

GIUSEPPE CHIOVENDA  
PROFESSORE ORDINARIO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ISTITUZIONI  
DI  
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

VOLUME II SEZ. I

*Waldemar Jovene*  
I RAPPORTI PROCESSUALI — IL RAPPORTO  
PROCESSUALE ORDINARIO DI COGNIZIONE

2<sup>a</sup> EDIZIONE RIVEDUTA ED EMENDATA



40. II. 38

CASA EDITRICE  
DOTT. EUGENIO JOVENE  
(GIÀ NICOLA JOVENE & C.)  
NAPOLI — MEZZOCANNONE, 109  
1936 - XIV



PARTE TERZA  
I RAPPORTI PROCESSUALI

LIBRO I.  
I PRESUPPOSTI PROCESSUALI

TITOLO I.  
PRESUPPOSTI CONCERNENTI GLI ORGANI  
DELLO STATO

CAPO I.  
LA GIURISDIZIONE

§ 19.

LA FUNZIONE GIURISDIZIONALE.

CHIOVENDA, *Principii*, §§ 13, 14, 14 bis, 18.

137. *Definizione.* — Il primo presupposto processuale, cioè la prima condizione perchè la domanda giudiziale possa essere esaminata in merito, è, come si è visto (num. 18 e, num. 20), che la domanda sia rivolta a un organo dello Stato rivestito di giurisdizione.

La giurisdizione si può definire *la funzione dello Stato che ha per iscopo l'attuazione della volontà concreta della legge mediante la sostituzione dell'attività di organi pubblici alla attività di privati o di altri organi pubblici, sia nell'affermare l'esistenza della volontà della legge sia nel mandarla praticamente ad effetto.*

1 — CHIOVENDA - *Dir. Proc. Civ.*



Secondo che il diritto fu popolare o fu regio, la giustizia fu amministrata dal popolo (collettivamente nell'assemblea popolare o per opera di giudici popolari) o dal monarca (personalmente o per mezzo dei suoi funzionari). Nell'ordinamento giudiziario franco, i due elementi sono misti in questo modo, che i giudici popolari (scabini) trovano ed emanano la sentenza, il funzionario regio dirige la causa e *proclama* la sentenza.

Negli Stati moderni i giudici sono funzionari, e di solito impiegati, **dello Stato**. Partecipazione di privati non impiegati dello Stato all'amministrazione della giustizia è ammessa solo limitatamente: commercianti nei tribunali commerciali; datori di lavoro e lavoratori nelle controversie del lavoro; privati cittadini nei tribunali speciali (num. 167, 168); assessori in materia penale (in Inghilterra anche giurati civili, in lenta desuetudine). Sebbene poi negli Stati monarchici, come il nostro, i giudici appaiano come impiegati regi, istituiti dal Re e sentenzianti in suo nome (cod. proc. civ., art. 54; Statuto or ora citato, art. 68), essi non rappresentano la persona del Re, non sono *delegati* dal Re a rendere giustizia; il Re stesso non può render giustizia: i giudici sono organi autonomi **dello Stato**.

Un principio democratico presiede anche alla formazione dei funzionari giurisdizionali, come degli altri funzionari pubblici; è lo stesso principio che si manifesta nella forma rappresentativa parlamentare, nella tendenza al decentramento amministrativo e al rinviamento delle autonomie locali (*Self government*), cioè la *partecipazione più o meno diretta dei governati al governo della cosa pubblica*. I funzionari giurisdizionali non sono nominati a capriccio dal governo; gli uffici non sono assegnati a mo' d'un beneficio, come accadeva in altri tempi, molto meno poi ceduti al miglior offerente o trasmessi per eredità: ma le nomine avvengono secondo norme fissate per legge, che aprono la via ai più idonei e ai più volenterosi. Inoltre gli uffici giudiziari più delicati sono *rimunerati direttamente dallo Stato*: non rendono lucri, e questi più o meno grandi secondo gli affari trattati. Così, mentre in altri tempi (vol. I, pp. 64, 132, 134) chi era investito d'un ufficio si sentiva investito di un vero diritto patrimoniale; e tra i vari uffici nascevano quelle gelosie, quegli antagonismi, quelle usurpazioni che sogliono sorgere, ad esempio, fra le



4  
 varie proprietà; nel nostro sistema i diversi uffici pubblici, e i giuridiziari in specie, concessi dallo Stato ai più adatti fra i richiedenti, remunerati direttamente dallo Stato, regolati nella loro attività e nei loro rapporti dalla legge, appaiono come il frazionamento armonicamente coordinato dell'azione pubblica nell'interesse generale.

139. *La giurisdizione e le altre funzioni della sovranità.* — Fra le tre funzioni della sovranità noi vediamo una più o men chiara separazione concettuale, ma spesso difficile a determinare. Se la contrapposizione è abbastanza semplice fra funzione legislativa e giurisdizionale, perchè a quella appartiene porre le norme regolatrici della attività dei cittadini e degli organi pubblici (num. 1), a questa attuarle (num. 11), è meno facile dare un criterio differenziale dell'amministrazione dalla giurisdizione, tale che valga per tutti i casi: perchè anche l'amministrazione si può contrapporre alla legislazione come attuazione di legge.

Quando si esamina la differenza delle funzioni, non si può senza petizione di principio risolvere la questione guardando agli organi che ne sono investiti: perchè la separazione delle funzioni nel senso che siano affidate ad organi diversi, non può sempre praticamente realizzarsi, sebbene essa rappresenti una giustificata tendenza delle leggi moderne.

Giustificata tendenza perchè vi è una incompatibilità psicologica tra l'ufficio del legiferare e quello dell'attuare la legge. Vi è una incompatibilità psicologica anche maggiore fra l'ufficio dell'amministratore e l'ufficio giurisdizionale, perchè l'amministratore può essere dominato dalla considerazione dell'interesse dello Stato. Onde la convenienza che la funzione giurisdizionale sia affidata ad organi autonomi, perchè chi attua la legge non segua altra guida se non ciò che egli ritiene essere la volontà della legge, secondo la sua scienza e coscienza. Occorre ancora che questi organi siano indipendenti, per impedire le intromissioni dell'amministrazione nella giustizia (giustizia di gabinetto).

Queste esigenze sono maggiori nel periodo della cognizione, nel quale dovendo accertarsi la volontà della legge in base a un giudizio logico, è maggiore il pericolo che questo sia influito da prevenzioni

soggettive, o da pressioni esterne. Ma il pericolo esiste anche nella esecuzione forzata: onde non è per sole ragioni di semplificazione amministrativa che essa è affidata ai tribunali. E se alcune funzioni esecutive sono affidate direttamente agli ufficiali giudiziari, ciò vedremo esser riguardato come un pericolo.

L'esigenza della separazione organica della funzione giurisdizionale dalle altre è così forte, che la vediamo attuata anche in Stati assoluti: ma attuata imperfettamente, in base a concetti logici e tecnici, non politici. Nello Stato assoluto la legge essendo la volontà di un solo o di pochi, gli organi giurisdizionali sono gli esecutori della volontà d'uno o di pochi, e soggetti alla mutabilità e agli arbitrii di costoro. Nel moderno Stato costituzionale invece la legge risulta dalla cooperazione di più volontà concorrenti a formarla, nel quale concorso partecipano più o meno direttamente tante volontà di membri dello Stato, che la legge si sente veramente come una volontà generale o collettiva, a cui tutti sono soggetti, compresi gli organi dello Stato (*Stato di diritto*: sopra num. 2). L'azione dello Stato assume così la certezza e la precisione propria dei rapporti giuridici.

L'autonomia della funzione giurisdizionale ha dunque nello Stato moderno anche un significato affatto nuovo. L'esempio della indipendenza che l'ordine giudiziario in Inghilterra aveva conquistato di fronte al re, le teorie di scrittori inglesi (LOCKE), tedeschi (COCCIO, cfr. vol. I, p. 134) e francesi (MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XI, 6), fecero accogliere nella più parte degli Stati moderni il principio della « divisione dei poteri », come un'eccellente garanzia di libertà. Le funzioni dello Stato devono ripartirsi fra organi diversi, i quali procedendo per legge in modo autonomo e indipendente l'uno dall'altro e dovendo osservare limiti rigorosamente tracciati dalla legge, presentano il potere dello Stato, sebbene uno nella sua essenza, come frazionato nell'esercizio in modo da rendere più difficili le usurpazioni. A questo modo la giurisdizione si offre ai cittadini come la migliore garanzia della osservanza della legge, sottratta alle mutevoli correnti della amministrazione e della politica.

La teoria della divisione dei poteri, nelle sue prime applicazioni in Francia, fu intesa in un senso rigido e meccanico: così che ogni organo non dovesse avere che una funzione e non potesse ingerirsi



nell'azione dell'altro nemmeno per sindacarla o correggerla. Ciò dipendeva in parte dagli inconvenienti cui aveva dato luogo il potere preponderante assunto dal più importante organo giurisdizionale francese, il parlamento, rispetto all'amministrazione e allo stesso potere regio. Onde il principio che « i giudici non potessero, sotto pena di « fellonia, turbare in qualsivoglia modo le operazioni dei corpi amministrativi a causa delle loro funzioni » (L. 16-24 agosto 1790, Tit. II, art. 13; Cost. 1791, cap. 5, art. 3; Cost. 1795, art. 203).

Ma queste sono oggi riconosciute come esagerazioni. Alla separazione concettuale delle funzioni, non può corrispondere una separazione assoluta di poteri. La distribuzione avviene in modo approssimativo, nell'interesse del libero andamento della cosa pubblica. Organismi legislativi hanno funzioni amministrative (provvedimenti delle Camere sul loro servizio interno; inchieste parlamentari; deliberazioni di costruzione di opere pubbliche ecc.). Organi giurisdizionali hanno funzioni amministrative (disciplina; giurisdizione volontaria). Organi amministrativi hanno funzioni legislative (decreti-legge, decreti-legislativi, regolamenti d'esecuzione, regolamenti delegati), e hanno funzioni giurisdizionali (il ministro, ad esempio, in materia di leva e dogana).

Soprattutto poi, si ammette che tra i diversi organi non vi debba essere contrapposizione, ma coordinazione.

Di fronte agli organi legislativi, il giudice può avere entro certi limiti, la facoltà di sindacare la legittimità dei loro atti (più innanzi, num. 144).

Di fronte agli organi amministrativi, questo *sindacato giurisdizionale* è considerato dalla moderna tendenza come il mezzo più efficace per mantenere l'attività amministrativa nei limiti della legge. Questo sindacato può essere *indiretto*: come quando il giudice penale esamina se un ordine dell'autorità amministrativa fu *legalmente dato*, per punire o no il contravventore (cod. pen., art. 650). Ma può essere *diretto*: come quando s'impugna direttamente davanti l'autorità giurisdizionale (ordinaria o speciale) la legittimità dell'atto amministrativo. Entro che limiti ciò possa avvenire si vedrà più innanzi (num. 171).

Tutto ciò premesso, e considerata soprattutto la possibilità che un organo appartenente organicamente all'Amministrazione abbia funzio-

ni giurisdizionali, si presenta tanto più necessaria la ricerca d'un criterio diverso dal criterio organico per differenziare la giurisdizione dall'amministrazione, la sentenza dall'atto amministrativo, l'azione dal ricorso gerarchico. L'importanza pratica di questa differenziazione sta in ciò, che l'attività amministrativa e l'attività giurisdizionale hanno *effetti* diversi (si pensi alla cosa giudicata che è effetto caratteristico ed esclusivo della decisione giurisdizionale) e sono regolate da norme diverse, soprattutto per quanto concerne la impugnazione degli atti: l'atto amministrativo definitivo è impugnabile col ricorso alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato o alle Giunte Provinciali amministrative (testi unici 26 giugno 1924, n. 1054 e 1058, art. 26 e 1), ricorso che non è ammesso contro atti di organi amministrativi aventi carattere giurisdizionale; e viceversa gli atti di organi amministrativi aventi carattere giurisdizionale sono impugnabili con ricorso alle Sezioni Unite della corte di cassazione (art. 3, n. 3. legge 31 marzo 1877, n. 3761).

140. *La giurisdizione come sostituzione d'attività.* — Questa ricerca di un criterio di differenziazione ha dato luogo a vive questioni. Osservo:

1. Non può trovarsi il criterio nelle *garanzie esteriori* della funzione (indipendenza del funzionario; forme processuali; diritto di difesa; diritto al contraddittorio), perchè può aversi una giurisdizione che ne manchi, e viceversa atti amministrativi possono essere circondati di uguali garanzie (art. 3 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E).

2. Non nella natura *pubblica* o *privata* dell'interesse, quasiché l'atto amministrativo avesse per oggetto l'utilità pubblica, e l'atto giurisdizionale l'utilità privata; perchè spesso l'attività amministrativa tutela interessi privati, e spesso l'attività giurisdizionale (si pensi alla giurisdizione penale e alla giurisdizione amministrativa) tutela interessi pubblici.

3. Non nella diversità del procedimento logico che precede l'atto, quasiché l'organo giurisdizionale agisse sempre in base a una precisa norma di legge, ed egli solo dovesse essere imparziale, e l'amministratore invece agisse in base a una libera valutazione (potere discrezionale) della utilità dello Stato; perchè anche l'amministra-



tore può trovarsi di fronte ad una precisa norma di legge da applicare, e deve in ogni caso agire imparzialmente, nel senso ch'egli non persegue l'utilità dello Stato ad ogni costo, ma il bene dello Stato nella giustizia; mentre a sua volta il giudice ha talvolta poteri discrezionali (cod. civ., art. 544, 578; cod. proc. civ., art. 363, n. 1), cioè libertà intellettuale di apprezzamento delle circostanze da cui trae la norma di condotta. Del resto si può concepire, e talora si dà, sindacato giurisdizionale su atti discrezionali: in questo caso il giudice e l'amministratore hanno la stessa sfera di apprezzamento.

4. Non nella idea che la giurisdizione proceda per via di sanzioni, perchè anche l'amministrazione applica talvolta sanzioni (multe, soprattasse ai privati; pene disciplinari agli impiegati), mentre vi sono provvedimenti giurisdizionali (sentenze di mero accertamento) a cui l'idea della sanzione può essere affatto estranea.

5. Non nella prevalenza che negli atti amministrativi si dà al momento della volontà, negli atti giurisdizionali si dà al momento del giudizio logico; perchè questo criterio, che ha di mira soltanto la sentenza del giudice e trascura gli atti giurisdizionali diversi da questa, è poco preciso: la sentenza si esaurisce essenzialmente in un atto di volontà, emanato il quale le premesse logiche perdono importanza (num. 11, 32, 115), mentre d'altro lato anche gli atti amministrativi hanno premesse logiche di cui sono la necessaria conseguenza. Guardati in se stessi atto di volontà e giudizio logico hanno un valore unico e costante.

Utilizzando ciò che di vero è contenuto in tutti questi modi di vedere, a me è sembrato che il criterio veramente differenziale, rispondente cioè alla essenza delle cose, stia in ciò che l'attività giurisdizionale è sempre una *attività di sostituzione*: è cioè la *sostituzione* di un'attività pubblica ad una attività altrui. Questa sostituzione avviene in due modi, corrispondenti ai due stadi del processo, cognizione ed esecuzione. a) Nella cognizione, la giurisdizione consiste nella sostituzione definitiva e obbligatoria dell'*attività intellettuale* del giudice all'attività intellettuale non solo delle parti ma di tutti i cittadini nell'affermare esistente o non esistente una volontà concreta di legge *concernente le parti*. Per bocca del giudice la volontà concreta della legge si afferma così e si attua come se ciò avvenisse per

una forza sua propria, automaticamente. È il concetto di Cicerone: *vere dici magistratum legem esse loquentem* (De leg., III, 1). Nella sentenza il giudice si sostituisce per sempre a tutti nell'affermare esistente un obbligo di pagare, di dare, di fare o non fare; nell'affermare esistente il diritto alla separazione personale o alla risoluzione d'un contratto; o voluta dalla legge una punizione. Questa funzione non può meglio significarsi che colle parole *giudice, giudicare*: ma anche queste parole possono essere intese in sensi diversi, come accade quando si dice « ciascuno è giudice delle proprie azioni » e quando si dice « nessuno è giudice in causa propria ». Nella giurisdizione si parla di giudice in questo secondo senso « cioè di giudice *in causa altrui* ». b) Quanto all'attuazione definitiva della volontà accertata, se si tratta di una volontà che non può eseguirsi che dagli organi pubblici, questa esecuzione *in se* non è giurisdizione: così non è giurisdizione l'esecuzione della sentenza penale. Ma quando si tratta di una volontà di legge che deve eseguirsi dalla parte in causa, la giurisdizione consiste nella *sostituzione* dell'attività materiale degli organi dello Stato all'attività dovuta, sia poi che l'attività pubblica abbia solo per iscopo di costringere l'obbligato ad agire, o che miri direttamente al risultato dell'attività (sopra, num. 86). In ogni caso vi è dunque un'attività pubblica spiegata *in luogo d'altri* (non, si intende, *in rappresentanza* di questi altri).

Questo manca nell'amministrazione. L'amministrare è una attività per se stante, imposta direttamente e immediatamente dalla legge ad organi pubblici. Come il proprietario agisce per *proprio conto*, nei limiti del suo diritto di proprietà, così l'amministrazione pubblica, nei limiti del suo potere, agisce per proprio conto, non in luogo d'altri. Quando essa soddisfa, riconosce, reintegra o ripara diritti altrui, con ciò non fa cosa diversa da ciò che fa il debitore pagando il creditore, o il possessore restituendo la cosa al proprietario.

In altri termini il giudice agisce *attuando la legge*; l'amministrazione agisce *in conformità della legge*; il giudice considera la legge in se stessa; l'amministratore la considera come norma della propria condotta. E ancora: l'amministrazione è un'attività *primaria* o *originaria*; la giurisdizione è un'attività *secondaria* o *coordinata*.



Così può intendersi la diversa funzione che ha il giudizio logico rispetto alle due attività. Anche l'amministrazione giudica, perchè non si agisce se non in base a un giudizio: *ma giudica sull'attività propria*. Invece la giurisdizione giudica *dell'attività altrui e d'una volontà di legge concernente altri*.

Si noti: talora l'amministrazione giudica dell'attività propria ma in vista di un'attività altrui: e viceversa, quando il giudice pronuncia un giudizio sull'attività altrui, giudica insieme di ciò ch'egli stesso deve fare: giudica se ha l'obbligo di provvedere in merito (ad esempio: se è competente) e giudica poi di ciò che egli deve fare per sostituire l'attività altrui, correggerla o ripararla. Ma nell'amministratore prevale il giudizio *sull'attività propria*, nel giudice quello *sulla attività altrui*. Così si può parlare d'una diversa *accentuazione*. Il giudizio eventuale sull'attività altrui nell'amministratore non è che una delle determinanti della volontà e dell'attività amministrativa, e quindi meramente occasionale, superficiale e provvisorio: nel giudice invece è un giudizio riflesso, apposito, di cui l'ulteriore attività del giudice non è che la conseguenza.

Certo qui è facile ricadere nell'indeterminato, specialmente nel campo della tutela cautelare o preventiva del diritto. Il pretore che ordina un sequestro o provvede contro un danno temuto o una nuova opera, sembra compiere un'attività intrinsecamente affine a quella dell'agente della forza pubblica che impedisce al ladro di borseggiare, o del podestà che ordina lo sgombrò di una casa pericolante e ingiunge al proprietario di eseguirne le riparazioni, con minaccia di eseguirle d'ufficio. Pure una distinzione è possibile anche in questi casi.

L'agente della forza pubblica ha per compito di difendere l'ordine pubblico: quindi egli non giudica dell'atto del ladro che tenta di rubare per stabilire se sia veramente un tentativo di furto, ma solo per determinarsi ad intervenire per impedire il furto che crede imminente. Spetterà poi al giudice penale di stabilire se si trattava proprio di un tentato furto e se in conseguenza si sia formata una volontà concreta di legge per la sua punizione. Il podestà ha per compito di tutelare la sicurezza degli abitanti, dei passanti, dei proprietari vicini contro le case pericolanti, d'impedire la deturpazione

che proviene alla città da una rovina: quindi egli giudica del pericolo non tanto per stabilire se il proprietario sia tenuto o no a riparare la sua casa, quanto per determinarsi a impedire nell'interesse pubblico una rovina veramente minacciata. Invece il giudizio del pretore, sebbene provvisorio, cade in prima linea sull'attività dovuta da altri, su ciò che altri deve fare o non fare.

Vi è dunque una fondamentale differenza fra le decisioni meramente amministrative e le giurisdizionali, fra il *ricorso gerarchico e l'azione*. La decisione amministrativa può divenire definitiva, o perchè non vi sia più un superiore a cui ricorrere, o perchè non si ricorra nel termine stabilito: ma essendo essa una dichiarazione di ciò che l'amministrazione intende fare, in quanto ritenga *se stessa* obbligata o no a fare o autorizzata ad esigere, essa è per sua natura *revocabile* a meno che abbia dato origine a diritti altrui. Similmente un debito può derivare da un atto amministrativo irrevocabile; ma questo atto non afferma che il debito esistesse prima dell'atto stesso, o che si avesse dall'amministrazione diritto di costituirlo. Invece la decisione giurisdizionale afferma la preesistente volontà della legge che la prestazione si compia o che il diritto alla prestazione sia costituito; essa produce la cosa giudicata, è irrevocabile di fronte alle parti e al giudice. Del resto, quanto al loro funzionamento interno, la gerarchia amministrativa e la giurisdizionale si comportano ad un modo. Il superiore non giudica tanto dell'attività dell'inferiore, quanto dell'attività dovuta dall'amministrazione per cui egli stesso agisce. Il giudice d'appello non giudica dell'attività del giudice di primo grado, ma di quella stessa attività della parte di cui ha giudicato il primo giudice.

Da quanto si è detto consegue che può benissimo concepirsi una giurisdizione sopra atti amministrativi. Questa si ha quando vi sia una vera *sostituzione* di organi dello Stato ad organi dello Stato o nell'affermare la esistenza o inesistenza di una volontà di legge o nell'eseguirla: in modo che gli uni giudichino dell'attività dovuta dagli altri, agiscano in luogo degli altri. Se vi sia questa sostituzione è spesso difficile stabilire in pratica tanto più (si è già detto) quando l'organo che agisce ha natura amministrativa: trattasi di ricercare la intenzione della legge, e per determinare codesta intenzione po-



tranno giovare anche quei criteri che sopra vedemmo esser invece inadeguati a fissare l'essenza della giurisdizione, come la posizione dell'organo giudicante, e le forme e garanzie processuali; soprattutto gioverà la natura della questione, perchè se dalla legge risulta che si è voluta concedere una vera azione, a questa deve corrispondere la esistenza di una giurisdizione; gioverà ancora la natura dell'organo che ha provveduto in primo grado, poichè se questo ha natura giurisdizionale, deve ritenersi giurisdizionale anche l'attività di secondo grado.

141. *Giurisdizione ed esecuzione.* — Secondo la data definizione anche la esecuzione forzata è giurisdizione: e invero in essa appunto si compie l'attuazione della legge mediante una sostituzione d'attività. Conseguentemente gli organi esecutivi sono organi giurisdizionali in quanto siano autonomi nel loro ufficio, compresi gli ufficiali giudiziari (uscieri), che l'art. 41 cod. proc. civ. rende appunto autonomi di fronte ai giudici.

Bisogna collegare l'esecuzione allo scopo finale del processo. Non soltanto quando nel corso dell'esecuzione sorgono contestazioni che occorre risolvere (o sull'esistenza dell'azione esecutiva o sulle singole misure esecutive), si ha giurisdizione; ma l'applicazione stessa delle misure esecutive è giurisdizione, perchè coordinata all'attuazione della legge. L'applicazione di queste misure è ripartita fra giudice ed ufficiale giudiziario: vi sono procedimenti esecutivi che si svolgono per opera del solo ufficiale giudiziario senza intervento di giudice (cod. proc. civ., art. 643); in ciò l'attività del giudice e quella dell'ufficiale giudiziario sono evidentemente identiche; quella e questa sono attuazione autoritativa della legge, e se vi è differenza fra le due è differenza quantitativa non qualitativa, perchè il giudice ha funzioni più difficili e gravi, l'ufficiale giudiziario più semplici e meccaniche.

Nella dottrina italiana, invece, quando io esponevo queste idee nei « *Principii* », dominava l'opinione che l'esecuzione fosse mero esercizio d'impero, attività amministrativa, e che la giurisdizione si limitasse alla cognizione e si esaurisse colla sentenza. Dato il concetto allora comune dello scopo processuale (definizione di contro-

versie) questo s'intendeva. Ma non era plausibile il tentativo di giustificare questo concetto con l'idea romana del *ius dicere*, connessa al particolare ordinamento giudiziario dei Romani. È solo nel diritto comune che si è svolto il principio « *iurisdictio in sola notione consistit* », accettato poi dalla dottrina italiana e francese: ed anche questa fu conseguenza di quel fenomeno di supervalutazione dell'elemento logico nel processo, che a suo tempo (num. 32) ho tratteggiato.

Ora noi non dobbiamo contrapporre *impero* e *giurisdizione*, come cose qualitativamente diverse: la giurisdizione non è invece che un complesso d'atti d'impero raggruppati per un dato scopo che lo caratterizza, ed emanati in virtù dei corrispondenti poteri posti a servizio di questo scopo e della funzione giurisdizionale (innanzi, numero 143).

Nel frattempo la esattezza della nuova dottrina ha avuto una conferma ufficiale, perchè quando si trattò di dare esecuzione all'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, che, ammettendo le donne a coprire tutti gli impieghi pubblici, escluse « quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali », fu dichiarato coll'art. 4, n. 3 del regolamento 4 gennaio 1920, n. 39, che questa esclusione comprendeva gli *impieghi di cancelleria* e le *funzioni di ufficiale giudiziario*; e la relazione al Re su questo regolamento spiegò che la funzione di cancelliere implica *intrinseche attribuzioni giurisdizionali nella esecuzione* (bandi immobiliari, art. 669, 681, 689 cod. proc. civ.; note spese, graduazioni, art. 714 e segg.) ed è inscindibile dalla funzione del giudice e integratrice della giurisdizione; e gli ufficiali giudiziari hanno *nettissime funzioni giurisdizionali nella esecuzione specie mobiliare*.

In Germania è tradizionale la dottrina che l'esecuzione sia giurisdizione. Perciò quando si trattò di accogliere il principio francese dell'autonomia degli uscieri, molti lo combatterono, come porta aperta alla « giustizia di gabinetto » date le scarse garanzie d'indipendenza degli uscieri. Accolto tuttavia quel principio, la dottrina dominante attribuisce all'usciera carattere giurisdizionale.

142. *La cosiddetta giurisdizione volontaria. La conciliazione.* — Non rientra viceversa fra le attività giurisdizionali la cosiddetta « giu-



risdizione volontaria » la quale non è affatto « giurisdizione » nel senso che testè vedemmo. Quindi il contrapposto tradizionale fra « giurisdizione volontaria » e « contenziosa » è oggi improprio. Si chiamò con nome romano « *iurisdictio voluntaria* » nella dottrina e pratica del processo italiano medievale quel complesso di atti che gli organi della giurisdizione compievano di fronte a un solo interessato o sull'accordo di più interessati, « *in volentes* »: e il nome si riferì poi anche a designare quelli fra tali atti che passarono col tempo dalla competenza dei giudici ordinari a quella dei notai. Dai processi simulati davanti al giudice si passò (vedi sopra, num. 74) alla costituzione di istrumenti con clausola di *guarentigia* rilasciata da notai, detti perciò *iudices chartularii*. Cfr., ad esempio, JACOPO BOTTRICARI, *lect. super* 1, 3, *Cod. ubi et apud quem cogn.*, 2, 47: « Attende, quod *iudices chartularii sunt illi, qui sunt ordinarii et habent iurisdictionem inter volentes tantum, et multi sunt in Tuscia; nam quasi omnes tabelliones sunt iudices ordinarii et faciunt instrumenta debiti et mandant in eodem instrumento debitori volenti et sponte confitenti, quod solvat usque ad talem diem* ».

Il nome si desunse dunque dalla funzione abituale dell'organo giurisdizionale. Ancor oggi noi vediamo che una gran parte di atti di volontaria giurisdizione sono affidati ai giudici. Questo non toglie che tali atti siano atti di *semplice amministrazione*; ma trattandosi di atti che richiedono una speciale attitudine e speciali garanzie di autorità negli organi a cui sono affidati, è naturale che lo Stato utilizzi per rispondere a queste esigenze la stessa ordinaria gerarchia giudiziaria.

Ma non tutti gli atti così detti di volontaria giurisdizione sono compiuti dagli organi giudiziari. Anche fra gli atti degli organi amministrativi, ve ne ha che sono perfettamente affini a quelli che la legge affida come volontaria giurisdizione ai giudici, quantunque non siano disciplinati nel codice di procedura civile.

La giurisdizione volontaria è dunque una particolare forma di attività dello Stato, esercitata in parte dagli organi giudiziari, in parte dagli amministrativi, e appartenente alla *funzione amministrativa*, ma pure distinta dalla massa degli atti amministrativi, per certi particolari caratteri.

Questa distinzione c'interessa qui in quanto occorre differenziare gli atti di giurisdizione volontaria affidati ai giudici ordinari dagli atti di giurisdizione vera e propria. E questa differenziazione ha grande importanza pratica perchè:

a) Il provvedimento di volontaria giurisdizione, come atto di pura amministrazione, per sè non produce *cosa giudicata*; l'interessato può sempre ottenere la revoca d'un decreto negativo, e la modificazione o la rinnovazione d'un decreto positivo rivolgendosi allo stesso organo che l'ha emanato e convincendolo di avere errato. L'interessato può anche servirsi del reclamo alla autorità superiore (cod. proc. civ., art. 781); ma questo diritto di reclamo, facoltativo e senza termini, non attribuisce alcun carattere giurisdizionale al provvedimento emanato o a quello da emanarsi: esso non ha nemmeno l'importanza del reclamo gerarchico nel campo amministrativo, perchè nel campo della giurisdizione volontaria il difetto di reclamo non rende *definitivo* il provvedimento dell'autorità inferiore. In ogni caso poi un decreto di giurisdizione volontaria può essere impugnato in sede giurisdizionale per difetto di condizioni (ad esempio, perchè un'autorizzazione a contrarre un mutuo fu data a chi non aveva la legittima rappresentanza dell'incapace): nè il terzo per salvare i diritti acquistati in base al decreto impugnato potrebbe eccepire la cosa giudicata; esso è invece ammesso dalla giurisprudenza prevalente a fondarsi a questo fine sulla natura pubblica, autoritativa del decreto oppure sulla analogia con altri casi di protezione dei terzi di buona fede (ad esempio: il caso di chi contratta col padre di nascituri non concepiti autorizzato dal tribunale ex art. 224 cod. civ. anzichè coll'amministratore ex art. 860 cod. civ., è equiparato al caso di chi contratta coll'erede apparente come all'art. 933 cod. civ.: così la corte di cassazione in numerose sentenze recenti e, da ultimo, 22 maggio 1931 nel *Foro ital.*, 1932, p. 1315). Invece l'atto giurisdizionale per eccellenza, la *sentenza*, porta con sè come sappiamo la cosa giudicata. Ciò anche quando essa può facilmente modificarsi, pel facile mutare delle circostanze, che cambia il fondamento della questione decisa (ad esempio, sentenza d'interdizione).

b) Contro i *decreti* di volontaria giurisdizione non è ammesso ricorso in cassazione; ciò si deduce sia dalla lettera della legge (cod.



PARTE III — I RA...  
 proc. civ., art. 88 e 517), sia dalla natura stessa della corte di cas-  
 sazione.

Ora per questa differenziazione non giova ricorrere ad alcuni ca-  
 ratteri estrinseci che i procedimenti di volontaria giurisdizione pre-  
 sentano a norma degli art. 778 e 782 cod. proc. civ., e precisamente  
 questi, che essi si svolgono su ricorso « senza contraddittore »; che  
 il magistrato provvede in « camera di consiglio », cioè senza tratta-  
 zione alla pubblica udienza, e con decreto.

Questi caratteri estrinseci non bastano a darci il criterio distin-  
 tivo della « giurisdizione volontaria »: da un lato essi sono comuni  
 anche ad alcune forme di processo vero e proprio (art. 778, n. 2 e 3).  
 Vi sono procedimenti contenziosi che si svolgono senza contraddit-  
 torio, altri che conducono a decreti o ordinanze. Tale il procedimento  
 di sequestro, il procedimento ingiunzionale (sopra num. 77, 78, 84),  
 il procedimento su reclamo dei soci regolato dall'art. 153 cod. comm.,  
 il procedimento per la dichiarazione di fallimento, e altri che sono  
 il procedimento per la dichiarazione di fallimento, e altri che sono  
 anormali per una o per altra causa. Dall'altro lato, talvolta un pro-  
 cedimento istituito come cosa di giurisdizione volontaria, si trasforma,  
 presenta un contraddittore, un'istruttoria, una discussione, una sen-  
 tenza: e si tratta allora appunto di sapere se la trasformazione sia  
 puramente esteriore oppure anche intrinseca.

Si è creduto di trovare il criterio distintivo nella *contenziosità* del  
 rapporto giuridico; ma questa non è affatto essenziale alla giurisdiz-  
 zione: vi può essere processo senza *contesa* (ciò accade sempre nel  
 giudizio contumacia), anzi vi può essere processo in cui il conve-  
 nuto riconosca la pretesa avversaria.

Nemmeno la *coazione* è un carattere esclusivo della giurisdizione;  
 non è esatto che ogni provvedimento di volontaria giurisdizione non  
 abbia carattere obbligatorio. I provvedimenti relativi alla tutela, sono  
 di solito provvedimenti obbligatori ed eseguibili coattivamente (ad  
 esempio, la nomina di tutori, di membri del consiglio di famiglia ecc.).

Anche l'*accertamento irrevocabile* spesso manca nella giurisdizione  
 (procedimento esecutivo in base ad atti contrattuali, a cambiale, a  
 semplice ordine di pagamento); e viceversa esso può ottenersi con  
 atti non processuali, come un accertamento amministrativo (sopra  
 num. 91, B).

Finalmente è inesatto dire che scopo degli atti di giurisdizione  
 contenziosa è la *repressione*; degli atti di volontaria la *prevenzione*.

Vi sono forme processuali di tutela *preventiva* (sopra § 11); e vice-  
 versa molti atti di giurisdizione volontaria non hanno scopo *preven-  
 tivo* (tutela).

Esatto sostanzialmente mi sembra invece il concetto di chi vede  
 (WACH) il carattere differenziale della giurisdizione volontaria nel suo  
 scopo *costitutivo*: gli atti di giurisdizione volontaria tendono sempre  
 alla *costituzione* di stati giuridici *nuovi*, o cooperano allo *svolgimento*  
 di rapporti *esistenti*. Invece la giurisdizione vera e propria mira all-  
*attuazione* di rapporti *esistenti*. Sappiamo che la giurisdizione sup-  
 pone un giudizio sopra una volontà di legge concernente le parti e  
 la sostituzione dell'attività dell'organo pubblico alle parti, sia nel-  
 l'affermare la esistenza di quella volontà, sia nel fare quanto è ne-  
 cessario perchè il bene garantito dalla legge sia conseguito. La giu-  
 risdizione civile suppone adunque in una parte l'aspettazione d'un  
 bene di fronte all'altra: sia questo bene una *prestazione*, sia un *effetto  
 giuridico*, sia un mero accertamento, sia un atto conservativo o un  
 atto esecutivo. Ciò manca nella giurisdizione volontaria: non vi sono  
*quì due parti*; non vi è un bene garantito *contro altri*, una norma  
 di legge da attuare *contro un altro*, ma uno stato giuridico, che senza  
 l'intervento dello Stato non potrebbe *nascere* o *svilupparsi* o si svol-  
 gerebbe imperfettamente.

Si noti: noi abbiamo incontrato nel campo del processo, vale a  
 dire della giurisdizione, anche sentenze *costitutive*, alle quali cioè  
 si connettono *nuovi* stati giuridici (§ 8), e ciò per taluno (WEISMANN)  
 è una difficoltà. Ma le sentenze costitutive contengono l'*attuazione* di  
 un *diritto* alla costituzione di un nuovo stato giuridico, diritto che  
 spetta a un soggetto giuridico *contro l'altro*. Invece la costituzione o  
 svolgimento di stati giuridici che avviene nella giurisdizione volon-  
 taria non attua un *diritto* che spetti a *Tizio* contro *Caio*.

Carattere della giurisdizione volontaria non è dunque la mancanza  
 di contraddittorio, ma la mancanza di due parti. Anche la giurisdi-  
 zione contenziosa (si è detto or ora) ha procedimenti senza contrad-  
 dittorio, ma non senza *due parti*: un provvedimento giurisdizionale  
 può esser preso *inaudita parte*, ma sempre *contro* o di *fronte* a una



parte, a cui esso deve comunicarsi, perchè possa essere impugnato o perchè sia eseguito. Nella giurisdizione volontaria si hanno uno o più richiedenti, ma non parti. Il padre, ad esempio, che chiede un provvedimento d'autorizzazione al magistrato nell'interesse del figlio minore (cod. civ., art. 224 e 225) non chiede punto che si accerti di fronte al figlio il suo diritto di patria potestà, e l'utilità dell'atto; e se il magistrato esamina l'una cosa e l'altra ciò fa solo per determinare gli incapaci, come svariati esami fa l'amministratore pubblico, prima di compiere le attività che la legge direttamente gl'impone (sopra num. 140).

Ma si noti ancora che un atto d'amministrazione, quantunque per sua natura diverso dal giurisdizionale, può formar oggetto di giurisdizione, quando si debba giudicare se sia legittimo od opportuno, e revocarlo o confermarlo; così un atto di volontaria giurisdizione, se impugnato, può dar luogo alla funzione giurisdizionale: in questo caso (come avviene nella giustizia amministrativa) lo scopo ultimo dell'atto giurisdizionale può essere lo stesso dell'atto impugnato (ad esempio, di provvedere nel miglior modo all'interesse d'un incapace); ma lo scopo immediato è la riforma dell'atto di giurisdizione volontaria inopportuno, o la sua conferma. Per me dunque (contro WACH) è vera giurisdizione la contestazione sulle deliberazioni del consiglio di famiglia (cod. proc. civ., art. 815); la contestazione sull'obbligo di assumere la tutela (cod. civ., art. 275). Qui scopo è sempre di provvedere nel miglior modo all'interesse del minore: ma per quanto maggioranza e minoranza del consiglio tendano a questo scopo con pari zelo e disinteresse il risultato può essere una deliberazione che vi provvede in modo inopportuno o illegale, e che costituisce uno stato di fatto contrario al diritto, a rimuovere il quale provvede la giurisdizione. Lo stesso deve dirsi delle contestazioni sull'obbligo del conservatore delle ipoteche d'eseguire una iscrizione o cancellazione (cod. civ., art. 2039); del pubblico ufficiale di rilasciare una copia (cod. proc. civ., art. 915) ecc.

Tutto ciò premesso, è bene a complemento di questa trattazione passare in rassegna i più importanti atti di volontaria giurisdizione. Essi possono raggrupparsi (WACH) nelle seguenti categorie:

1.° *Intervento dello Stato nella formazione di soggetti giuridici.* Unica manifestazione di questa attività è la costituzione di persone giuridiche mediante il riconoscimento.

2.° *Intervento nella integrazione della capacità giuridica.* Disciplina generale della tutela (nomina, sorveglianza, revoca del tutore; costituzione dei consigli di famiglia: autorizzazioni: omologazioni); tutela o ingerenza negli atti dei corpi morali od enti collettivi (comuni, opere pie, società ecc.).

Appena occorre osservare che anche in questi campi può darsi esercizio di giurisdizione contenziosa; ciò accade ogni qual volta può concepirsi il diritto d'una parte contro l'altra. Tale il caso dei ricorsi contro rifiuti di consenso o autorizzazioni (art. 67 vecchio testo cod. civ.; il nuovo testo di questo articolo, introdotto dalla legge 27 maggio 1929, n. 847, ha sostituito al rimedio giurisdizionale un ricorso di giurisdizione volontaria: vedasi sopra num. 55, B). Tale il caso dei reclami contro la nomina a tutore (cod. civ., art. 275) o contro la rimozione dalla tutela (cod. civ., art. 271). Tale il caso della impugnazione delle deliberazioni del consiglio di famiglia (cod. proc. civ., art. 815); o il caso dei reclami dei soci contro gli amministratori o i sindaci, sospetti d'irregolarità nell'adempimento del loro ufficio (cod. comm., art. 153). Che quest'ultimo caso appartenga alla giurisdizione non è escluso dalle forme speciali in cui si svolge il procedimento.

Quanto al procedimento d'interdizione (e d'inabilitazione) si può intendere in due modi. Da un lato (WACH) si afferma che esso è volontaria giurisdizione; perchè lo scopo è la tutela dell'infermo di mente (o del prodigo): l'interdizione è un mezzo, non è scopo a se stessa; è un atto a favore dell'interdicendo non contro; non vi è dunque opposizione di interessi: l'interesse dello Stato non è che il bene inteso interesse dell'interdicendo. Il giudizio sullo stato di mente o sulla prodigalità non è che una premessa necessaria per provvedere a integrare la capacità giuridica del convenuto. Non vi è che un'apparenza di processo.

Ma d'altra parte si può osservare: quando si tratta di privare l'infermo o il prodigo della capacità di agire o in tutto o in parte, ciò è bensì nell'interesse dell'interdicendo, ma anche della collettività e



di singoli privati (famiglia, coniuge, aventi diritto agli alimenti, eredi legittimi). Lo stato d'infermità di un maggiorenne può dirsi dunque contrario obiettivamente al diritto, in quanto questo tutela le relazioni economiche fra i cittadini. La rimozione di tale stato *anormale* può considerarsi come una volontà di legge di fronte all'interdicendo: l'attuazione di questa volontà è giurisdizione.

Questo sembra il concetto della nostra legge (cod. civ., art. 324 e 338): le forme contenziose stabilite per questo giudizio (cod. proc. civ., art. 836 e segg.) e le parole stesse degli art. 836 e 841 cod. proc. civ. (« la persona contro la quale è proposta la domanda ») lo confermano. Alla giurisdizione contenziosa appartiene anche la prima fase del procedimento, perchè anche questa tende a preparare una pronuncia sulla domanda, sebbene si svolga colle forme speciali del procedimento in camera di consiglio (art. 778, n. 3). Ciò non esclude che un diritto, considerando prevalentemente l'altro elemento (intesse dell'interdicendo), possa ricondurre questo procedimento nella giurisdizione volontaria. In questo caso la diversità delle forme può essere indice della diversità del sistema.

È stato ritenuto che anche la revoca dell'interdizione deve chiedersi con le forme contenziose, sebbene le parti siano d'accordo nel chiederla.

3.° *Intervento nella formazione dello stato delle persone.* O concorrendo a formarlo (autorizzazione del procuratore generale della corte d'appello al minore per contrarre matrimonio: art. 3 legge 27 maggio 1929, n. 847; celebrazione del matrimonio; dichiarazione d'assenza); o documentandolo (registri dello stato civile; rettifiche ai medesimi, cod. proc. civ., art. 845 e 846). Appartiene invece alla giurisdizione contenziosa il procedimento di separazione personale dei coniugi, anche nella sua prima fase, perchè anche in questa fase esso si svolge sulla domanda con cui una parte fa valere contro l'altra il diritto di chiedere la separazione personale, domanda giudiziale dunque, sebbene per la natura speciale del rapporto richieda forme (ricorso), provvedimenti (cautelari) e poteri (presidenziali) speciali.

Un caso d'intervento dello Stato nella formazione dello stato delle persone si ha nel decreto della corte d'appello (della apposita sezione, quando si tratta di minorenni: art. 32 del decreto legge 20 luglio 1934,

n. 1404, convertito in legge modificativa 27 maggio 1935, n. 835), che fa luogo all'adozione (cod. civ., art. 216). Il decreto del magistrato in questo caso non costituisce un nuovo stato giuridico in attuazione d'un diritto spettante a una parte verso l'altra, ma coopera alla costituzione di uno stato che le parti sono d'accordo nel voler costituire. La corte può non far luogo all'adozione, se riconosce che l'adottante non gode buona fama, o che l'adozione non conviene all'adottato (cod. civ., art. 215). Non vi è dunque un « diritto » di adottare, se non nel senso generale che si ha « capacità giuridica » di farlo (come si dice impropriamente che si ha « diritto » di vendere, di obbligarsi ecc.); ma con limitazioni che è rimesso alla corte d'appello di applicare nel caso concreto.

Lo stesso deve dirsi della legittimazione per decreto reale (cod. civ., art. 194 e segg.). Il decreto è emanato in base all'accertamento di condizioni legali e di condizioni d'opportunità. L'accertamento delle condizioni legali è affidato alla corte d'appello (art. 200), ma questa è funzione di giurisdizione volontaria, non contenziosa, perchè la « deliberazione » della corte non è che un parere preparatorio dell'atto discrezionale del Re. Non si tratta di diritto; non si ha « diritto » di legittimare per mezzo di decreto reale. È vero che il parere negativo della corte impedisce senz'altro la legittimazione; ma questo non autorizza a ritenere che contro il decreto negativo si dia ricorso in cassazione. Ciò ha deciso altra volta la corte di cassazione di Roma (3 febbraio 1904 nel *Foro ital.*, 1904, p. 193); ma oggi la corte di cassazione del Regno, aderendo alle argomentazioni qui svolte, ha negato l'ammissibilità del ricorso contro il parere sia positivo sia negativo (6 marzo 1933 nel *Foro ital.*, 1933, p. 651). Può essere desiderabile che una garanzia si accordi al ricorrente contro gli errori eventuali della corte d'appello: ma ciò non può farsi che con una norma di legge.

Ricordiamo da ultimo che l'art. 159 della legge consolare considera espressamente come appartenenti alla giurisdizione volontaria i provvedimenti relativi alle adozioni e alle legittimazioni.

4.° *Partecipazione al commercio giuridico.* Legalizzazioni; tenuta dei registri delle ipoteche, del catasto, delle patenti; omologazione del concordato; ricevimento delle promesse di matrimonio; dell'atto



di adozione; delle rinunzie ad eredità; delle accettazioni con beneficio d'inventario; formazione d'inventari; vidimazione di registri commerciali; concessione di brevetti; ecc.

5.° *La conciliazione.* A queste attività di giurisdizione volontaria deve aggiungersi in Italia quella che lo Stato esercita per venire le liti conciliando le parti. Considerando l'importanza della funzione di dirimere le liti, lo Stato l'ha assunta a sè: perchè tanto maggiore è la probabilità che la conciliazione riesca, quanto maggiore è l'autorità della persona che la tenta.

L'organo dello Stato è qui normalmente il *conciliatore* (e precisamente quello del comune in cui una delle parti che si vuol chiamare in conciliazione ha residenza, domicilio, dimora o in cui si trova la cosa controversa, art. 3). Il conciliatore ha dunque una doppia funzione, giurisdizionale e conciliativa (innanzi num. 164, A). La prima è soggetta a limiti di valore, la seconda no (cod. proc. civ., art. 1).

Il conciliatore interpone il suo ufficio tra le parti solo *se richiesto* (anche *verbalmente*). Questa funzione *preventiva* di conciliazione non deve confondersi con quella che s'innesta nell'esercizio della giurisdizione: il conciliatore, o talora anche altro magistrato davanti a cui una lite sia portata, ha il dovere d'ufficio di tentare la conciliazione (cod. proc. civ., art. 417, 464, 379 e 308; legge sui conciliatori 16 giugno 1892, n. 261, art. 9; R. D. 20 settembre 1922, n. 1316, art. 5; R. D. 21 maggio 1934, n. 1073 sulle controversie individuali del lavoro, art. 13; cod. marina mercant., art. 16 e legge 31 dicembre 1928, n. 3119, art. 6 per il comandante di porto).

Il previo esperimento di conciliazione non è obbligatorio per le parti: vale a dire si può direttamente adire il giudice senza tentare la conciliazione. Fanno eccezione alcune controversie speciali in cui è prescritto il previo tentativo di componimento (più innanzi, num. 237).

La conciliazione è conseguenza d'un accordo di volontà, sebbene procurato; è quindi atto di disposizione, ed è soggetto alle stesse limitazioni del compromesso (art. 2; sopra num. 26).

La chiamata o la presentazione volontaria per la conciliazione interrompe la prescrizione, sempre che la domanda giudiziale sia fatta nel corso di due mesi dalla non comparso o dalla non seguita

conciliazione (cod. civ., art. 2125). Quando l'oggetto della conciliazione non ecceda la competenza del conciliatore come giudice (L. 400), il verbale di conciliazione è titolo esecutivo; altrimenti ha la semplice forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio (cod. proc. civ.; art. 7; legge sui conciliatori cit., art. 12).

Essere il verbale esecutivo non significa che esso sia equiparato a una sentenza di condanna: perciò il verbale di conciliazione non dà luogo a ipoteca giudiziale (cfr. sopra num. 91, C, 5.° a).

## § 20.

## I POTERI A SERVIZIO DELLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE.

143. *In generale.* — La funzione giurisdizionale ha in suo servizio una serie di poteri, che in se stessi possono appartenere anche ad organi non giurisdizionali, ma che hanno carattere giurisdizionale per lo scopo a cui si coordinano, vale a dire la *sostituzione* di una attività pubblica all'attività altrui. Appaiono più strettamente giurisdizionali gli atti in cui si *compie* questa sostituzione, come la sentenza e le misure esecutive; meno direttamente gli atti semplicemente coordinati a prepararla o renderla possibile. I poteri giurisdizionali sono: di *decisione*, di *coercizione*, di *documentazione*.

144. *Potere di decisione. Controllo giurisdizionale sulla funzione legislativa.* — Colla decisione si afferma anzitutto esistente o inesistente una volontà concreta di legge. Ma in due possibili modi e con diversi effetti:

a) O si afferma una volontà di legge *concernente le parti*: come fa sempre la sentenza di *merito*. Qui ha luogo la forma più delicata e propria di attività giurisdizionale; e a questa si accompagna l'effetto, tutto speciale, della « cosa giudicata sostanziale »; il che vuol dire (sopra num. 115 e segg.) che la sentenza, che è divenuta irrevocabile (cosa giudicata *formale*) e riconosce un bene a una parte, ha l'effetto di garantire questo bene per l'avvenire anche in altri processi (cosa giudicata *sostanziale*).