

PREFAZIONE

Il principio di certezza del diritto rappresenta una tematica ricorrente nel pensiero filosofico- giuridico. «Certezza del diritto» è una formula eterogenea, volta a ricomprendere più contenuti. Flavio Lopez de Oñate, in un famoso saggio del 1942, celebrava la certezza del diritto in quanto valore cardine di ogni sistema giuridico, da tutelare ad ogni costo, pena l'anarchia e la messa in discussione della possibilità di un comportamento morale e sociale (1). Il giurista rinveniva nella certezza del diritto un fondamento dell'agire morale, un ultimo riparo per il singolo e per la società, dopo le terribili esperienze dei regimi totalitari europei.

Il diritto processuale ha contribuito alla creazione di quella mania, tipica di ogni ramo del diritto, di ottenere la necessaria certezza del diritto, quella certezza che condurrebbe alla

(1) «Nella morale ciascuno deve decidere ed agire di fronte a se stesso, in una situazione di responsabilità assoluta; volere decidere agire rispondere spiare di fronte a se stesso. Sul piano morale per il contegno del soggetto non ha rilievo, in senso assoluto, il contegno morale dell'altro. Nel diritto invece questo volere decidere agire rispondere spiare sono tradotti nell'oggettività della molteplicità dei voleri che formano il mondo storico. Perché la traduzione avvenga è necessario che tutta l'azione venga salvata nel suo valore di certezza, cioè in quel valore che ogni azione porta effettivamente, realmente, con sé». Cfr. F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, p.160.

pace sociale (2). Il principio di certezza del diritto è dunque inevitabilmente connesso al concetto di «giudicato». L'origine dimenticata della cosa giudicata risale alla disposizione VI, par. 5, delle leggi di Hammurabi (3), norma di straordinaria semplicità: «Se un giudice ha giudicato una causa, pronunciato sentenza (e) depositato il documento timbrato e sigillato, se, poi, cambia la sua decisione, si proverà che il giudice ha cambiato la sentenza che aveva dettato e pagherà fino a dodici volte la quantità di ciò che motivò la causa. Inoltre, pubblicamente, si farà alzare dal suo posto di giudice (e) non ritornerà più. Mai più potrà sedersi con i giudici in un processo».

Hammurabi o i suoi legislatori avevano così cementificato un concetto che ossessionò anche i romani, i quali lo recepirono nel *Digesto*, con la denominazione di *res iudicata*, all'interno del libro XLII, titolo 1: «E di vero, il giudice dopo che ha pronunciato la sentenza, termina di essere giudice. E noi abbiamo adottato il diritto, che il giudice, avendo una volta condannato, o in più o in meno, non può in appresso correg-

(2) Cfr. J. Nieva-Fenoll, *La cosa giudicata: la fine di un mito*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, p. 1.

(3) Cfr. L. Peinado, *Código de Hammurabi*, Madrid, 1997, pag. 7; o in A.FINET, *Le code de Hammurabi*, Paris, 1973.

gere la sua sentenza; perciocché ha una volta, o male o bene, esercitato il suo ufficio» (4).

L'opera di Savigny, poi, in tema di cosa giudicata è fondamentale per comprendere l'evoluzione del concetto di giudicato negli ultimi 150 anni (5).

Si è soliti distinguere la cosa giudicata *formale*, ossia il divieto per il giudice che ha emesso la sentenza di ritornare a decidere, dalla cosa giudicata *materiale*, che altro non è che il divieto per i giudici di cause successive di riesaminare quanto deciso da un giudice precedente, incorrendo in una violazione della reiterazione dei giudizi. Pertanto, quando un giudice ha deciso su una questione concreta, nessuno deve più decidere dopo, neanche egli stesso, in nessuna circostanza, salvo casi eccezionali. Tuttavia, non vi è chi non veda che talora la certezza del diritto, fondamento e cardine della moderna giuridicità, possa arrecare un *vulnus* alla tutela dei diritti. Si è più volte infatti parlato della possibilità che nel sistema vigente si verificino conflitti di giudicati, ossia che si

(4) «Iudex, posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit; et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris, vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit; semel enim male seu bene officio functus est»: L. XLII, tit. I, p. 55.

(5) Cfr. F.C. Von Savigny, *System des heutigen romischen Rechts*, vol. 6, ristampa della ed. di Berlino 1847, Darmstadt, 1974, p. 27 ss.

abbiano decisioni tra loro contrastanti. Il legislatore ha cercato in vario modo di evitare detti conflitti, predisponendo taluni istituti volti a prevenire il contrasto ovvero ad eliminarlo. Gli strumenti predisposti dal legislatore, però, non sempre sono risultati vincenti: l'impossibilità di coordinare giudicati relativi a questioni connesse, ma decise in procedimenti diversi, invero, comporta problematiche non indifferenti, che spingono il giurista verso nuove determinazioni.

La cosa giudicata (6), di cui si è fin ora detto, ha una duplice portata: ha innanzitutto una portata negativa, poiché esclude che la ragione di cui fu deciso possa essere riproposta a giudizio e formare oggetto di una nuova decisione. Ha altresì una portata positiva, perché impone alle parti di osservare il giudicato come regola ormai indiscutibile nei loro rapporti. L'autorità giudiziaria ha pertanto l'obbligo di uniformarsi alla *res iudicata*, utilizzandola come criterio da adottare nelle pronunce che la presuppongono e che, per tali motivi, vi si devono coordinare. Il processo, invero, oltre che fini privatistici, persegue anche fini pubblicistici e sussiste un in-

(6) Sul tema si vedano, tradizionalmente e in prima analisi, S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 9 ss; G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923 p. 102- 292; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, Vol. 1°, Padova, 1999, p. 440 ss; E. T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, Milano, 2012, p. 273 ss; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 2015, p. 153 ss.

teresse pubblico, ed anche per ovvie ragioni privato, a che una stessa concreta volontà di legge non formi oggetto di attuazione giurisdizionale, per il medesimo fine, più di una volta e tra l'altro in senso contrario o difforme; per tali motivi, l'esistenza della cosa giudicata può essere rilevata dal giudice anche d'ufficio, a mezzo dell'eccezione all'uopo prevista e che rappresenta un valido strumento per consentire il coordinamento preventivo delle decisioni.

Bisogna pertanto distinguere il conflitto pratico dal conflitto teorico. La contraddizione tra il giudicato anteriore e quello successivo è meramente teorica quando in essi sia decisa in senso contrario una medesima questione concernente un determinato rapporto o stato giuridico, ma tale questione è in entrambi i casi pregiudiziale rispetto a quella principale; ovvero quando nel giudicato anteriore sia risolta soltanto come questione pregiudiziale quella che nel giudicato posteriore è oggetto della questione principale. Il contrasto teorico presuppone, dunque, due situazioni sostanziali diverse, che sono però connesse tra loro per pregiudizialità- dipendenza, ovvero dipendono dallo stesso rapporto giuridico. Il contrasto è invece pratico quando i due giudicati abbiano ad oggetto la medesima questione, in via principale, ed essa sia stata

decisa in modo difforme. In casi simili è chiaro che il vigore di una decisione è *praticamente* incompatibile con il vigore dell'altra (7).

V'è da notare che spesso l'ordinamento giuridico si preoccupa di evitare il contrasto pratico tra giudicati e non il conflitto teorico. Per mezzo di uno sforzo dottrinale e giurisprudenziale, si è cercato di dare risposte anche al conflitto teorico tra giudicati, poiché spesso quest'ultimo poteva condurre a risultati assurdi e ripugnanti.

L'intento della presente trattazione è proprio quello di sviscerare gli istituti che possano evitare o eliminare il conflitto teorico e di dare contezza dell'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale in tal senso.

(7) In tema di contrasto teorico e pratico tra giudicati si veda, innanzitutto, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, Principi generali*, Vol. 1°, 2015, p. 196 ss.; A. Attardi, *Diritto processuale civile*, Vol. 1°, 1999, p.526 ss.

Capitolo primo

IL GIUDICATO E IL CONTRASTO TRA GIUDICATI

SOMMARIO: 1.1 Evoluzione storico- comparata del concetto di giudicato. - 1.2 Cenni sul concetto di giudicato. - 1.3 Cosa si intende per contrasto tra giudicati? - 1.4 Contrasto pratico tra giudicati. - 1.5 Contrasto teorico e problematiche connesse.

1.1 Evoluzione storico- comparata del concetto di giudicato.

La problematica moderna sulla «cosa giudicata» nacque in Germania nel secolo XX. La Germania del 1900 non aveva composto un codice che, come invece avveniva in Francia, fornisse una spiegazione autoritativa dell'efficacia del giudicato. Questa spiegazione continuò, pertanto, ad essere ricercata nel diritto romano, riletto nell'effettivo tenore testuale del corpus giustiniano, senza i filtri delle interpretazioni dei giuristi successivi all'imperatore. I primi ad impostare la questione furono autori romanisti come Keller e Savigny, nonché

i pandettisti Windscheid e Brinz (8). Innanzitutto, Keller individuò nell'*exceptio rei iudicatae* due funzioni. Una funzione negativa, che serviva ad impedire un nuovo giudizio sulla medesima questione; una funzione positiva, che mirava ad impedire una pronunzia difforme (9).

Secondo Savigny, invece, la funzione positiva si risolveva in un vincolo del giudice a pronunciare in senso conforme alla sentenza precedente. L'eccezione di cosa giudicata era dunque, nel pensiero Savignano, il mezzo tecnico per rendere operante la *finzione di verità* (10), in forza della quale la sentenza passata in giudicato poteva resistere ad ogni successivo tentativo di impugnazione o invalidazione (11). La teoria della finzione di verità si configura, a parere di molti studiosi,

(8) Cfr. Pugliese, *Giudicato civile*, in Enc. Dir., XVIII, Milano, 1969, p.2 ss, dal quale sono tratti i riferimenti bibliografici stranieri delle pagine che seguono.

(9) Cfr. Keller, *Über Litis Contestatio und Urtheil nach classischem römischem Recht*, Zürich, 1827, p.221 ss.

(10) L'affermazione che l'essenza della *Rechtskraft* (ossia l'idoneità della sentenza ad assumere la forza di giudicato) era costituita dalla finzione di verità derivava evidentemente dalla massima ulpiana, generalizzata dai giustiniani, «*res iudicata pro veritate accipitur*» .

La finzione di verità fu allora considerata equivalente alla creazione di un diritto formale o ritenuta causa della nascita di un diritto prima non esistente o della scomparsa, diminuzione o modificazione di un diritto prima esistente».

(11) Cfr. Savigny, *System des römischen heutigen Rechts*, VI, Berlin, 1847, p. 271: «Il nuovo giudice deve assumere il contenuto di quella sentenza come vero e porlo a fondamento della propria sentenza» .

come la progenitrice diretta della teoria che attribuisce alla cosa giudicata un'efficacia sostanziale, facendo derivare da essa una situazione giuridica sostanziale nuova; invero, detta teoria non si richiama solo alla massima *res iudicata pro veritate accipitur*, ma anche ai testi secondo cui «*sententia (o iudex) facit ius*».

Autori come Brinz e Hellwig, invece, fondarono la cosiddetta teoria processualistica del giudicato, in antitesi con quella di Savigny. Il diritto creato dalla sentenza, infatti, deve essere considerato unicamente come una conseguenza giuridica della incontestabilità, in senso processuale, della pronuncia. L'effetto del giudicato sarebbe dunque quello di creare obblighi a carico di nuovi e futuri giudici, o dello stesso giudice, se dinnanzi a lui venga portato di nuovo il processo (12). La teoria processuale, intorno agli anni 20- 50 del secolo scorso, divenne prevalente.

Problemi come quelli accennati furono invece assolutamente estranei alla dottrina francese. All'interno dei codici francesi era possibile rinvenire talune regole. Innanzitutto l'assunto per cui l'autorità del giudicato sorge non appena è

(12) Cfr. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten* 2, I, Erlangen, 1873, p. 348 ss.

stata emanata la sentenza definitiva, anche laddove questa sia impugnabile con i mezzi ordinari. In secondo luogo, ciò che è rivestito dell'autorità del giudicato è la pronuncia formulata nel dispositivo.

Perciò che concerne la dottrina italiana, per molta parte del secolo XIX, essa si attenne alla spiegazione dell'autorità del giudicato che derivava dagli studi Francesi. A cavallo tra la fine del secolo XIX e gli inizi del secolo XX, tuttavia, i processual-civilisti italiani subirono fortemente l'influenza della dottrina tedesca e, dunque, la contrapposizione tra teoria sostanziale e teoria processuale. In un primo momento, in Italia, fu recepita la teoria processuale. Chiovenda venne considerato come il principale esponente di questa teoria; egli però, definendo la cosa giudicata come «l'affermazione indiscutibile, e obbligatoria per i giudici di tutti i futuri giudizi, di una volontà concreta di legge, che riconosce o disconosce un bene della vita a una delle parti », assunse una posizione sua propria, distante dalla teoria processuale tedesca che ammetteva la possibilità di contrapporre al contenuto della sentenza

la vera situazione sostanziale, che continuerebbe a sussistere inalterata, nonostante l'intervento giurisdizionale (13).

La teoria sostanziale si fece strada successivamente in Italia, attraverso voci autorevoli come quella del Carnelutti, secondo il quale la sentenza comporta l'emanazione di un comando destinato ad integrare la norma del caso concreto (14). Nel frattempo, i codici del 1865 erano stati abrogati e il nuovo codice civile del 1942 riconobbe l'autorità della cosa giudicata in un apposito articolo, ancora oggi di fondamentale importanza, ossia l'art 2909. Il codice di procedura civile dello stesso anno, inoltre, spiega all'interno dell'art 324 cosa debba intendersi per sentenza passata in giudicato (15).

Peraltro, all'interno della dottrina italiana cominciava a farsi largo l'idea per cui la contrapposizione tra teoria processuale e sostanziale non fosse in grado di dare risposta ai problemi cui si riferiva. Si sono così venute delineando teorie

(13) Cfr. G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, p. 338 ss.

Come si spiega nella presente ricerca, Chiovenda non rientra esattamente nello schema di teoria processuale delineato dai giuristi tedeschi.

(14) Cfr. Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1925, p.453 ss. Id., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 270 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Roma, 1956, p.77 ss. Sul tema egli è ancora tornato più di recente in *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 254 ss., con una più larga impostazione.

(15) Per la trattazione delle due norme *infra*, par. 1.2.

monistiche, tra le quali va segnalata quella della «*efficacia preclusiva sostanziale*», elaborata da un illustre esponente della scuola civilistica Messinese, Angelo Falzea, recentemente scomparso. Detta teoria utilizza lo strumento processuale della preclusione per fini di diritto sostanziale, inserendo il giudicato in una classe di fenomeni (16).

Infine, colse certamente un aspetto essenziale del giudicato lo studioso Andrioli, affermando che il valore della cosa giudicata sta «nell'inserire tra le norme di diritto e la fattispecie... il precetto che, d'ora innanzi, vincolerà parti, aventi causa ed eredi delle medesime, per modo che costoro applicheranno non più quelle norme di diritto, ma il precetto che il giudice, a definizione del processo, ha dettato» (17).

Va comunque opportunamente evidenziato che l'idea di giudicato come presunzione di verità, che dal diritto Giustiniano al diritto comune ancora albergava nell'art 1351 cod. civile 1865, è stata definitivamente abbandonata nella codificazione del 1940-42, di chiara ispirazione germanica, come si

(16) Cfr. A. Falzea, *Accertamento*, in Enc. Dir., XVIII, Milano, 1969, I, p.209 ss. L'efficacia preclusiva, nell'accezione utilizzata da Falzea, consisteva nella sostituzione della situazione giuridica accertata a quella contestata. Nel sistema delineato dall'autore «la prima sorgerebbe indipendentemente dalla conformità alla situazione giuridica pre-esistente; aspetto questo che differenzerebbe l'efficacia preclusiva da quella dichiarativa e costitutiva».

(17) Cfr. Andrioli, *Appunti di diritto processuale civile*, Volume 1°, Napoli, 1962, p.227.

è detto. La teoria del giudicato come presunzione *iuris et de iure*, proprio negli autori tedeschi aveva trovato i suoi più strenui oppositori. Autori come Bekker avevano messo in luce le implicazioni pratiche negative derivanti dall'assimilazione della finzione di verità Savignana a presunzione assoluta di verità - non ultimo il rischio di perpetuazione di errori giudiziari - come se ciascuna singola affermazione del giudice fosse munita del sigillo dell'infallibilità. Di tale impostazione rimasero profondamente influenzati Menestrina e Chiovenda - sebbene questo se ne distanziò - i quali contribuirono a dare impulso alla svolta del codificatore civile e processuale del 1940-42 (18).

(18) Cfr. Consolo, Stella, *Il giudicato sulla motivazione come zaino da viaggio*, in *Int'l Lis*, 2014, p. 106 ss.

1.2 Cenni sul concetto di giudicato.

Nel linguaggio giuridico, con il termine «giudicato» si intende innanzitutto il provvedimento giudiziale non più suscettibile di impugnazione, salvo mezzi straordinari. Si definisce dunque passata in giudicato la sentenza che, non essendo più sottoponibile ai mezzi di impugnazione ordinari, ha un certa stabilità. Del resto, la prassi giurisprudenziale dimostra che raramente i mezzi di impugnazione straordinari sono utilizzabili. Il giudicato rappresenta dunque la maggiore stabilità che un atto giuridico può raggiungere nel sistema italiano. Menchini nelle sue pagine scriveva: «è oggetto di percezione immediata il fatto che il processo civile di cognizione è preordinato alla pronuncia di una sentenza di merito, mediante la quale viene definita la controversia insorta tra le parti. D'altro canto, e con non minore evidenza, si avverte che la pronuncia non può essere rimessa in discussione all'infinito, ma che ad un certo momento [...] essa deve diventare immodificabile» (19).

Il giudicato è in stretta relazione con la sentenza e può talora identificarsi con essa. Tuttavia, come scrisse efficacemen-

(19) Cfr. S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 1.

te Bartolo, una differenza che deve sottolinearsi tra sentenza e cosa giudicata è che la sentenza è «*res iudicans*», mentre la cosa giudicata è «*causa decisa*» (20). Vi sono altresì casi in cui il giudicato non è identificabile con la sentenza in quanto la decisione della *res litigiosa* non assume la veste di sentenza. Peraltro, non sempre una sentenza è di per sé giudicato, in quanto la sentenza impugnabile non è passata in giudicato.

Il *giudicato formale* è definito dall'art 324 cod. proc. civ. (21), secondo il quale, come si è già detto, la sentenza si intende passata in giudicato quando non sono più esperibili i mezzi di impugnazione cosiddetti ordinari. Per queste ragioni, si parla di giudicato formale come di attributo processuale della sentenza. L'art 324 dispone infatti che «si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i n.4 e 5 dell'art 395»; ne deriva, a

(20) Bartoli A' Saxoferrato, in *Primam Digesti Novi Partem, Commentaria cum additionibus, Digestorum Liber XLII, De re iudicata & effectum lententiarum, & de interlocutionibus iudicim*, Titolo I, p. 338.

(21) La norma collega la cosa giudicata formale al potere di impugnazione in questo senso: la sentenza contro la quale non è più possibile esercitare il potere di impugnazione, si intende passata in giudicato formale. La norma, inoltre, contiene, rispetto all'art 323 cpc, un'ulteriore e più specifica elencazione di mezzi di impugnazione: individua soltanto quelli che possono costituire una tappa verso l'iter che porta alla pronuncia incontrovertibile; sono i cosiddetti mezzi di impugnazione ordinari.

contrario, che la pendenza o la proposizione delle impugnazioni straordinarie non impedisce la formazione della cosa giudicata. La legge ha infatti considerato trascurabile la possibilità che contro la sentenza sia proposta una impugnazione straordinaria e ha dovuto tenere presente che detta possibilità si prolunga indefinitamente nel tempo. L'aspetto formale configura una situazione processuale rappresentata da una sentenza che ha definito e concluso il giudizio, ovvero costituisce un punto fermo nel processo, laddove questo debba o possa proseguire (22).

Il *giudicato sostanziale* è invece previsto dall'art 2909 c.c. (23). La norma dell'art 2909 cod. civ. è posta al fine di imporre il provvedimento contenuto nella sentenza del giudice come legge tra le parti. La cosa giudicata sostanziale, dunque, è una qualificazione del contenuto della sentenza e del modo

(22) Cfr. E.T. Liebman, *Giudicato civile*, in Enc. Giur., Roma, 1989.

(23) Cosa giudicata: «L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

Nel disciplinare le condizioni e gli effetti con cui i provvedimenti che attuano la tutela giurisdizionale operano o incidono sui rapporti e sulla situazione sostanziali fuori dal processo, il legislatore del 1942 si preoccupava di definire l'autorità della cosa giudicata in una disposizione riassuntiva e sintetica, quale quella dell'art 2909, facendo propri i risultati della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

La cosa giudicata sostanziale da un lato si riferisce all'accertamento contenuto nella sentenza che abbia acquisito l'autorità della cosa giudicata formale; dall'altro si traduce e si realizza in un preciso vincolo giuridico in forza del quale quell'accertamento fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa.

di operare della sua efficacia. Spesso si dice che il giudicato sostanziale consiste nella indiscutibilità dell'esistenza di una «concreta volontà di legge», accertata nella sentenza, la quale riconosca o disconosca ad una delle parti in lite un determinato bene della vita, oggetto della domanda giudiziale (24). Inoltre, vi è chi distingue tra efficacia della sentenza, che afferisce all'imperatività dell'atto decisorio, e autorità della sentenza, che si configura come un modo d'essere o una qualità degli effetti della sentenza medesima (25).

Dall'art 2909, comunque, traspare con chiarezza che il presupposto tecnico del giudicato sostanziale è l'esistenza di un giudicato materiale. Il giudicato sostanziale, infatti, presuppone l'inoppugnabilità della sentenza, ossia il giudicato formale ex art 324 cod. proc. civ. Cosa giudicata formale e sostanziale meritano di presentarsi come immutabilità, che nella prima qualifica l'atto, ossia la sentenza, mentre nella se-

(24) Cfr. G. Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, 3° edizione, Napoli, 1965, p. 906.

(25) Cfr. E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, 6° edizione, Milano, 2002, p. 265.

conda qualifica il contenuto dell'atto, nella sua attitudine a produrre degli effetti sulla materia oggetto della lite (26).

Il giudicato è altresì distinguibile, da un diverso angolo prospettico, in interno ed esterno: mentre è interno il giudicato formatosi nello stesso processo, è esterno quello formatosi in un processo diverso ed invocato in un secondo e distinto procedimento. Questa distinzione è sicuramente rilevante per due ordini di ragioni. In primo luogo, per lungo tempo la Corte di Cassazione ha ritenuto che solo il giudicato interno poteva essere rilevato ex officio; al contrario, il giudicato esterno poteva essere rilevato solo dalla parte (27). La Cassazione ha poi mutato parere, considerando rilevabile d'ufficio

(26) Cfr. E.T. Liebman, *Giudicato civile*, in Enc. Giur., Roma, 1989, cit, p. 2.

(27) Sul punto si vedano, a titolo esemplificativo, Cassazione n. 14698/1999 e Cassazione n. 14107/2000. La tesi era quella secondo cui l'eccezione di giudicato esterno andava proposta dalla parte interessata e ciò perché, se il giudicato esterno opera fuori dal processo ed influisce su una preesistente situazione sostanziale delle parti che è di loro esclusivo interesse, la relativa deduzione non può che essere demandata al potere dispositivo delle stesse. Secondo la Corte, pertanto, l'eccezione di giudicato non poteva che costituire una eccezione di merito in senso stretto.

anche il giudicato esterno (28). In secondo, la distinzione tra giudicato interno ed esterno concerne la stessa efficacia della sentenza in un procedimento diverso da quello in cui è stata emessa. L'opinione dominante è nel senso che la sentenza di rito non abbia effetti al di fuori del processo in cui si è formata (29).

È opportuno altresì chiarire quale sia l'oggetto del giudicato sostanziale. Vi è una larga concordia nel ritenere che il punto di riferimento del giudicato sia la situazione sostanziale per la quale è stata richiesta la tutela giurisdizionale. Il diritto processuale, infatti, è al servizio di quello sostanziale. Se i provvedimenti giurisdizionali non fossero in grado di incidere sulla realtà sostanziale, sarebbe inutile aver adito il giu-

(28) Sul punto si veda, innanzitutto, Cassazione n. 226/2001: «Poiché nel nostro ordinamento vige il principio della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni, derivando invece la necessità dell'istanza di parte solo dall'esistenza di una eventuale specifica previsione normativa, l'esistenza di un giudicato esterno è, al pari di quella del giudicato interno, rilevabile d'ufficio ed il giudice è tenuto a pronunciarsi sulla stessa qualora essa emerga da atti comunque prodotti nel corso del giudizio di merito».

La suprema Corte fa poi un ulteriore passo avanti nella sentenza n. 13916/2006: «Nel giudizio di Cassazione, l'esistenza del giudicato esterno è rilevabile d'ufficio non solo qualora emerga da atti comunque prodotti nel corso del giudizio di merito, ma anche nella ipotesi in cui il giudicato si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata».

(29) Cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, I principi generali*, volume 1°, 2015, cit. p.198: «Secondo l'opinione prevalente, il nostro ordinamento ha fatto una scelta di diritto positivo in forza della quale le sentenze di rito valgono solo come giudicato interno. Questo si ricava dall'art 310 comma 2 cpc, il quale esclude l'efficacia delle sentenze di rito al di fuori del processo in cui sono emesse [...] A questa regola fanno eccezione le pronunce delle Cassazione in tema di competenza e giurisdizione».

dice. Come affermato autorevolmente da Luiso: «Il giudicato sostanziale consiste appunto nella determinazione autoritativa e perciò vincolante di regole di condotta appartenenti al diritto sostanziale» (30).

La cosa giudicata, ha una duplice portata, come si è già avuto modo di sottolineare. Ha anzitutto una portata negativa, in quanto esclude che ciò su cui si è deciso possa formare oggetto di una nuova decisione. Il principio del *ne bis in idem* integra i cosiddetti effetti negativi del giudicato: negativi perché negano il potere giurisdizionale del giudice successivo; *ne bis in idem* ed effetto negativo del giudicato sono quindi due espressioni interscambiabili. Finché il problema si pone con riferimento ad una lite identica a quella già decisa, gli effetti negativi del giudicato sono sufficienti; essi divengono insufficienti quando ci si trova davanti ad una lite diversa, ma logicamente dipendente dalla decisione precedente: il giudice in questo caso deve, non solo, omettere di giudicare su ciò che fu già deciso, ma deve altresì assumere come incontestabile la decisione contenuta nella sentenza passata in giudicato e porla come vera e propria premessa del suo giudizio sulla

(30) Cfr. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile, I principi generali*, volume 1°, cit., 2015, p.156.

lite diversa. Per queste ragioni, la funzione dell'autorità del giudicato ha un rilievo non solo negativo, ma anche positivo.

1.3 Cosa si intende per contrasto tra giudicati?

Dunque il giudicato, ha portata negativa ma anche portata positiva. Portata positiva vuol dire che il giudicato impone alle parti di osservare la statuizione in esso contenuta come regola indiscutibile nei rapporti tra loro e fa obbligo all'autorità giudiziaria di uniformarvisi, come criterio da adottare, senza un rinnovato esame di merito, nelle pronunce che lo presuppongono e che quindi vi si debbono coordinare (31).

Nel sistema vigente, è tuttavia possibile che si verifichino conflitti di giudicati, ossia che si abbiano decisioni, pronunciate in distinti processi, fra loro contrastanti. Bisogna, a tal riguardo, distinguere il conflitto pratico dal conflitto teorico fra giudicati. La contraddizione fra il giudicato anteriore e quello posteriore è meramente teorica quando in essi sia deci-

(31) «Quelli appena descritti sono gli effetti positivi del giudicato: positivi perché il secondo giudice emette, sul diverso oggetto del secondo processo, una sentenza di merito, il cui contenuto è però vincolato a quanto già deciso. Qui il precedente giudicato non funziona come presupposto processuale (come criterio che esclude la decisione di merito), ma come criterio che orienta il contenuto della decisione di merito» Cfr. F. P. Luiso, *Diritto processuale civile, I principi generali*, volume 1°, cit., 2015, p. 196.

sa in senso diverso l'identica questione concernente la sussistenza del medesimo rapporto o stato giuridico, ma tale questione sia in entrambi meramente pregiudiziale rispetto a quella principale, concernente la ragione fatta valere; ovvero quando nel giudicato anteriore sia risolta soltanto come questione pregiudiziale quella che nel giudicato posteriore forma la questione principale. In casi siffatti, l'un giudicato, quantunque ripugnante all'altro nelle sue premesse logiche, è tuttavia, almeno in generale, compatibile pur sempre con esso sul terreno pratico.

Il contrasto è, invece, pratico quando i due giudicati decidano in modo difforme l'identica questione concernente la sussistenza di quella che in entrambi è la ragione fatta valere, ovvero la sussistenza di quella che nella causa anteriore è ragione stessa e nella successiva costituisce la condizione necessaria e sufficiente per ammettere o escludere la ragione fatta valere. In tal caso, è lapalissiano che il vigore dell'una decisione è *praticamente* incompatibile con il vigore dell'altra (32). Possiamo dunque affermare che se due sentenze passate

(32) In Enc. Treccani online, *Cosa giudicata*, Enc. Italiana 1931, Emilio Betti e Ubaldo La Pergola.

in giudicato contengono disposizioni fra loro contrastanti si ha conflitto dei giudicati.

Chiarito ciò, va segnalato che l'ordine giuridico si preoccupa sempre di evitare espressamente il solo conflitto pratico e non anche quello teorico. Tuttavia, come si avrà modo di sottolineare nella presente ricerca, il contrasto teorico può dar vita a situazioni paradossali.

1.4 Contrasto pratico tra giudicati

Con riguardo al contrasto pratico di giudicati, esso sussiste quando «una situazione giuridica sia, con riferimento ad uno stesso momento, dichiarata esistente o inesistente da una sentenza e dichiarata, totalmente o anche parzialmente, inesistente o esistente da un'altra» (33). Si tratta di un contrasto effettivo tra giudicati, originato da un malfunzionamento degli strumenti processuali. Qui le pronunce hanno lo stesso oggetto e il principio del *ne bis in idem* non ha impedito l'emanazione della seconda sentenza. Laddove le due pro-

(33) Cfr. A. Attardi, *Diritto Processuale civile*, vol. 1°, 1999, cit., p.528

nunce avessero un contenuto uguale, *nulla quaestio*; l'inconveniente si limiterebbe infatti alla inutilità di una delle due e dunque ad uno spreco di attività processuale. Se, invece, il loro contenuto diverge, sarà opportuno trovare una soluzione.

Come riportato efficacemente da Luiso nel suo manuale, si ha conflitto pratico quando l'attuazione delle due sentenze ad opera della forza pubblica procura una zuffa fra gli agenti incaricati dell'attuazione (34).

V'è da chiedersi quale siano i rimedi in ipotesi di contrasto pratico tra giudicati. Quanto agli strumenti preventivi, volti ad evitare il conflitto di giudicati: se il contrasto ha ad oggetto due processi sullo stesso diritto ovvero su diritti tra loro incompatibili e i due processi pendano dinnanzi allo stesso ufficio giudiziario, si utilizzerà la riunione delle cause. Altrimenti, laddove sia in giuoco lo stesso diritto, e quindi si verta in una situazione di *litispendenza*, troverà applicazione l'art 39 cod. proc. civ. e dunque il giudice adito successivamente dovrà emettere una pronuncia di «*absolutio ab instantia*». Se, invece, si tratti di diritti incompatibili, ci si riferirà al-

(34) Cfr. S. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. 1°, 2015, cit., p. 197

l'istituto della connessione e si procederà alla riunione delle cause secondo quanto disposto dall'art 40 cod. proc. civ.

Di grande rilevanza è poi l'istituto dell'eccezione di cosa giudicata: si tratta del mezzo con cui una parte può rilevare l'esistenza di una sentenza passata in giudicato ed impedire al giudice di giudicare nuovamente una lite già decisa, ma può anche costringerlo a riconoscere l'esistenza del giudicato nelle liti dipendenti dal rapporto accertato (35).

Con riferimento ai rimedi successivi, invece, è pacifico che la sentenza pronunciata successivamente in contrasto con una antecedente sia viziata e pertanto sottoponibile ad un mezzo di gravame. Nello specifico, la norma cardine è l'art 395 n.5 cod. proc. civ., in tema di revocazione; essa stabilisce che «le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione [...] se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purchè non abbia pronunciato sulla relativa eccezione» (36). È peraltro possibile che la parte inte-

(35) Cfr. G. A. Micheli, *Sulla natura giuridica dell'eccezione di cosa giudicata*, In *Giur. compl. Cass. Civ.*, 1945, I, p. 86.

(36) Sul tema si vedano, innanzitutto e tradizionalmente, A. Attardi, *La revocazione*, Padova, 1959, p. 1 ss; F. De Stefano, *La revocazione*, Milano, 1957; C. Nicoletti, *La revocazione della sentenza*, Milano, 1988, p. 121 ss; C. Consolo, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989, p. 204 ss.

ressata non impugni la sentenza contraria ad altra avente fra le parti forza di cosa giudicata e che dunque la sentenza medesima passi in giudicato. In ipotesi siffatte sono diverse le soluzioni che il legislatore potrebbe adottare. In prima battuta, i giudicati potrebbero paralizzarsi vicendevolmente; in tal caso, per ottenere la definizione della controversia la parte interessata dovrebbe instaurare un nuovo giudizio al fine di comporre definitivamente la lite. Altra possibilità è che l'uno giudicato prevalga sull'altro. In proposito, la tesi fortemente caldeggiata è che a prevalere sia il secondo. Tuttavia, un orientamento minoritario ritiene che a prevalere debba essere la prima sentenza, per diversi ordini di ragioni. In primis perché l'art 2909 cod. civ. stabilisce che la sentenza passata in giudicato fa «*stato ad ogni effetto*», per cui l'accertamento resiste al sopravvenire di un accertamento con esso contrastante. Non si comprenderebbe, poi, perché il giudicato, che non può essere intaccato anche qualora sopravvenga una decisione della Consulta che dichiari l'illegittimità della norma che il giudice ha applicato al caso concreto, debba cedere di fronte ad un successivo giudicato con esso confliggente. In mancan-

za di una contraria previsione, quindi, dovrebbe prevalere il primo e non il secondo giudicato (37).

Quello sin ora descritto è un contrasto pratico totale tra giudicati; il contrasto può però altresì essere parziale. Il contrasto parziale può atteggiarsi in modo diverso, a seconda che in una delle cause sia dedotta l'intero diritto e nell'altra parte del diritto stesso, ovvero che l'oggetto delle due controversie siano un determinato rapporto giuridico e un diritto che da esso discenda. Nella prima ipotesi, ci si trova di fronte ad un fenomeno di *continenza* di cause e perciò si applicherà l'art 39 cod. proc. civ., ovvero l'art 273 cod. proc. civ. In ogni caso è possibile realizzare il *simultaneus processus*. Se il contrasto intervenisse successivamente, allora si accedrebbe alla tesi della prevalenza di un giudicato sull'altro, nel limite della parte rispetto alla quale il contrasto sussista. Nella seconda ipotesi, ossia qualora l'oggetto delle due controversie sia un determinato rapporto giuridico e un diritto che da esso discenda, non v'è chi non veda che le cause possano essere proposte all'interno dello stesso giudizio o comunque riunite nel medesimo a norma dell'art 40 cod. proc. civ. Se, tuttavia,

(37) Testualmente, cfr. A. Attardi, *Diritto Processuale civile*, 1999, cit., p. 534 ss.

le cause delle quali si discute non possano essere riunite, ci si chiede se possa trovare applicazione l'art 295 cod. proc. civ. (38) in tema di sospensione necessaria, ovvero l'art 337 comma 2 cod. proc. civ. (39).

È da escludere che di regola l'art 295 rappresenti in generale un rimedio volto a prevenire un conflitto parziale pratico di giudicati. L'art 337 comma 2, invece, può trovare applicazione, purchè la sentenza invocata ai fini della sospensione sia passata in giudicato. Va comunque rilevato che sussistono ipotesi in cui la legge fa operare l'efficacia della sentenza già prima del suo passaggio in giudicato.

Com'è possibile notare dalla disamina appena compiuta, diversi sono i rimedi apprestati dall'ordinamento per evitare ovvero rimuovere il contrasto pratico tra giudicati.

1.5 Contrasto teorico e problematiche connesse.

(38) Sospensione necessaria: «Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipenda la decisione della causa».

(39) Sospensione dell'esecuzione e dei processi: «Quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso procedimento, questo può essere sospeso se tale sentenza è impugnata».

Come già rimarcato, il contrasto tra giudicati può atteggiarsi, oltre che alla stregua di un contrasto pratico, di cui si è fin d'ora sommariamente detto, come contrasto teorico, che costituisce l'oggetto specifico della presente ricerca.

Si ha contrasto teorico quando due pronunce hanno ad oggetto situazioni sostanziali che, ancorché diverse, sono tra loro connesse per «pregiudizialità- dipendenza», ovvero discendono dallo stesso rapporto giuridico, in modo da rendere possibile l'applicazione degli effetti positivi che, però, per qualsivoglia ragione non hanno funzionato; oppure da consentire il cumulo processuale, il quale però non si è realizzato (40).

Il contrasto teorico tra giudicati può condurre a situazioni assurde e paradossali. Si pensi al caso in cui, in un primo giudizio, il giudice abbia affermato che Tizio non ha diritto di ricevere il prezzo della compravendita con Caio perché il contratto è inefficace; ed il secondo giudice, in un distinto procedimento, affermi che Caio abbia diritto di ricevere la consegna del bene, perché il contratto di compravendita è pienamente efficace.

(40) Cfr. Francesco P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 2015, cit., p. 197.

La contraddittorietà logica tra giudicati consiste pertanto in un contrasto tra la regola di condotta contenuta in un giudicato e la premessa logica di una regola di condotta contenuta in un altro giudicato. Non si fatica a sostenere che in ipotesi siffatte si assista ad un difetto di coordinamento tra giudicati. Allo stato attuale di giurisprudenza e dottrina, non v'è alcuno strumento per porre rimedio a detta anomalia; ciò stride fortemente con la coscienza del giurista.

La dottrina più evoluta, pertanto, ha talora dato vita ad interventi creativi di vere e proprie categorie giuridiche – si veda la pregiudizialità logica (41) – talaltra ha provato ad interpretare istituti già esistenti ovvero ha ammesso deroghe alle regole generali sulla competenza al fine di risolvere o prevenire contrasti logici tra giudicati. Innanzitutto, dottrina e giurisprudenza ritengono opportuno favorire il cosiddetto «*simultaneus processus*», che in altri termini si configura come la trattazione e decisione congiunta delle cause connesse, anche con possibili deroghe alle regole di competenza che disciplinano i rapporti in contesa. Tale esigenza risulta tanto più intensa quanto più stretta è la connessione che lega le

(41) Si ha pregiudizialità logica quando si tratta di «ipotesi in cui viene dedotto in giudizio uno degli effetti giuridici di un rapporto giuridico» in F. P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 2015, cit., p. 165.

cause distinte. Altresì, è possibile evitare la formazione di giudicati contrastanti attraverso un coordinamento preventivo dei procedimenti, esperibile attraverso gli istituti della sospensione necessaria, prevista dall'art 295 cod. proc. civ., ovvero della sospensione discrezionale del giudice, ex art 337 comma 2 cod. proc. civ., di cui si dirà diffusamente.

Il coordinamento preventivo può riguardare anche le decisioni, per mezzo dell'eccezione di cosa giudicata in collegamento con l'allargamento dei limiti oggettivi del giudicato alle questioni pregiudiziali – per lo meno nel caso di cosiddetta pregiudizialità logica.

Nonostante le molteplici possibilità appena citate, e di cui si parlerà diffusamente nei prossimi capitoli, il contrasto tra i giudicati potrebbe realizzarsi. In queste ipotesi, è da chiedersi se sia possibile realizzare un coordinamento delle due pronunce fra loro in contrasto “teorico”. Gli strumenti in astratto utilizzabili, e che saranno oggetto di attenta analisi nel proseguo della ricerca, sono la revocazione della sentenza, secondo quanto previsto dall'art 395 comma 5 cod. proc. civ., ma anche il cosiddetto effetto espansivo di cui all'art 336 cod. proc. civ., relativo agli effetti della riforma e della cassazione.

Non vi è chi non veda che si tratta di questione assai delicate e controverse, in quanto l'ordinamento giuridico si occupa espressamente di evitare il solo conflitto pratico. Di qui, l'incessante sforzo, al momento solo sommariamente tracciato, della dottrina e della giurisprudenza volto a risolvere i contrasti logici tra giudicati.

Capitolo secondo

RIMEDI PREVENTIVI AL CONTRASTO TEORICO TRA GIUDICATI

SOMMARIO: 2.1 Il coordinamento preventivo dei processi: come realizzarlo? Il *simultaneus processus*. - 2.2 La sospensione del processo sul diritto dipendente. - 2.2.1 La sospensione necessaria ai sensi dell'art 295 cod. proc. civ. - 2.2.2 La sospensione discrezionale del giudice ai sensi dell'art 337 comma 2 cod. proc. civ. 2.2.3 Sentenze della Corte di Cassazione sui rapporti intercorrenti tra gli artt 295 e 337 comma 2 cod. proc. civ. - 2.3 Il coordinamento preventivo delle decisioni: come realizzarlo? - 2.4 Eccezione di cosa giudicata. - 2.5 Limiti oggettivi del giudicato. La pregiudizialità tecnica. - 2.5.1 La pregiudizialità logica. - 2.5.2 "Spogliando a margine di Cassazione n. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpreta-