudice è, appunto, incontrovertibile nel senso che non può costituire oggetto di un riesame utile sul piano pratico; che cioè, appena compiuta, essa esprime la certezza definitiva e immutabile dell'ordinamento. 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 quest'incontrovertibilità è tradizionalmente designata come «*cosa giudicata*», la quale può pertanto essere definita come *la situazione in forza della quale nessun giudice può pronunciarsi su quel diritto sul quale è già intervenuta una pronuncia che abbia esaurito la serie dei possibili riesami*. Ed è appena il caso di precisare che 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 (almeno potenzialmente)*

La struttura più idonea al conseguimento della funzione della cognizione è quella che realizza la suddetta incontrovertibilità ...

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

ad una serie limitata di mezzi di impugnazione, il cui esaurimento (o la rinuncia ad esercitarli) dà luogo all'incontrovertibilità propria della cosa giudicata.

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

Nel nostro codice di procedura civile, questa caratteristica fondamentale è espressa dall'art. 324, che per l'appunto contiene la regola del passaggio in giudicato della pronuncia. Questa norma è rubricata «cosa giudicata formale», ove l'attributo «formale» si contrappone a «sostanziale» ed equivale a «processuale». Si tratta di un fenomeno processuale, poiché è appunto una regola di diritto strumentale o processuale quella che stabilisce quando – ossia, dopo l'esaurimento dei possibili gradi di giurisdizione – nessun giudice può ulteriormente giudicare.

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

Naturalmente questa disciplina dello strumento per mezzo del quale la giurisdizione di cognizione consegue il suo risultato o funzione (*accertamento incontrovertibile del diritto sostanziale*) sta in relazione con il risultato o funzione sostanziale della cognizione. Questo fenomeno è chiamato, appunto, «cosa giudicata sostanziale» e la sua disciplina, 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. Ed è chiaro che «fare stato a ogni effetto» qui significa rendere il diritto oggetto dell'accertamento definitivamente conforme a quello che è stato il risultato dell'accertamento *incontrovertibile*, salve, naturalmente, le conseguenze di eventuali fatti successivi (c.d. *jus superveniens*). Con che il cerchio si chiude: dal diritto sostanziale nasce l'esigenza di tutela giurisdizionale mediante cognizione (perché, ad es., viene contestato un debito); il diritto processuale (processo di cognizione) viene incontro a quell'esigenza, pervenendo all'accertamento incontrovertibile (cosa giudicata formale o processuale), ossia alla definitiva formulazione della regola concreta (ad es.: quel debito esiste in quella determinata misura), che già appartiene al diritto sostanziale. Dalla funzione-esigenza, attraverso la struttura, si torna alla *funzione-risultato*.

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

In correlazione con questa caratteristica strutturale sta poi il rilievo della posizione di *imparzialità* e *terzietà* del giudice, che è ora enunciata nel 2° comma dell'art. 111 Cost. *Imparzialità* nel senso di assoluta equidistanza dagli interessi che concretamente perseguono i soggetti che operano nel processo e che sono detti «parti». *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. Ed in

correlazione a ciò, d'altro canto, le parti debbono poter contare sulla precostituzione del giudice e su una reciproca parità di trattamento, con la concreta possibilità di svolgere un ruolo attivo per influire sull'esito del giudizio; ciò in ossequio a taluni altri principî costituzionali, sui quali ci 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 civile, disciplinato dal codice di procedura civile, è quello detto di *esecuzione forzata*. Alla disciplina di questo tipo di attività è dedicato il libro terzo del codice; nel quale, peraltro, è contenuta anche la disciplina di qualche procedimento di cognizione (le c.d. opposizioni nel processo esecutivo). Inoltre, e come abbiamo già visto, anche le disposizioni generali contenute nel libro primo sono, almeno tendenzialmente, applicabili anche a questo tipo di attività. Infine, numerose leggi speciali disciplinano procedimenti essenzialmente o prevalentemente esecutivi: tra queste, 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 funzione globale della giurisdizione civile. Più precisamente, mentre la cognizione vuol conseguire, come abbiamo visto, l'accertamento incontrovertibile dell'esistenza del diritto, *l'esecuzione forzata vuol conseguire l'attuazione pratica, materiale, del diritto accertato, in via coattiva o forzata*, ossia attraverso l'impiego della forza da parte dell'ordinamento.

In questo caso non si tratta di giudicare, ma di portare ad esecuzione quanto accertato, sempre che non vi sia l'adempimento spontaneo da parte di colui che è tenuto a farlo. E poiché l'esecuzione ha per oggetto i diritti, la multiformità di questi esige che l'attività di cui trattasi assuma caratteri strutturali diversi che possono essere accomunati solo su un dato molto generale: quello del *possibile impiego della forza* per superare eventuali resistenze del soggetto che subisce l'esecuzione. 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 disciplinata dal codice con disposizioni sparse qua e là nei diversi libri, ma prevalentemente nel quarto libro, dedicato genericamente (e con scarso ordine sistema-

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

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

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

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

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

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

La funzione propria di questo tipo di attività consiste nell'*ovviare ai pericoli che, durante il tempo occorrente per ottenere la tutela giurisdizionale 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 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 evidente la strumentalità funzionale – rispetto a questi due tipi di tutela giurisdizionale – della tutela cautelare.

D'altra parte, è pure evidente la mancanza di autonomi caratteri strutturali in questo tipo di attività: da un lato, si tratterà di riscontrare l'esistenza dell'esigenza di tutela e dei pericoli che la minacciano; mentre, dall'altro lato, si tratterà di attuare sul piano materiale o concreto le misure di cautela. Nel primo caso, attraverso un'attività assimilabile a quella della cognizione; e nell'altro, attraverso un'attività analoga a quella dell'esecuzione.

Un quarto tipo di attività giurisdizionale è la *giurisdizione volontaria*; ...

Un quarto tipo di attività – la *giurisdizione volontaria* – 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.

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 come «amministrazione pubblica del diritto privato esercitata da organi giudiziari» (Calamandrei) – 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 o 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 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 *di una persona giuridica* (si pensi alle verifiche 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.

... ha la funzione di tutelare e gestire interessi privati di rilevanza generale.

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 consiste, invece, nel fatto che la giurisdizione volontaria, proprio perché non avente a oggetto tutela di diritti soggettivi, si svolge con forme procedurali che presentano l'elemento tipico del concludersi con provvedimenti caratterizzati dalla revocabilità e modificabilità (art. 742 c.p.c.; v. vol. III, § 106), con la conseguente *inidoneità alla cosa giudicata*.

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 avanti (v. oltre, § 15).

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

Il più delle volte, la cognizione si svolge in funzione dell'esecuzione, ...

... nel qual caso il provvedimento che la conclude si chiama *condanna*.

Ma talvolta l'esigenza di tutela è di sola cognizione ...

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 documento che attesta l'esistenza del diritto in modo sufficientemente certo per poter essere eseguito e che, nelle situazioni finora viste, è di origine giudiziale, e precisamente una condanna; v. oltre, § 16), si fonda *sui titoli esecutivi c.d. stragiudiziali*, ossia di formazione non giudiziale, come sono, ad es., le cambiali, gli assegni, gli atti pubblici, le scritture private autenticate: art. 474, 2° comma, n. 2 e n. 3 (v. vol. III, § 52).

Naturalmente, questa possibilità di far luogo all'esecuzione forzata senza la previa determinazione dell'incontrovertibilità propria del giudicato lascia aperta la possibilità 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 prende il nome di «opposizione all'esecuzione» (v. vol. III, § 81) 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. III, cap. 9°).

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*

... come nell'accertamento mero e nell'attività costitutiva necessaria e anche non necessaria.

Altre volte l'esigenza di tutela è di sola esecuzione forzata; ...

... ciò accade nei casi in cui la certezza sull'esistenza del diritto per l'esecuzione si fonda sui titoli esecutivi stragiudiziali.

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.

Il codice attribuisce alle sentenze di condanna di primo grado un livello di certezza sufficiente per fondare l'esecuzione forzata.

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 (come anche chi esegue un provvedimento cautelare) senza che ancora sussista il massimo grado di certezza dato dal giudicato o comunque senza che questa certezza corrisponda alla realtà, lo fa a suo rischio, nel senso che un'eventuale pronuncia definitiva in senso contrario all'esistenza del diritto fonda l'obbligo di rimessione in pristino e/o di risarcire 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 giurisdiziona-

le, 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. Se ci si vuol riferire all'intera linea dell'attività giurisdizionale, che comprende cognizione, esecuzione e cautela, si deve aver riguardo essenzialmente agli aspetti funzionali, limitando quelli strutturali a quei pochi elementi che sono comuni alla cognizione e all'esecuzione, e cioè, soprattutto, alla posizione di imparzialità dell'organo, nel senso proprio e specifico dell'organo che attua il diritto, senza esser mosso da altro interesse che quello dell'assolvimento di questa funzione obbiettiva (c.d. «terzietà»), nonché, e correlativamente, al riconoscimento alle parti di un ruolo attivo che possa in qualche modo influire sull'esito del processo.

Ciò premesso, si può dire che l'attività giurisdizionale si distingue dall'attività legislativa per il fatto che quest'ultima detta regole generali ed astratte quali sono le norme giuridiche, mentre la giurisdizione opera sempre con riferimento concreto ai casi singoli, o formulando una regola concreta 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 e §§ 77 e 78).

Solo sotto il profilo funzionale la giurisdizione può essere affiancata e contrapposta alle altre due attività fondamentali dello Stato (legislazione e amministrazione).

A parte va considerata la c.d. giurisdizione volontaria.

Bibliografia di orientamento

F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985; C. MANDRIOLI, *Giurisdizione (in generale)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987; C. MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano, 1955; M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002; A.A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, Bologna, 2011; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Studi in onore di V. Coesanti*, II, Napoli, 2009; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012; E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014; A. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione europea e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015; F. CARPI, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016; A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Il Codice Civile. Commentario*, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018; G. BALENA, *Alla ricerca del processo ideale, fra regole e discrezionalità*, in *Giusto proc. civ.*, 2018; A. CARRATTA, *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019; N. TROCKER, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2019; C. CAVALLINI, *Riflessioni sulla giustizia civile*, Milano, 2019; A. PROTO PISANI, *Dieci studi sul processo in ricordo di Virgilio Andrioli*, Napoli, 2019; M. TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020; A. CARRATTA, *Cognizione sommaria e semplificazione processuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2020; M.F. GHIRGA, *La giustizia «piovuta» dal cielo*, Torino, 2021; A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022; P.C. RUGGERI, *Privacy e processo civile*, Roma, 2022; A. CARRATTA, *La decisione giusta e i suoi presupposti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2023.