

# GIUDICATO E MOTIVAZIONE

*Marco de Cristofaro*

*Professore ordinario*

*Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario  
presso la Università di Padova*

SOMMARIO: 1 Motivazione e determinazione dell'efficacia del giudicato, conformativa o di ne bis in idem; 2 Non estensione del giudicato alla motivazione; 3 La motivazione nelle altre figure di giudicato; 4 Il giudicato implicito; 5 Giudicato implicito su questioni di merito: giudicato senza motivazione?; 6 Domanda di accertamento incidentale, rapporti sinallagmatici e limiti alla rilevanza della motivazione: interessi superindividuali e poteri formativi ad esercizio giudiziale o stragiudiziale.

## 1 MOTIVAZIONE E DETERMINAZIONE DELL'EFFICACIA DEL GIUDICATO, CONFORMATIVA O DI NE BIS IN IDEM

Il ruolo della motivazione quale elemento che contribuisce a determinare il contenuto del giudicato è acquisizione ormai solida.

Ciò vale anzitutto per delimitare la forza vincolante del giudicato di rigetto, i cui effetti preclusivi, sotto il profilo nel *ne bis in idem*, sono inevitabilmente influenzati dal motivo portante della decisione. Dal principio del primato della ragione più liquida<sup>1</sup> e della regola logica, di cui esso è frutto, che per la sentenza di rigetto è sufficiente che l'attore abbia torto su un singolo elemento della fattispecie costitutiva o su un singolo fatto impeditivo, modificativo o estintivo<sup>2</sup>, discende infatti la diversa "tenuta" della decisione che dichiara la domanda infondata per insussistenza del fatto costitutivo piuttosto che per prescrizione o per non ancora sopravvenuta esigibilità del credito.

E non serve indugiare sul fatto che il primato della ragione più liquida ha trovato sanzione espressa – quale epifania ed al contempo garanzia dei valori di economia processuale e di ragionevole durata del processo – nella sentenza delle Sez. Un. n. 26242 del 12.12.2014, che individua tale principio quale limite alla stessa retroazione del giudicato rispetto alle questioni pregiudiziali altrimenti da ritenersi implicitamente definite in sentenza.

Il contributo della motivazione nel perimetrare la tenuta del giudicato in futuri giudizi viene riconosciuto tuttavia anche con riguardo all'effetto conformativo che dispiegano le sentenze di accoglimento. Si è infatti autorevolmente ritenuto che il *dictum* attributivo del bene della vita non lo astrae, non lo ipostatizza del tutto rispetto alla realtà sostanziale,

---

1 Cfr. GOLDSCHMIDT. *Der Prozess al Rechtslage*. Berlin, 1925.

2 Per tutti cfr. PROTO PISANI, Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi. In: *Riv. dir. proc.*, 1990, 406 s.: «rispetto alla statuizione finale dichiarativa dell'inesistenza del diritto ... l'inesistenza anche di un solo fatto costitutivo ovvero l'esistenza anche di un solo fatto impeditivo, modificativo o estintivo è antecedente da solo necessario e sufficiente a causare, a fondare la statuizione dichiarativa dell'inesistenza del diritto»; nonché le conseguenze che ne trae Luiso, *Diritto processuale civile*, v. I, 8. ed. Milano, 2015. p. 188: «quando il giudice ha dichiarato inesistente un effetto giuridico, occorre sempre chiedersi quale sia stato il motivo del rigetto. Infatti, la portata precettiva della sentenza si determina con riferimento a quell'elemento della fattispecie che il giudice ha ritenuto carente ... Ci possono essere motivi di rigetto che chiudono il discorso una volta per tutte ..., mentre ci sono motivi di rigetto che consentono la riapertura del discorso».

poiché la sentenza accerta il diritto *in quanto frutto della fattispecie* dedotta in giudizio<sup>3</sup>.

E ciò non tanto per l'ovvia divergente portata del giudicato secondo che, a fondamento della pretesa di riconsegna, sia dedotto un diritto reale od obbligatorio, nell'ottica per cui l'azione di rivendica dà luogo ad una pregiudiziale *ex lege* sull'esistenza del diritto di proprietà (avendosi nel caso di deduzione del diritto dominicale, sempre salva l'eventualità della preminenza di una questione più liquida, un allargamento dell'oggetto del processo all'accertamento della proprietà, che ovviamente non v'è in caso di pretesa fondata sulla scadenza del contratto di locazione).

Ciò che maggiormente interessa è piuttosto la diversa prospettiva per cui l'attribuzione di un diritto a titolo ad es. di locazione o di compravendita impedisce successivamente di sostenere una diversa natura del contratto che è titolo di godimento del bene, ove ciò possa portare allo svuotamento della pienezza o del senso della tutela del diritto riconosciuta dal primo giudicato. E così, riconosciuto all'attore il diritto alla consegna di un immobile quale conduttore, né il convenuto potrebbe agire sostenendo che il rapporto tra le parti era un comodato risolubile *ad nutum*, né l'attore potrebbe opporsi alla successiva pretesa di rilascio alla scadenza sostenendo che il contratto non era di locazione bensì di compravendita o di comodato acceso per esigenze familiari<sup>4</sup> con diritto al trattenimento sino al venir meno di queste; per converso, riconosciuto all'attore il diritto alla consegna di un immobile a titolo di esecuzione di un contratto di compravendita, né il convenuto potrà chiedere successivamente il rilascio del bene affermandosene locatore ed allegando la scadenza della locazione, né l'attore potrebbe pretendere che il perimento della cosa resti a carico del convenuto, quale locatore, per sottrarsi alla *perpetuatio* del proprio obbligo disposta dall'art. 1465, co. 1, c.c. ovvero, volta che sia stata riottenuta la consegna della cosa, per sottrarsi al *res perito domino*.

3 V. ATTARDI, In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata. In: *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, p. 499 ss.: «si deve ritenere che il contenuto della volontà di legge sostanziale contenga la indicazione della fattispecie in relazione alla quale si determinano gli effetti che si produrranno sul piano sostanziale; vale a dire che l'accertamento, che opera come reiterazione dell'astratta volontà di legge, non può non fare riferimento alla fattispecie da questa prevista. Quando la domanda sia respinta, l'accertamento giudiziale conterrà la dichiarazione dell'obbligo del giudice che lo pronuncia e di ogni altro giudice di ritenere inesistente il dedotto diritto con riferimento alla fattispecie posta a fondamento della domanda stessa».

4 Cfr. Cass., sez. un., 21 luglio 2004, n. 13603, per la quale, in tali ipotesi, si è in presenza di un comodato a termine entro cui il comodante è tenuto a consentire la continuazione del godimento sin tanto che sia attuale l'esigenza di destinare l'immobile all'uso previsto nel contratto, permanendo le esigenze abitative familiari, salva l'ipotesi di sopravvenienza di un urgente ed impreveduto bisogno (*ex art. 1809, co. 2, c.c.*). Solo quando vengano meno le esigenze familiari che hanno determinato l'assegnazione, la casa di abitazione dovrà essere restituita al comodante: Cass., 24 novembre 2015, n. 23978; Cass., 29 gennaio 2016, n. 1666.

## 2 NON ESTENSIONE DEL GIUDICATO ALLA MOTIVAZIONE

Fatto salvo questo ruolo ausiliario della motivazione, rilevante non nell'estendere l'oggetto del giudicato bensì al fine di perimetrarne la forza vincolante ed assicurarne la tenuta in futuri giudizi<sup>5</sup>, il principio tralaticio è espresso dalla regola per cui la forza del giudicato sostanziale "cala" solo sul dispositivo e non sulla motivazione<sup>6</sup>.

Regola icastica, da non intendersi alla lettera bensì nel senso che l'autorità del giudicato sostanziale ha riguardo alle specifiche situazioni sostanziali che, in veste di diritti soggettivi o rapporti giuridici complessi, hanno costituito oggetto della domanda di parte o delle più domande travasate entro un rapporto processuale cumulativo.

Come ricavabile dall'art. 34 c.p.c., norma di chiara ascendenza chiovendiana che compendia il più articolato disposto dei §§ 322 e 261 ZPO, con l'ivi previsto ruolo centrale della *Zwischenfeststellungsklage*, il giudicato si limita dunque all'attribuzione/negazione del bene della vita controverso e, in assenza di specifica domanda di parte, esso non concerne né i passaggi logici che il giudice ha affrontato per addivenire a tale statuizione, ma nemmeno le questioni che pure abbiano oggetto idoneo al prodursi degli effetti di cui all'art. 2909 c.c.: poiché concernenti diritti soggettivi per i quali, *ex artt.* 2907 c.c. e 24 Cost.<sup>7</sup>, è appunto possibile la richiesta di tutela giurisdizionale.

5 V. CONSOLO. Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 226 ss.: né la domanda né l'oggetto del giudizio, ma solo la portata prospettica del giudicato è influenzata dal "motivo portante" della decisione.

6 In questi termini "topografici" ragiona testualmente l'art. 480 del c.p.c. francese: «Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche». La definizione di cosa sia le principal si ricava poi dall'art. 4 c.p.c. francese, che apre la sezione dedicata all'Object du litige: «L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant». Ricombinando i dati normativi, ne segue che l'autorità di cosa giudicata inerisce alle statuizioni presenti nel dispositivo, che rispondono alle rispettive domande di parte quali enunciate negli atti introduttivi e nelle conclusioni, ovvero nelle domande incidenti. È comunque ricorrente anche in Francia la tendenza latente a commisurare forza vincolante di giudicato alle "decisioni implicite" che costituiscono – per usare la terminologia cara alla nostra giurisprudenza – premessa logica indispensabile del dictum rintracciabile nel dispositivo.

7 Sull'identificazione nel diritto soggettivo dell'unico possibile oggetto del giudicato, in ripudio delle teoriche germaniche del prozessualer Anspruch, v. per tutti Cerino Canova, in *Commentario del c.p.c. diretto da Allorio*, II, 1, Torino, 1980, 143 ss.; Menchini, I limiti oggettivi del giudicato civile, Milano, 1987, 45 ss.; Consolo, voce «Domanda giudiziale», in *Digesto-IV ed.*, Disc. Priv., Sez. Civ.; Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 387.

Tale risultato viene essenzialmente radicato nella valorizzazione del principio dispositivo e di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, entro una relazione di identità tra oggetto della domanda, oggetto del processo ed oggetto del giudicato che ammette bensì una rastremazione nella parte finale del crescendo (ossia l'oggetto del giudicato), ma unicamente in quanto la sentenza di rigetto, per il già ricordato operare del primato della questione più liquida<sup>8</sup>, può talora non riflettere per intero l'oggetto della domanda e del processo<sup>9</sup>.

I casi di tale "rastremazione" sono ben noti, e si correlano al già ricordato ruolo determinante della motivazione nel fissare la forza vincolante del giudicato di rigetto: nel presupposto che la rivendica deduca il diritto di proprietà, allorché il giudice rigetti per carenza del requisito del possesso in capo al convenuto; ovvero allorché il rigetto della domanda di adempimento o risoluzione si fondi sulla mancata scadenza del termine o sul mancato

---

8 Su cui v., a parziale integrazione delle tesi esposte ne I limiti oggettivi, cit., lo stesso Menchini, voce «Regiudicata civile», in *Digesto-IV* ed., Disc. Priv., Sez. Civ., 437: «mentre nelle ipotesi di accoglimento della domanda proposta, la sentenza contiene di regola un accertamento, esplicito o implicito, circa l'esistenza e la validità del rapporto complesso, poiché il riconoscimento della sussistenza dell'effetto sostanziale controverso presuppone normalmente l'esistenza di tutti i fatti costitutivi e l'inesistenza di tutti i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, in caso di decisione di rigetto il discorso è un poco più articolato. Infatti, da un lato, la portata del giudicato, specialmente di quello reiettivo dell'istanza, varia in funzione dei motivi sui quali la pronuncia si fonda, e, dall'altro lato, per l'operatività del principio "del primato della questione risolutiva di più pronta soluzione", espressamente accolto dall'art. 187, co. 2, c.p.c., il giudice può respingere la domanda dopo essersi convinto dell'esistenza di un solo fatto impeditivo, modificativo od estintivo o dell'inesistenza di un solo fatto costitutivo, restando le altre questioni assorbite. Ne consegue che, ove le parti abbiano incentrato la lite in ordine a questioni che attengono unicamente alla coppia diritto-obbligo fatta valere e la pronuncia di rigetto sia fondata su motivi che attengono esclusivamente a quest'ultima situazione (ad es.: perché la rata non è ancora scaduta o è prescritta), non si avrà alcun accertamento imperativo sull'esistenza o sull'inesistenza del rapporto fondamentale, giacché tale questione rimane assorbita; per contro, una siffatta dichiarazione autoritativa si avrà, se la sentenza sia basata sul riconoscimento della invalidità o dell'inesistenza del rapporto fondamentale costitutivo».

9 V. anche Cass., sez. un., 12.12.2014, n. 26242, punto 5.4: «Oggetto del processo, oggetto della domanda giudiziale e oggetto del giudicato risultano allora cerchi sicuramente concentrici, ma le cui aree non appaiono sempre perfettamente sovrapponibili. Gli stessi autori che ne propugnano l'assoluta identità convergono poi con l'affermazione secondo cui la reale portata del giudicato, soprattutto in caso di pronuncia di rigetto, è determinata dai motivi della decisione, ove la controversia abbia riguardato esclusivamente un segmento del più ampio rapporto sostanziale (l'esemplificazione più significativa è quella della domanda di condanna al pagamento di una singola rata, pur oggetto di un più ampio rapporto contrattuale). La pronuncia di rigetto fondata esclusivamente su motivi attinenti a tale limitata frazione del rapporto (rata non scaduta ovvero non dovuta o prescritta) induce anche i fautori dell'assoluta corrispondenza tra oggetto della domanda, oggetto del processo ed oggetto del giudicato a ritenere che non si sia in presenza di alcuna statuizione vincolante sulla esistenza/inesistenza del rapporto sostanziale, restando tale più vasta questione "assorbita" nel limitato decus del caso di specie. L'affermazione va condivisa, con la conseguenza che la perfetta corrispondenza, sempre e comunque, tra gli oggetti, rispettivamente, della domanda, del processo e del giudicato, non appare, ancor oggi, predicabile tout court in assenza di una esplicita previsione legislativa in tal senso ... Proprio la facoltà del giudicante di definire il processo celermente, sulla base della ragione più liquida [ . . . ] impedisce di affermare la perfetta sovrapponibilità dell'oggetto del processo all'oggetto del giudicato». V. in tema anche Luiso, *Diritto processuale civile*, I, cit., 157.

avverarsi della condizione, o ancora sull'eccezione di inadempimento (che del pari opera in via logicamente preliminare, prevenendo qualunque necessità di verifica di altre ragioni di inesistenza dell'obbligo e così qualunque accertamento su validità ed efficacia del contratto). In tali casi il giudicato non "copre" l'intero oggetto della domanda, e lo stesso accade anche nel caso di rigetto per prescrizione, per effetto del ben noto "fondamento ipotetico" della dichiarazione d'intervenuta prescrizione del diritto oggetto della domanda attrice; e così pure nel caso di rigetto della rivendica per ricognizione dell'usufrutto di cui beneficia il convenuto, poiché anche qui non si avrebbe necessariamente l'accertamento della proprietà dell'attore. Ad essi si potrebbe aggiungere l'ipotesi di rigetto della domanda di pagamento per transazione non novativa del debito originario, che pur deve esistere per essere transatto, e tuttavia per il rigetto non richiede l'accertamento di sua esistenza, tale da consentire all'attore soccombente di invocare il precedente giudicato per chiedere *de plano* la condanna del debitore volta che la transazione sia stata risolta per inadempimento.

Solo la compensazione impone una soluzione diversa, in virtù della consolidata prevalenza della cd. *Beweiserhebungstheorie* – che ha soppiantato la più risalente cd. *Klageabweisungstheorie*, oramai neppure più ricordata nei manuali di diritto processuale civile tedeschi –, coerente con l'esigenza che venga accertata la sicura esistenza del credito principale prima che si possa imporre al convenuto il sacrificio del controcredito, quale *extrema ratio* per ottenere il rigetto della domanda attrice.

### 3 LA MOTIVAZIONE NELLE ALTRE FIGURE DI GIUDICATO

Se questo approccio è solido, per quanto attiene al giudicato "ieratico" *ex art. 2909 c.c.*, va osservato peraltro che il contenuto della motivazione riacquista una centralità determinante allorché vengano in gioco figure spurie di giudicato, quali il giudicato interno o il cd. giudicato cautelare; salvo poi perdere questa centralità nella più recente lettura giurisprudenziale che avalla largamente il giudicato implicito: ossia un giudicato senza motivazione la cui forza si estende a questioni che non sono state oggetto di specifica attenzione da parte del giudice.

Per quanto riguarda il giudicato cd. *interno*, la centralità della motivazione discende evidentemente da quelle letture che non ne limitano la portata al caso che su una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito sia stata resa una sentenza non definitiva, ma la estendono a tutte le ipotesi in cui si sia avuta la definizione di una questione controversa tra le parti, anche contenuta – appunto – nei passaggi della motivazione:

definizione che, se non oggetto di specifico motivo di impugnazione, “si impone” al giudice del grado superiore, salvi i limiti della dipendenza tra questioni e/o l’effetto devolutivo esterno, vincolandone il giudizio.

Questo non è il luogo per ritornare sul dibattito circa l’ampiezza dell’effetto devolutivo, in appello o in cassazione, e sulla *verata* nozione di capo di sentenza.

Ciò che ai nostri fini rileva è rimarcare che, nel risolvere le questioni controverse tra le parti, si riconosce che il giudice si renda comunque *autore di un accertamento*, entro un provvedimento che ha strutturalmente efficacia dichiarativa, non diversamente dalla statuizione su domanda<sup>10</sup>, ed è appunto questo connotato strutturale che giustifica le letture dell’art. 310, co. 2, c.p.c. che ammettono l’efficacia pan-processuale delle sentenze non definitive di merito (ancorché resti dubbio il fondamento di tale efficacia, e soprattutto la tesi che essa si produca non in considerazione dell’oggetto dell’accertamento bensì della sua veste, ossia *per il sol fatto* che le questioni preliminari vengano rese oggetto di una non definitiva).

È un accertamento che ha un oggetto non coincidente con quello elettivamente individuato nell’art. 2907 c.c.<sup>11</sup>, potendo cadere su qualsivoglia questione, di rito o di merito<sup>12</sup>, alla sola condizione *funzionale* di porsi come idonea a consentire il rigetto della domanda senza necessità di ulteriori

10 V. Attardi, voce «Preclusione», in Enc. Dir., vol. XXXIV, Milano, 1985, 905, la cui critica all’utilità del concetto di preclusione muove appunto dal riconoscimento della natura dichiarativa dell’accertamento del giudice quale fonte del vincolo al contenuto della statuizione giudiziale con la quale il giudice, pronunciando la sentenza, ha esaurito il potere decisorio; per l’esistenza di un momento dichiarativo nelle sentenze non definitive v. anche Menchini, voce «Regiudicata civile», cit., 418.

11 Attardi, voce «Preclusione», cit., 907: «non si nega affatto che una sentenza che abbia deciso su una domanda possa – in relazione all’incontrovertibilità dell’accertamento in essa contenuto operante al di fuori del processo – dar luogo a problemi e questioni ad essa particolari e, di conseguenza differenziarsi nella disciplina da altre decisioni pronunciate nel processo; ma è una diversità che si ricollega fondamentalmente all’oggetto della statuizione giudiziale e che si manifesta sotto profili che non si riflettono in un diverso rilievo della decisione, in particolare per ciò che riguarda la spiegazione della forza vincolante che si ricollega all’accertamento che la decisione stessa contiene»; Menchini, voce «Regiudicata civile», cit., 419: «si può rilevare che il fenomeno per il quale diviene incontestabile l’attribuzione di un bene della vita non è assimilabile a quello per il quale una questione (di rito o di merito) decisa non può essere nuovamente discussa, in caso di riproposizione della stessa domanda: nella prima ipotesi, il provvedimento incide prima sulla sfera sostanziale, imponendosi alle parti come regolamento autoritativo del rapporto giuridico, e poi sulla sfera processuale, vincolando ogni giudice a tenere fermo il precedente accertamento; nella seconda ipotesi, invece, la sentenza può avere rilevanza soltanto in futuri processi, poiché non dichiara una concreta volontà di legge sostanziale, e solamente se è esercitata la stessa azione»: qui dunque sta la differenza secondo Menchini, nell’impossibilità di un vincolo per processi su diritti dipendenti, incompatibili o connessi, oltre che nella necessaria identità delle parti e nell’incapacità di sopravvivere allo *ius superveniens* retroattivo.

12 V. sempre Attardi, In tema di questioni pregiudiziali e giudicato, in *Studi in memoria di Guicciardi*, Padova 1975, 185 ss., che fa salve le sole questioni pregiudiziali di merito – ex art. 34 c.p.c. – non evolute in cause pregiudiziali.

approfondimenti istruttori; esso resta pertanto incapace di produrre quell'effetto esterno al processo di incontrovertibilità della situazione giuridica che è garanzia della conformità alla legge dell'azione di un soggetto nei confronti degli altri soggetti dell'ordinamento, e che è necessitata dall'esigenza di stabilità nell'attribuzione del bene della vita. Tuttavia la decisione di questioni opera nel processo per il giudice che l'ha pronunciata creando un vincolo al contenuto della statuizione giudiziale, appunto in quanto emerga dalla motivazione, che – salvo il fatto che non è destinato a proiettarsi in futuri giudizi – strutturalmente non si differenzia dall'accertamento votato al giudicato sostanziale “esterno”. Ed è un accertamento che comunque, a nostro avviso e con le conclusioni che se ne potranno trarre quanto ai limiti dell'effetto devolutivo, prescinde dal fatto che la questione sia stata oggetto di sentenza non definitiva, poiché non può certo essere la “veste formale” della decisione ad influenzare la qualità dell'operato del giudice<sup>13</sup>.

Non v'è ragione pertanto per escludere dalla concezione del giudicato il fenomeno abitualmente ricondotto alla tematica del giudicato interno, benché agli accertamenti che ne costituiscono il substrato si riconosca efficacia vincolante *entro* i confini del rapporto processuale, come a me pare preferibile e conforme all'esigenza di formazione progressiva della decisione e di massima valorizzazione della cognizione di primo grado<sup>14</sup>, conformemente ai valori di recente consacrati da Cass., S.U., 12.12.2014, n. 26242, e Cass. S.U., 15.6.2015, n. 12310.

Ovviamente la motivazione è centrale anche nel perimetrare l'ambito oggettivo del c.d. giudicato cautelare. Come specificato nella trama codicistica, del provvedimento concessivo è consentita la revoca/modifica solo in presenza

13 Come ricorda Menchini, voce «Regiudicata civile», cit., 418: «non esiste alcuna biunivoca corrispondenza tra l'art. 2909 c.c. e l'art. 324 c.p.c., poiché se è vero che l'autorità di cosa giudicata presuppone il passaggio in giudicato formale, non è vero anche il contrario, ossia che quando, in ordine ad un certo provvedimento, si sia costituito il giudicato formale ex art. 324 c.p.c. debba necessariamente prodursi anche il giudicato sostanziale ex art. 2909 c.c.».

14 In contrario non ci pare sia decisiva l'obiezione di Attardi, voce «Preclusione», cit., 908, per cui, se si consentisse che l'ambito dei presupposti di fatto e di diritto di una statuizione giudiziale non comprenda tutte le questioni la cui soluzione è stata posta come premessa della statuizione medesima, si verrebbe ad ammettere che «si possa avere una decisione di accertamento dell'esistenza di un diritto soggettivo senza che la valutazione di tale esistenza risulti compiuta in relazione all'intera fattispecie del diritto medesimo», e che «un giudice possa, in sede di cognizione ordinaria, dichiarare l'esistenza di un diritto soggettivo senza valutare la sussistenza dell'intera fattispecie cui il diritto medesimo si ricollega, e senza, quindi, tener conto [...] di tutte le questioni, di fatto o di diritto, relative alla fattispecie medesima». In realtà l'ordinamento conosce dei meccanismi di “fissazione formale” di questioni rilevanti ai fini della decisione, oggi esemplarmente tipizzati dalla non contestazione di cui all'art. 115, co. 1, c.p.c., e non si vede cosa possa impedire che un omologo meccanismo di fissazione formale della soluzione di una questione di fatto o di diritto si radichi nell'accertamento al riguardo contenuto nelle pronunce rese nei precedenti gradi di giudizio. Il problema della ricostruzione dei limiti oggettivi del giudicato, nel “mosaico” tra la decisione di primo e quella di secondo grado, oltre che sovrastimato, diviene a quel punto meramente empirico.

di «mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare», ossia di fatti sopravvenuti o di un deducibile incolpevolmente non dedotto (art. 669 *decies* c.p.c.). Diversamente, a fronte di un provvedimento di diniego potrà essere proposto nuovo ricorso cautelare solo per «nuove ragioni di fatto o di diritto» (art. 669 *septies* c.p.c.), ossia invocando un deducibile non dedotto, ancorché non relativo a fatti sopravvenuti. Ed è evidente che la ricorrenza di questi presupposti non potrà essere operata se non avendo riguardo alla motivazione del provvedimento originario, reso in prime cure od in sede di reclamo: provvedimento che, sui vari punti rilevanti per la concessione od il diniego della cautela, contiene a propria volta un accertamento, sia pur connotato dal crisma di un'intrinseca provvisorietà che lo allontana – per quanto *ad abundantiam* ed evocativamente specificato nell'ult. co. dell'art. 669 *octies* c.p.c. – dagli effetti dell'art. 2909 c.c.: e con ciò, in quanto del pari riconducibile alla figura dell'accertamento autoritativo e vincolante entro l'alveo di quello specifico contenzioso, sebbene non nei riguardi del giudizio a cognizione piena (come appunto specifica l'art. 669 *octies* c.p.c.), ben legittima l'utilizzo della nozione di giudicato cautelare.

#### 4 IL GIUDICATO IMPLICITO

Diversamente si atteggia il discorso allorché venga in esame la tematica del giudicato implicito.

Qui, in realtà, il rapporto tra accertamento, motivazione e giudicato si perde, perché per definizione si postula che l'efficacia di giudicato promani dal silenzio, ossia nonostante l'assenza di un accertamento su una determinata pregiudiziale di merito che trovi altresì riscontro nella motivazione. Addirittura, nell'epifania più paradossale dell'istituto<sup>15</sup>, si

15 Si fa riferimento qui a Cass., sez. un., 4.9.2012, n. 14828: «Qualora dopo il rilievo officioso sia stata formulata, tempestivamente o previa rimessione in termini, domanda volta all'accertamento della nullità e ad eventuali effetti restitutori, la statuizione sul punto, se non impugnata, avrà effetto di giudicato ... Ove non sia formulata tale domanda, il rilievo della nullità fa pervenire al rigetto della domanda di risoluzione con accertamento incidenter tantum della nullità, dunque senza effetto di giudicato sul punto. Il giudicato implicito sulla validità del contratto, secondo il paradigma ormai invalso (cfr. Cass., sez. un., n. 24883/2008, Cass., sez. un., n. 407/2011; Cass., sez. un., n. 1764/2011 [n.d.r.: le prime due in tema di giurisdizione, la terza in tema di giudicato interno, impropriamente qualificato come implicito]), potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito». Cfr. al riguardo l'efficace chiosa di Consolo, Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?, in *Corr. Giur.* 2013, 185 s.: «Potenza dell'implicito, verrebbe da dire; ripudio della verbosità e gran forza del silenzio ... Un vero chiasmo: al giudicato ripugna la discorsività processuale, esso invece si genera nel (e dal) silenzio ... Il supposto sarebbe allora quello per cui "di ciò che sarebbe fin banale e scontato parlare si deve tacere" (per parafrasi, emendata, dal Wittgenstein) o, più modernamente, the less, the more»; v. in senso critico anche Menchini, *Le Sez. un.*, fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto, in *Nuovi quaderni del Foro it.*, n. 2-2015, § 1.

sarebbe potuto avere giudicato implicito là dove il giudice avesse taciuto (sulla validità del rapporto contrattuale), mentre nessuna efficacia di giudicato avrebbe potuto assistere la definizione espressa della questione di nullità (con accoglimento della relativa eccezione).

Va peraltro ricordato come la teorica del giudicato implicito, affacciata nel vigore del primo codice unitario per quanto attiene ai rapporti tra sentenze interlocutorie istruttorie e le questioni di merito ad esse logicamente preliminari<sup>16</sup>, in tempi più recenti si è forgiata con precipuo riferimento alla questione di giurisdizione.

È proprio a tale riguardo che le Sez. Un.<sup>17</sup> hanno ritenuto, e poi imposto al Consiglio di Stato ed ai *conditores* del Codice del Processo Amministrativo (art. 9), la sussistenza di una decisione positiva implicita sulla giurisdizione in tutte le sentenze che abbiano pronunciato nel merito, richiedente pertanto specifico motivo d'impugnazione a pena di successiva irretrattabilità del punto entro il rapporto processuale: in ragione del fatto che una siffatta sentenza logicamente presuppone la definizione dell'oggetto processuale del giudizio nel senso della sussistenza delle condizioni di decidibilità della causa nel merito<sup>18</sup>.

---

16 Questa era la situazione cui ebbero riguardo le considerazioni di Allorio, Critica della teoria del giudicato implicito, in Riv. dir. proc. civ., 1938, II, 245 ss.

17 Con la ben nota sentenza 9.10.2008, n. 24883. Al riguardo v. l'analisi ad ampio spettro – coinvolgente anche il parallelo ripensamento dell'istituto del ricorso incidentale condizionato – di Consolo, Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sez. Un. sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito), in Riv. dir. proc. 2009, 1141 ss.

18 Dando così riscontro alla tesi del cd. doppio oggetto del giudizio – processuale e sostanziale – di cui alliere è Consolo, Il cumulo condizionale di domande, Padova 1985, passim, già sulla scia di Allorio, Critica, cit., 250: «è vero ed è intuitivo che una decisione affermativa da parte del giudice adito circa il proprio potere di giudicare sul merito deve necessariamente precedere la decisione nel merito». In giurisprudenza la tesi del “doppio oggetto” del giudizio è condivisa, da ult., appunto da Cass., sez. un., n. 24883/2008, e già prima da Cass., sez. un., 20.2.2007, n. 3840, in Corr. Giur. 2008, 375, con nota di Consolo, Inutiliter data e non bisognosa di gravame la decisione di merito resa dopo (e nonostante) una statuizione assorbente in rito: le Sez. Un. tornano a ispirarsi al duplice oggetto del giudizio; da Cass., sez. un., 10.5.2002, n. 6737, in Foro it. 2002, I, 3393; da Cass., Sez. Un., 14.3.1990, n. 2078, in Giur. it. 1991, I, 1, 1485. In senso contrario al rigore della tesi del doppio oggetto del giudizio – ammettendo cioè la possibilità che la manifesta infondatezza della domanda sia tale da consentire il suo rigetto nel merito anticipando e rendendo superflua la verifica puntuale delle condizioni di decidibilità della domanda, facendo eco alle tesi sviluppate in Germania da Rimmelspacher – v. Cass., sez. un., 18.12.2008, n. 29523, e successivamente la già ricordata Cass., sez. un., n. 26242/2014: conclusione non condivisibile, poiché – guidata dall'ansia di assicurare il massimo spettro preclusivo possibile alla decisione che definisce il giudizio, in ossequio alla ragionevole durata – ammette l'irrocervo di un giudicato di merito proveniente da un giudice chiamato, appunto, a dichiarare il difetto del proprio potere decisorio nel merito. Perplexità al riguardo anche in Menchini, Le Sez. un., fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 3, nt. 24: «se sussiste un vizio insanabile o non sanato che mina la validità dell'intero procedimento, la causa non può essere risolta nel merito, perché un processo del tutto invalido non può originare una valida e giusta sentenza di merito».

Tuttavia va precisato che, riferita all'affermazione della giurisdizione, la tesi del giudicato implicito costituisce una delle risposte che – accanto alla *translatio iudicii* ed alla ridefinizione degli effetti del ricorso incidentale condizionato<sup>19</sup> – la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di fornire alla situazione di incertezza circa i confini della cd. giurisdizione esclusiva occasionata dall'eccezionale susseguirsi di rivolgimenti legislativi e di giurisprudenza costituzionale nella prima decade del millennio<sup>20</sup>: rivolgimenti che avevano fatto apparire inaccettabile (tra l'altro) che il rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione rimanesse possibile per la prima volta anche dinanzi alla Cassazione, al modo di "spada di Damocle" capace di pregiudicare irreversibilmente interessi di parte rendendoli vittime di norme dall'interpretazione non ancora assestata o della loro caducazione con effetti retroattivi ad opera della Consulta.

Non è un caso che le stesse Sez. Un. abbiano esplicitamente rifiutato di estendere questa teorica alle altre condizioni di decidibilità della causa nel merito (fors'anche timidamente, per talune di esse), ritagliando la figura del giudicato implicito sulle specifiche peculiarità della questione di giurisdizione nel riparto<sup>21</sup>, in cui il ritenuto conseguimento dell'equivalenza funzionale tra i vari plessi della giurisdizione statale più non giustificava la sopravvivenza di un'esegesi dell'art. 37 c.p.c. che accettasse la possibilità che venisse "giocata", a sorpresa e sino all'ultimo atto, "la carta estrema della distruzione processuale"<sup>22</sup>.

A consuntivo: il giudicato implicito viene coniato quale evoluzione del *giudicato interno* sulla declaratoria esplicita di giurisdizione (destinata a consolidarsi in caso di mancato motivo d'appello sul punto<sup>23</sup>), e ciò al fine di impedire la riapertura della questione di giurisdizione in carenza di una disciplina preclusiva equivalente a quella dettata dall'art. 38 c.p.c. per la, alla fine percepita come omologa, tematica della incompetenza; viene circoscritto

19 Cfr., rispettivamente, le ben note Cass., sez. un., 22.2.2007, n. 4109, e Cass., sez. un., 6.3.2009, n. 5456.

20 Si ricordino dapprima il D.Lgs. n. 80/1998, le cui norme ampliative delle materie di giurisdizione esclusiva (a "compensazione" della confluenza del pubblico impiego nella giurisdizione del Tribunale del lavoro) sono state dichiarate costituzionalmente illegittime per eccesso di delega da C. Cost., 17.7.2000, n. 292; successivamente la L. 205/2000, pubblicata 4 giorni dopo la pronuncia della Consulta e reiterativa delle norme dichiarate incostituzionali, è stata a sua volta dichiarata parzialmente incostituzionale dalla sentenza C. Cost., 6.7.2004, n. 2014, con le precisazioni offerte da C. Cost., 11.5.2006, n. 191.

21 V. Cass., sez. un., 30.10.2008, n. 26019: «Mette conto osservare, per esigenza di sistema, che alla carenza di potestas giudicandi vengono ricondotte – come s'è visto – ipotesi di nullità del tutto diverse dal difetto di giurisdizione, per le quali, pure, la giurisprudenza consolidata di questa Corte ha riconosciuto l'inevitabilità del controllo – anche officioso – in sede di legittimità [...] Orbene, per queste ipotesi la prospettiva del giusto processo non appare affatto incompatibile con la rilevanza d'ufficio in ogni stato e grado in deroga ai principi generali della disponibilità della tutela giurisdizionale e dell'onere di impugnazione».

22 Così, testualmente, Cass., sez. un., n. 24883/2008.

23 In tal senso, con l'esplicito intento di definitivamente "vincere" le contrarie inclinazioni del Consiglio di Stato, Cass., sez. un., n. 4109/2007.

specificamente a questo settore da una S.C. preoccupata di un “contagio” alle altre questioni processuali; viene contenuto, nella propria operatività, dalla immediata precisazione circa l’insussistenza di un ordine predefinito tra le questioni di rito, neppure tra giurisdizione e competenza, sì da ammettersene l’operatività solo in caso di decisione, anche non definitiva, di merito<sup>24</sup>; viene correttamente ripudiato, in dottrina, quale strumento utile a dar conto del consolidamento del *dictum* positivo sulla giurisdizione in presenza di passaggio in giudicato di una sentenza parziale sul merito<sup>25</sup>, a conferma comunque dell’inerenza del giudicato implicito alle prospettive del giudicato interno sulla giurisdizione.

Eppure la nozione viene espianata da questo tessuto ed innestata sulla tutt’affatto diversa tematica dei limiti oggettivi del giudicato cd. “esterno” di merito: entro una sorta di operazione transgenica<sup>26</sup> che – a mio avviso – non può non comportare reazioni di rigetto.

## 5 GIUDICATO IMPLICITO SU QUESTIONI DI MERITO: GIUDICATO SENZA MOTIVAZIONE?

Diverse sono le ragioni che inducono a ripudiare la teoria del giudicato implicito sulla validità del contratto in caso di sentenza che abbia meramente riconosciuto l’esistenza di uno degli effetti che nel contratto hanno fonte, senza punto affrontare la questione di validità.

a) Anzitutto vi è la presa d’atto del paradosso che si produce nel confronto tra il nostro sistema e quello nordamericano, che è stato attentamente studiato, ma alla fine per lo più respinto, dalla nostra dottrina (non da ultimo, diremmo noi, in quanto “figlio” del sistema del notice

24 V. Cass., sez. un., 18.12.2008, n. 29523, che ha ritenuto che «il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l’affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l’unico tema dibattuto sia stato quello relativo all’ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l’evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione»: e ciò a parziale correzione di quanto statuito da Sez. Un., n. 24883/2008, ove si era postulato che «anche la pronuncia che declina la competenza implica l’affermazione della giurisdizione».

25 Su questo versante si muovevano le puntuali considerazioni sull’inutilità della nozione di giudicato implicito di A. Romano, Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali, in Giur. it. 2001, 1292 ss., che (a pag. 1300) appunto criticava «gli effetti discorsivi del richiamo al giudicato processuale implicito ... secondo uno schema già ampiamente censurato e contrario alla realtà normativa emergente dell’art. 37 c.p.c.». Nulla può obiettarsi allora all’evoluzione giurisprudenziale culminata con Cass., sez. un., n. 24883/2008, che ha finito con il ritagliare uno spazio concettualmente fruibile all’utilizzo del giudicato implicito ... proprio “riscrivendo”, come noto, il suddetto art. 37 c.p.c.

26 Per la cui critica v. già Consolo, Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto, cit., 185.

pleading<sup>27</sup>, ossia un sistema entro il quale l'atto introduttivo viene redatto in termini massimamente sintetici e nella sostanza limitato all'indicazione dell'oggetto della pretesa attrice e della fattispecie giuridica invocata a suo fondamento<sup>28</sup>: cui seguirà l'utilizzo del momento processuale quale contesto in cui non solamente si forgia il materiale istruttorio, ma si delineano a valle i temi del contraddittorio tra le parti).

Ebbene, anche in quello che è considerato uno degli ordinamenti più aperti ad ammettere l'estensione del giudicato ad elementi della motivazione, notoriamente tale effetto si produce in tanto in quanto su di essi vi sia stata una ampiezza di discussione tale da rendere ragionevole che le parti non possano più revocare in dubbio l'esito decisorio attinto nel primo processo sulle questioni ivi definite. Per contro la tesi del giudicato implicito ammette la formazione del vincolo da *bis in idem* dal silenzio, da una situazione in cui sulle questioni che ne risultano oggetto non vi sia proprio stato un *iudicium*, e tanto meno un *iudicatum*<sup>29</sup>.

Il tutto, a nostro avviso, in violazione anche dell'art. 101, co. 2, c.p.c. e del principio della difesa, poiché avremmo un esito decisorio irretrattabile su una questione che mai è stata oggetto di dibattito delle parti. Né può persuadere, a tale riguardo, la replica per cui è la domanda attrice che deduce in giudizio *anche* il rapporto fondamentale, poiché – così come non può aversi decisione sulla nullità rilevata d'ufficio senza segnalazione alle parti – ci sembra che non

27 Cfr. in arg., con amplissima analisi, Dondi, Introduzione della causa e strategie di difesa. Il modello statunitense, Padova, 1991, passim.

28 Modello peraltro entrato in crisi, a seguito delle note sentenze della Corte Suprema Twombly ed Iqbal. V. in proposito Dalla Bontà, La Suprema Corte statunitense generalizza l'onere di specificità dell'atto introduttivo (complaint): da Twombly (2007) a Iqbal (2009), e Gidi, Twombly e Iqbal: il ruolo della Civil Procedure nello scontro politico-ideologico della società statunitense, entrambi in Int'l Lis 2010, 2, rispettivamente 94 e 104 (pronunce cui è peraltro sottesa una policy specifica di "chiusura" delle aule di giustizia statunitensi rispetto ad azioni non sorrette ex ante da informazioni o prove adeguate, con revirement rivoluzionario che stravolte una tradizione giurisprudenziale di oltre ottant'anni e che può portare ad un forte sbilanciamento degli interessi sociali a vantaggio delle corporations in processi connotati da forti asimmetrie informative tra le parti, come tipicamente quelli antitrust in cui si iscriveva il caso Twombly: v. spec. Gidi, op.cit.).

29 Cfr. in arg. Volpino, L'oggetto del giudicato nell'esperienza giuridica nordamericana, Padova 2007, 333 ss., ove – a valle di una tanto puntuale quanto pregevole approfondita ricostruzione del sistema statunitense – l'A. così si esprime: «può essere di qualche utilità constatare come l'issue preclusion, sovente (e talvolta affrettatamente) additata dalla nostra dottrina come uno dei principali artefici della ampiezza che connota l'oggetto del giudicato statunitense, curiosamente assolve anche una funzione di delimitazione estremamente rigorosa del vincolo preclusivo prodotto dalla decisione ... subordinando in defettibilmente la formazione del vincolo preclusivo su un certo elemento del processo alla nascita di una controversia che lo interessi direttamente, l'ordinamento statunitense modella i contorni di efficacia dell'estoppel in modo senza dubbio più preciso di quanto non faccia il nostro rispetto al giudicato sulle questioni pregiudiziali, proteggendo adeguatamente le parti dagli effetti negativi dei quali esse potrebbero ipoteticamente risentire in conseguenza del semplice fatto di essersi astenute dal porre in discussione un certo profilo della fattispecie allegata nella controversia che le ha viste originariamente coinvolte».

si possa avere neppure definizione vincolante della non-nullità se sulla stessa le parti mai hanno avuto occasione di dispiegare le proprie difese, e fin tanto che esse abbiano discusso sempre e solo riferendosi a questioni che ineriscono la singola coppia elementare diritto-obbligo su cui si incentra la domanda attrice.

b) In seconda battuta, l'apertura al giudicato implicito su questioni pregiudiziali di merito viola quel principio che potremmo esprimere nei seguenti termini: «il ruolo del giudicato può prodursi in relazione alle questioni, al bene della vita che le parti hanno presente in seno al contenzioso, e non può attingere sviluppi ipotetici e futuri non dedotti in lite»<sup>30</sup>. Questa considerazione è centrale, ed a nostro avviso tale da impattare anche sulla più raffinata teorica della pregiudizialità logica<sup>31</sup>, che è sottesa alla giurisprudenza sul giudicato implicito concernente la validità del contratto.

Più ancora di un intendimento ieratico del principio dispositivo (che di per sé non verrebbe violato se si ritenesse che la lite su un effetto elementare del contratto deduce comunque in causa il rapporto fondamentale al modo di “pregiudiziale necessaria”, la cui decisione con efficacia di giudicato prescinde dalla stessa contestazione del rapporto da parte del convenuto<sup>32</sup>, ma che ammette il rigetto per una questione più liquida<sup>33</sup>), il punto decisivo

30 V. Cerino Canova, in Commentario al c.p.c. diretto da Allorio, cit., 139: «niente riuscirebbe più artificioso ed arbitrario che una prevalente importanza attribuita agli sviluppi ipotetici e futuri rispetto al conflitto attuale. Una visione siffatta non corrisponde agli intenti palesati dalle parti, le quali hanno mostrato di volere disputare su quel diritto e su quel diritto soltanto. La stessa visione ancor meno corrisponde alla funzione del processo, che è di statuire sulla situazione fatta valere e non di definire per sempre tutta la relazione intercorrente tra le parti».

31 Per cui v., per tutti, Menchini, I limiti oggettivi, cit., 87 ss., nonché «Regiudicata civile», cit.; Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile, cit., 395 s.

32 In questi termini la “pregiudiziale necessaria” (quale sarebbe anche, per talune ricostruzioni, la proprietà rispetto all'azione di rivendica e l'esistenza del credito rispetto all'opposizione di merito all'esecuzione) si distingue dall'accertamento incidentale ex lege: v. Attardi, Diritto processuale civile, I, Padova 1994, 231 s.

33 Questa è l'ulteriore distinzione tra accertamento incidentale ex lege e pregiudiziale necessaria, che è tale solo in caso di definizione in positivo della fondatezza della domanda o in caso di alcuni esiti del giudicato di rigetto (Il giudicato secundum eventum, ossia a seconda del fondamento della sentenza di rigetto della rivendica o dell'esservi stato un accoglimento della domanda con accertamento della proprietà), è sostenuto anche da Recchioni, Dipendenza sostanziale e pregiudizialità processuale nel processo civile, Padova 1999, 200 s.). Inquadrata la questione inerente al rapporto come “pregiudiziale necessaria”, perde pregio la critica di Recchioni, ibidem, 190 ss., spec. 192 nota 79, che censura la contraddittorietà tra la tesi della pregiudizialità logica e la conservazione (per cui v. Menchini, v. supra) del primato della questione più liquida. Tale contraddittorietà vi sarebbe se la tesi della pregiudizialità logica portasse con sé necessariamente un cumulo di domande (che tutte allora richiederebbero definizione, a prescindere dal fatto che la “questione più liquida” possa riferirsi ad una di esse); non invece se appunto intendiamo il rapporto pregiudiziale quale “pregiudiziale necessaria”. Nel senso che in realtà, entro la teoria della pregiudizialità logica, l'oggetto del processo è «unico, costituito dal singolo effetto giuridico dedotto in lite», e «l'effettività della tutela richiede che sia interessato dal vincolo del giudicato il rapporto che funge da collante aggregatore delle plurime situazioni elementari, quante volte, sulla base di ciò che il giudice ha statuito, le inderogabili esigenze emergenti dal diritto sostanziale pretendono l'imposizione di un siffatto vincolo», onde non sussisterebbe alcun ostacolo all'operare del primato della questione più liquida, v. Menchini-Motto, in Commentario del c.c. diretto da Gabrielli, sub art. 2909 c.c., Torino 2015, 62-63.

è proprio quello della necessità che il vincolo nascente dal giudicato resti circoscritto all'oggetto sostanziale della lite pendente tra le parti così come da queste è stata perimetrata. In assenza di discussione, che trova *ex necesse* riscontro nella motivazione, non vi può essere accertamento e, perciò, neppure si pone il problema *an iudicatum sit*.

Non è solo la necessità della rigorosa corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, dunque, quanto soprattutto l'esigenza che non si formi un vincolo destinato a calare a sorpresa su profili sostanziali che superano quelli nella cui prospettiva unicamente le parti hanno dosato l'impegno difensivo: e ciò a salvaguardia dei principi fondanti il giusto processo, tra cui appunto primario è il valore del contraddittorio, nella prospettiva tonificata dal novello art. 101, co. 2, c.p.c.

Di fronte all'omissione, al silenzio, neppure possono giocare i valori funzionali del processo, elencati nel decalogo di cui al punto 4.3 di Cass., Sez. Un., n. 26242/2014: stabilità delle decisioni giudiziarie, armonizzazione delle decisioni, concentrazione ed effettività delle tutele, economia extra-processuale, lealtà e probità, uguaglianza formale delle parti, rispetto della non illimitata risorsa-giustizia, debbono cedere il passo dinanzi alla necessità che, se mai si è omesso di rilevare un vizio nel rapporto sinallagmatico, questo errore non si ripeta né si consolidi l'ingiustizia sostanziale che ne discende<sup>34</sup>.

Questa considerazione fa premio anche sull'ulteriore valore, sempre elencato in quel punto dell'evocata sentenza delle Sez. Un., della corrispettività sostanziale quale strumento di contrasto all'abuso del processo. Va tenuto altresì conto del fatto che l'ordinamento esclude la convalida del contratto nullo – eventualità cui invece si aprirebbero le porte ove il contegno processuale delle parti potesse contribuire a delimitare l'estensione del vincolo di giudicato nei futuri processi incardinati sulla medesima vicenda negoziale, ed eventualità che, a prescindere da questo rischio, a nostro avviso non può in nessun modo realizzarsi “per inerzia” –. Ed allora sembra irrinunciabile garanzia di giustizia (e di salvaguardia di

<sup>34</sup> Non pare invece condivisibile il limite operativo alla tesi di Zeuner ipotizzato da Recchioni, Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale, cit., 221 e 224, per cui la connessione funzionale non vincolerebbe, in caso di accertamento positivo dell'obbligo di prestazione nascente da un contratto sinallagmatico, il successivo giudizio che abbia ad oggetto il rapporto complesso “entificato”: se questo secondo giudizio fosse libero da qualsivoglia vincolo, esso potrebbe concludersi con l'accertamento o la caducazione *ex professo* del vincolo, che condizionerebbe in negativo eventuali futuri giudizi aventi ad oggetto situazioni giuridiche elementari nascenti dal contratto, così potendosi concretare quella disarticolazione dell'organismo unitario del contratto sinallagmatico che costituisce il motore della tesi zeuneriana. A riprova, e sul punto v. anche infra in nota 39, della difficile distinguibilità effettuale tra la tesi dei nessi di connessione funzionale e l'effettiva estensione dell'oggetto del giudicato.

quei valori super-individuali che pure Sez. Un., n. 26242/2014, riscontrano a fondamento dell'art. 1421 c.c.) l'esclusione di un vincolo sulla validità del contratto frutto del silenzio dei contendenti, prima, e del giudice, poi<sup>35</sup>. In tal senso ci sembra siano valorizzabili anche le sentenze *Olimpichub*<sup>36</sup>, ed ancor più la pronuncia *Klausner Holz* della Corte di giustizia UE, che affronta specificamente proprio la problematica dei rapporti tra statuizione di accertamento della validità del contratto e mancata cognizione su questioni di interesse superindividuale e rilevabili d'ufficio<sup>37</sup>.

Ed in tal senso orienta del resto pure il dato comparato offerto dall'art. 503 del nuovo codice di procedura civile brasiliano, a termini del quale il giudicato si estende bensì anche alla risoluzione delle questioni pregiudiziali decise espressamente o incidentalmente, ma solo quando la definizione del merito sia dipesa dalla loro risoluzione e con riguardo ad esse sia stato attivato un previo ed effettivo contraddittorio (in aggiunta alla competenza del giudice)<sup>38</sup>.

35 D'altronde, sempre secondo le stesse Sez. Un., n. 26242/2014 (punto 3.15, lett. c), «la vera ratio della rilevanza officiosa della nullità non sia quella di eliminare, sempre e comunque, il contratto nullo dalla sfera del rilevante giuridico [...], ma quella di impedire che esso costituisca il presupposto di una decisione giurisdizionale che in qualche modo ne postuli la validità o comunque la provvisoria attitudine a produrre effetti giuridici».

36 Sentenza del 3.9.2009, C-2/08, ove – dopo aver sottolineato «l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali ... al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia» (punto 22) – la Corte comunque conclude per l'inaccettabilità, alla luce dei principi della certezza del diritto e di effettività, di un'estensione del giudicato sulle premesse giuridico-fattuali di un accertamento fiscale a plurimi periodi d'imposta, poiché ne discenderebbe «la conseguenza che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione»: in altri termini, una simile estensione del giudicato si porrebbe quale fonte di perpetuazione della possibile ingiustizia – questa sola irrimediabile – contenuta nella prima decisione.

37 Sentenza 11 novembre 2015, C-565/14, ove – richiesta se «gli articoli 107 TFUE e 108 TFUE nonché il principio di effettività, nell'ambito di una controversia civile vertente sull'esecuzione di un contratto di diritto civile che dispone la concessione di un aiuto di Stato, esiga la disapplicazione di una sentenza di accertamento civile passata in giudicato ed emessa nella medesima causa che conferma la permanenza in vigore del contratto di diritto civile senza procedere ad alcun esame della normativa in materia di aiuti, qualora l'esecuzione del contratto non possa essere altrimenti impedita ai sensi del diritto nazionale» – la Corte di giustizia ha affidato al giudice del rinvio se il limite di cui al § 322 I ZPO, per cui una sentenza è rivestita dell'autorità di cosa giudicata sostanziale soltanto nel caso in cui vi sia stata una pronuncia sulla pretesa azionata nella domanda giudiziale o in una domanda riconvenzionale, non lo autorizzi a interpretare questa disposizione nel senso che, laddove sia invocata una violazione dell'articolo 108, paragrafo 3, terza frase, TFUE, l'autorità di giudicato si estende soltanto alle pretese giuridiche sulle quali il giudice ha statuito e non osta pertanto a una pronuncia giudiziale, nell'ambito di un'ulteriore controversia, sulle questioni di diritto su cui tale decisione definitiva non si è pronunciata».

38 Art. 503: «A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I – dessa resolução depender o julgamento do mérito; II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia; III – o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal».

Tale conclusione vale anche per la cd. *Begründungstheorie*, di cui una buona parte della nostra dottrina è tributaria al pensiero di Zeuner<sup>39</sup>, là dove questa valorizza le situazioni di nesso teleologico-giuridico tra oggetti diversi di successivi processi in presenza di un cd. elemento di uguaglianza e di scambio<sup>40</sup>, come appunto accade nel rapporto tra controversie relative a contratti a prestazioni corrispettive o “unilaterali imperfetti”<sup>41</sup>. Ebbene la ricostruzione zeuneriana ammette che in queste ipotesi, in ragione del sinallagma esistente (“fuori” dal processo) tra le prestazioni derivanti dall’unico contratto, la condanna all’adempimento della prestazione avrebbe effetto vincolante con riguardo alla sussistenza ed all’efficacia del contratto nel successivo processo di condanna alla controprestazione, discendendo dalla prima pronuncia un vincolo che si estende alla specifica situazione sostanziale corrispettiva, a scampo del rischio di rottura sul piano processuale del nesso sinallagmatico esistente su quello sostanziale.

Questo “vincolo selettivo” al precedente esito della cognizione giudiziale, tuttavia, non consente di nascondere il fatto che anche la teoria di Zeuner – che pur accuratamente rifugge dal ragionare di estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali e si muove piuttosto su un terreno giusnaturalistico di equità distributiva, da altri concettualizzato anche in termini di divieto dell’abuso del processo o di operatività dell’*exceptio doli generalis* – viene comunque a correlare una *vis expansiva* della precedente sentenza a questioni anche non dibattute che, nell’ipotesi “normale” e più frequente in cui oggetto del primo giudizio sia stata una delle prestazioni principali nascenti dal contratto, invero si differenzia assai poco dall’accertamento “da giudicato implicito”<sup>42</sup>: ponendosi davvero al limite della contraddizione per una tesi che valorizza i motivi della sentenza e che perciò è etichettata *Begründungstheorie*, su questo specifico punto per vero rimasta minoritaria in Germania<sup>43</sup>.

39 ZEUNER, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen 1959.

40 Sul carattere casistico-sostanziale ed analitico che costituisce il connotato della tesi di Zeuner v. soprattutto Consolo, Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I, cit., 226 s.; nonché, da ult., Dalla Bontà, Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane, in *Giusto proc. civ.* 2011, 895 ss.

41 ZEUNER, Die objektiven Grenzen der Rechtskraft, cit., 75 ss.

42 Un cenno in Menchini, «Regiudicata», cit., 438, nt. 155. V. nella dottrina tedesca Peters, Zur Rechtskraftlehre Zeuners, in *ZZP* 76, 1963, 236, per il quale – ferma la differenza concettuale e funzionale tra vincolo selettivo ed estensione del giudicato a valle di domanda di accertamento incidentale – tuttavia il risultato pratico è esattamente lo stesso.

43 Cfr. DALLA BONTÀ, Una «benefica inquietudine», cit., 900 ss.

I valori che le Sez. Un., nella pronuncia n. 12310/2015<sup>44</sup>, correla alla “ombra lunga” del giudicato implicito – ombra che si proietta verso l’intero universo processuale condizionando il sistema e l’interpretazione degli istituti, nel segno di un processo che si presti a risolvere quanto più possibile in via definitiva la *contesa* tra le parti – sono bensì tali da condivisibilmente ammettere la nuova cesellatura della nozione di *mutatio libelli*, ma non certo da legittimare l’estensione del giudicato al *non iudicatum*, per farne discendere un vincolo a spettro più ampio ed esteso a sviluppi su cui non è stato calibrato l’impegno difensivo.

Né certo può soccorrere, a giustificare questo esito, la considerazione che l’inerzia delle parti viene comunque compensata dalla possibilità che la cognizione del giudicante si soffermasse anche d’ufficio sulle tematiche di validità del contratto. Non basta infatti, per sostenere che sul punto si è “deciso”, invocare il fatto che il giudice, potendo rilevare la nullità nell’esercizio dei suoi poteri officiosi, evidentemente ha inteso risolvere in senso negativo il dubbio sull’esistenza del vizio se ha ritenuto di poter riconoscere l’effetto elementare nascente dal contratto. La rilevabilità d’ufficio, la mera possibilità della cognizione officiosa non può certo costituire “sanatoria” di tutto ciò che si sarebbe potuto rilevare, ma in concreto non si è effettivamente rilevato: come dimostra *a contrario* la circostanza che il giudice ha appunto ommesso di attivare i meccanismi dell’art. 101, co. 2, c.p.c.

c) Questa considerazione s’impone ancor più là dove – come è ritenuto dalla giurisprudenza consolidata – si ritenga di far discendere il vincolo sulla validità-esistenza del rapporto anche dal giudicato risultante da un decreto ingiuntivo non opposto, e così da una cognizione puramente sommaria ed avvenuta inaudita altera parte<sup>45</sup>. Poiché una cosa è la preclusione

---

44 Cass., sez. un., 15.6.2015, n. 12310, in Corr. Giur. 2015, 961, con nota di Consolo, Le Sez. Un. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente ed irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno.

45 Così la giurisprudenza assolutamente consolidata. V. per tutte Cass., 24.11.2000, n. 15178, per cui il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l’esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito ed il rapporto stessi si fondano, ma anche l’inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l’opposizione, mentre non si estende ai fatti successivi al giudicato ed a quelli che comportino un mutamento del petitum ovvero della causa pretendi in seno alla domanda rispetto al ricorso esaminato dal decreto esecutivo; ancora Cass., 6.9.2007, n. 18795: «Il giudicato formatosi a seguito della mancata opposizione avverso un decreto ingiuntivo, recante intimazione di pagamento di canoni arretrati in relazione ad un rapporto di locazione, fa stato fra le stesse parti circa l’esistenza e validità del rapporto corrente inter partes e sulla misura del canone preteso, nonché circa l’inesistenza di tutti i fatti impeditivi o estintivi, anche non dedotti, ma deducibili nel giudizio di opposizione, quali quelli atti a prospettare l’insussistenza, totale o parziale, del credito azionato in sede monitoria dal locatore a titolo di canoni insoluti, per effetto di controcrediti del conduttore per somme indebitamente corrisposte in ragione di maggiorazioni contra legem del

implicita da cognizione non soffermatasi, altra cosa la cognizione puramente virtuale nel merito della fonte costitutiva del diritto: cognizione che mai ha avuto modo di “cadere” sulla validità del rapporto in carenza di un sia pur embrionale contraddittorio, anche con il giudice.

È un’incoerenza rivelatrice che, posti dinanzi a questo rischio, i sostenitori tanto della estensione del giudicato al rapporto fondamentale (specie contrattuale), quanto della preclusione alla riapertura del dibattito sul vincolo sinallagmatico da nessi di connessione funzionale, tendano a ricusare le rigorose conseguenze circa l’efficacia che dovrebbe essere attribuita al decreto ingiuntivo, consolidatosi *inaudita altera parte*, relativo alla prestazione elementare nascente dal contratto a prestazioni corrispettive: adducendo a sostegno di tale tesi – a questo punto però “dimentica” dell’*Ausgleichszusammenhang* sussistente tra le prestazioni corrispettive e dei valori di equità di cui esso dovrebbe farsi carico – che, eccezionalmente, detto vincolo dovrebbe limitarsi alla irretrattabilità della spettanza della sola situazione giuridica elementare oggetto dell’intimazione monitoria<sup>46</sup>.

È un’incoerenza, poiché se la deduzione in giudizio dell’effetto legato da pregiudizialità logica apre una pregiudiziale necessaria sull’esistenza e validità del rapporto, non si vede perché ciò non dovrebbe avvenire in caso di domanda di condanna esercitata nelle forme speciali monitorie. E parimenti, se il nesso di connessione funzionale è volto a prevenire la disarticolazione di organismi sostanziali unitari, non si vede perché alla concezione organica del rapporto contrattuale sinallagmatico dovrebbe risultare meno stridente, o più accettabile, che il primo giudicato si formi per effetto della mancata opposizione ad un decreto ingiuntivo.

Eppure è rivelatrice, poiché abbiamo un inespreso, ma franco riconoscimento della inaccettabilità di un giudicato che si formi dal silenzio e dalla pura virtualità, se non sostanziale impossibilità di rilievo delle questioni rilevabili d’ufficio, ostantive alla concessione di tutela giurisdizionale. Né in contrario si potrà far leva sul fatto che la ragione del consolidamento va collocata nella non contestazione (da mancata opposizione) del convenuto:

---

canone»; Cass., 26.6.2015, n. 13207: «il decreto ingiuntivo divenuto inoppugnabile, ed avente ad oggetto la condanna al pagamento di canoni di locazione, preclude all’intimato la possibilità di invocare, in un diverso giudizio, la nullità della clausola contrattuale di determinazione della misura del canone».

46 V., per un verso, Menchini, voce «Regiudicata», cit., 426, nota 104: «ci sembra che debba essere quanto meno oggetto di attenta valutazione l’affermazione che si formi il giudicato implicito sull’esistenza e sulla validità del rapporto fondamentale, del quale è parte o da cui trova origine la pretesa fatta valere in via sommaria»; nonché Proto Pisani, Appunti sul giudicato civile, cit., 411 s.; per altro verso, Consolo, Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II. Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1991, 599 ss.

altrimenti si verrebbe ad ammettere che questi, con un comportamento di inerzia processuale, possa provocare quella convalida del rapporto nullo che la norma sostanziale reputa inammissibile<sup>47</sup>.

d) La tesi del giudicato implicito porta poi a configurare una nozione proteiforme di giudicato che non sembra adeguata alla sua centralità<sup>48</sup>.

Apparentemente fonte di una sublimazione del giudicato, incline a diventare strumento onnipervasivo per impartire e dosare economia processuale, ragionevole durata, concentrazione dell'esperienza processuale sullo stesso rapporto, in realtà la tesi del giudicato implicito è sintomo di una disgregazione dell'istituto, frantumato in mille opinabili rivoli e "figlio" di plurimi divergenti presupposti. Esempio paradigmatico è la conclusione di Sez. Un., n. 26242/2014, che ammette il giudicato vero e proprio, a fronte di ammissibile proposizione di domanda di accertamento incidentale di non nullità del contratto in primo grado, e poi conclude che *identico* effetto sarebbe comunque frutto della mancata discussione del punto nel corso dei vari gradi di giudizio, a titolo di giudicato implicito; ma anche ammette il giudicato "vero" sulla nullità a fronte di domanda di accertamento incidentale in primo grado, e correla identico effetto,

47 Si immagini quali conseguenze potrebbero discenderne, ad es., con riferimento ai rapporti locatizi in caso di formalizzazione di un canone in bianco con collaterale pattuizione di un canone in nero: accordo, quest'ultimo, appunto ritenuto nullo da Cass., sez. un., 17.9.2015, n. 18213. Il vincolo esteso anche all'accertamento dell'ammontare del canone potrebbe indurre il locatore non solo ad imporre la pattuizione in nero al momento della conclusione del contratto, profittando della situazione di debolezza dell'aspirante conduttore alla ricerca di un'abitazione; ma addirittura potrebbe arrivare a "concordare" un decreto ingiuntivo sul canone in nero ed una mancata opposizione del conduttore al fine di escludere qualunque possibilità di contestarne la misura.

48 Riconosciuta oramai, al di là della tentazione di subordinarla alla primauté del diritto comunitario, anche dalla Corte di giustizia UE: cfr. la recente sentenza Pizzarotti, 10.7.2004, C-213/13, ove – punti 58 ss. – viene « ricordata l'importanza che riveste, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione che negli ordinamenti giuridici nazionali, il principio dell'intangibilità del giudicato. Infatti, al fine di garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione», confinandosi il caso Lucchini in un recesso di assoluta eccezionalità del tutto inidonea a fondare una regola generale di doverosa revisione delle decisioni passate in giudicato «per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata» (conf. i punti 93 e 95-97 delle Conclusioni dell'Avv. gen. Nils Wahl, e già Corte di giustizia, 3.9.2009, C-2/08, Olimpiclub, punto 25). Il tema è tornato all'esame della Corte di giustizia entro la causa Tarsia c. Romania (C-69/14), ove già sono state depositate le Conclusioni dell'Avv. gen. Jääskinen il 23.4.2015, al cui punto 20 si ricapitola: «Il diritto dell'Unione non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando tale disapplicazione permetterebbe al giudice nazionale di porre rimedio ad una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale decisione. Pertanto, dal punto di vista del diritto dell'Unione, ai ricorrenti è precluso invocare una sentenza della Corte emessa dopo la scadenza dei termini di decadenza stabiliti dallo Stato membro al fine di rimediare ad un errore che avrebbero potuto impugnare entro i termini adeguati. Ai sensi del diritto dell'Unione, l'autorità di cosa giudicata tutela la decisione ingiusta»; la successiva sentenza, del 6 ottobre 2015, è arrivata ad esito conforme.

radicato però in un'applicazione estensiva della tesi del vincolo al motivo portante, in caso di rilievo d'ufficio per la prima volta in appello, ove la domanda di accertamento incidentale dovrebbe ritenersi inammissibile<sup>49</sup>.

In realtà, ove ci si allontani dal fondamento classico dell'istituto del giudicato, radicato nella necessità *ut sit finis litium* e nella doverosità anche costituzionale di stabilità dell'accertamento che cada sui diritti soggettivi<sup>50</sup>; ove lo si radichi in fonti variegata e molteplici (ora la domanda di parte, ora la cognizione in sé e per sé, ora la preclusione da "non detto"); ove lo si allontani dallo svolgimento effettivo di una cognizione assistita dal contraddittorio<sup>51</sup>, che ne integra gli stessi presupposti di legittimazione<sup>52</sup>; il giudicato perde la sua ieraticità e fissità e si trasforma in uno strumento di amministrazione della giustizia a risorse scarse: ma con ciò perde il suo paradigma di certezza ed a questo punto, lungi dal rafforzarsi, entra in crisi.

Lo evidenziano quelle che ne sarebbero le conseguenze ad ampio raggio su altri istituti: oltre all'incertezza che tuttora resta per determinare i confini del giudicato – la cognizione, implicita o esplicita, sulla non nullità preclude l'operare di effetti caducatori conseguenti all'esercizio

---

49 Restando oscuro a questo punto il perché di codesta divergenza di soluzioni, se l'effetto inter partes è identico, salvo l'orpello ancillare, rispetto all'intensità della cognizione, dell'opponibilità ai terzi e della trascrivibilità: cfr., nel senso che non vi è nessuna differente natura ed efficacia dei due accertamenti, essendo la diversità solo conseguenza del fatto che l'art. 2652 c.c. pretende "una domanda giudiziale" perché sia possibile la trascrizione, v. Menchini, *Le Sez. un.*, fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 4: «la opponibilità/non opponibilità della decisione ai terzi deriva dalle regole sugli effetti della domanda giudiziale e non dalla efficacia (di giudicato ovvero di altro e diverso tipo) del provvedimento del giudice».

50 Cfr. CERINO CANOVA, L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 Costituzione, in *Riv. dir. civ.*, I.

51 Accenti consonanti in La China, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 45, per il quale il giudicato è «l'effetto di un procedimento, non di un ragionamento; perciò il criterio della implicazione, valido sul piano della logica, delle regole dell'argomentazione, non lo è altrettanto sul piano positivo, perché la decisione resa per implicito si differenzia dalla decisione assunta in modo esplicito per l'ovvio e concretissimo motivo che la seconda e non la prima è preceduta da insostituibili strumenti di determinazione dell'oggetto e maturazione di verità che sono il dibattito, il contraddittorio e l'istruttoria».

52 Quanto meno ove si condivida la tesi per cui il contraddittorio ed il metodo della dialettica processuale costituiscono «il centrale ruolo d'imprescindibile strumento per la formazione della decisione e soprattutto per la sua accettazione nel sistema come giusta»: Chizzini, *Legitimation durch Verfahren*. Il nuovo co. 2 dell'art. 101 c.p.c., in *Pensiero e azione nella storia del processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., Torino 2014, 271, ove – in nt. 32 – appunto la critica al giudicato implicito sulla giurisdizione quale concepito da Cass., *Sez. Un.*, n. 24883/2008; già Montesano, *Questioni e cause pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 306: «la forza di giudicato della risoluzione delle questioni pregiudiziali, cioè la sua irreversibile vincolatività per la decisione di domande non proposte nel processo in cui si è formato il giudicato, violerebbe il principio – posto nell'art. 24, co. 1 e 2, Cost. – che i diritti da far valere in giudizio non debbono essere, già prima di questo, privati (in base al risultato di un giudizio in cui non sono stati fatti valere) di strumenti di difesa che loro competono secondo le garanzie del "dovuto processo legale"».

dei poteri formativi, siano essi giudiziali o stragiudiziali<sup>53</sup> – si pensi alle conseguenze sul versante della soccombenza<sup>54</sup>.

Ne conseguirebbe infatti la necessità di ammettere – di contro agli orientamenti tradizionali<sup>55</sup> – una soccombenza anche con riferimento alla motivazione o addirittura alla non motivazione, per gli effetti che ne potrebbero discendere con riguardo ai futuri giudizi destinati a coinvolgere diritti dipendenti dal rapporto giuridico complesso<sup>56</sup>.

E così si dovrebbe consentire l'appello del soccombente che voglia mutare la motivazione per risultare pur sempre soccombente, ma non per prescrizione bensì per risoluzione consensuale del rapporto, anche se a parità di forza vincolante (non reiterabilità della domanda, a differenza del caso di rigetto di eccezioni operanti *zur Zeit*), al fine di conseguire nessun altro risultato se non l'accertamento implicito della non-nullità del contratto<sup>57</sup>: svuotando così di significato la regola del primato della questione più liquida a detrimento della funzionalità del processo e soprattutto di quella concezione fondante che lo vede volto a risolvere la controversia tra le parti e non ad affidare al giudice il compito di ricostruire la vicenda del rapporto al modo di uno storico<sup>58</sup>. Un processo che ne

53 La questione, come noto, è stata lasciata aperta da Cass., Sez. Un., n. 26242/2014: cfr. Menchini, *Le Sez. un.*, fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 4, in fine.

54 V. già Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano 1990, 132 ss.

55 V. per questa impostazione tradizionale Cass., 28.11.2002, n. 16865: «l'interesse ad impugnare una sentenza, o un capo di essa, si ricollega ad una soccombenza, anche parziale, nel precedente giudizio, intesa in senso sostanziale e non formale. Ne consegue che è inammissibile l'impugnazione se la parte appellante, vittoriosa sul capo di sentenza impugnato, voglia conseguire in via esclusiva la modificazione della motivazione della pronuncia impugnata e l'impugnazione stessa tenda non alla rimozione di un danno effettivo, ma a soddisfare esigenze teoriche di correttezza formale».

56 Aperture in questo senso, fondate sulla teorica delle "premesse logiche indispensabili", si ritrovano in effetti in Cass., 10.11.2008, n. 26921: «deve escludersi l'interesse della parte integralmente vittoriosa ad impugnare la sentenza al solo fine di ottenere una modificazione della motivazione, salvo il caso che da quest'ultima possa dedursi un'implicita statuizione contraria all'interesse della parte medesima, nel senso che a questa possa derivare pregiudizio da motivi che, quale premessa necessaria della decisione, siano suscettibili di formare giudicato»; e successivamente Cass., 5.10.2009, n. 21257, e Cass., 9.10.2012, n. 17193.

57 Si va qui ben oltre alla ritenuta rilevanza di un cumulo condizionale di allegazioni gradate del convenuto, ove corrispondente ad un interesse sostanziale (esemplificate con la ritenuta opportunità che, per la percezione "esterna" del mondo economico, non si passi per un debitore pronto ad invocare il decorso del tempo per sottrarsi al rispetto di propri obblighi destinati comunque a sopravvivere, come insegna l'art. c.c.), v. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova 1985, 512 s.

58 Muovendo da tali considerazioni riteniamo non condivisibile la tesi di Attardi, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 505, nota 16 (ma v. anche Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, cit., 222, nt. 10), per cui tra le questioni preliminari di merito non potrebbero farsi rientrare quelle che potrebbero svuotare di valore il precedente giudicato, ossia le preliminari impediendo *zur Zeit* (condizione, termine, ma anche eccezione di inadempimento: v. supra), e ciò in ragione del fatto che, «quando i motivi concorrono a stabilire la portata dell'accertamento giudiziale, rovesciare l'ordine logico – come può avvenire applicando le disposizioni in

riuscirebbe così appesantito, anche nei gradi successivi, dalle possibili richieste di approfondire questioni di per sé ininfluenti sulla statuizione relativa alla specifica richiesta di tutela giurisdizionale avanzata dall'attore, ma al più rilevanti per sviluppi futuri in ogni caso solo probabili quando non meramente ipotetici<sup>59</sup>.

Ancora si dovrebbe riconoscere l'ammissibilità di un gravame proposto avverso una sentenza sorretta da duplice *ratio decidendi*, ove la parte soccombente – dichiarata tale ad es. per prescrizione e comunque perché il contratto specificamente prevedeva un obbligo di risultato non conseguito dall'asserito creditore – intenda contrastare solo la parte di motivazione relativa al contratto (onde discenderebbe il giudicato implicito della non-nullità) senza censurare alcunché sulla motivazione concorrente del rigetto: anche qui di contro ad una giurisprudenza che definire monolitica sarebbe riduttivo. Ed infine, sfiorando davvero il paradosso, si dovrebbe ammettere l'appello della parte vittoriosa rispetto ad una sentenza di accoglimento della domanda di risoluzione di contratto ad esecuzione continuata o periodica per risultare soccombente sulla prescrizione, sì da liberare la possibilità di un riscontro futuro della nullità non paralizzato dal giudicato implicito.

Un altro versante che potrebbe risultarne inciso è quello delle sentenze non definitive, ove si ammettesse un certo ordine logico delle questioni, tale per cui ad esempio la pronuncia non definitiva di rigetto dell'eccezione di adempimento è frutto di una riserva in decisione che

---

tema di questioni preliminari di merito – significa limitare l'incontrovertibilità dell'accertamento negativo di un diritto in quanto non è precluso che la controversia, direttamente o meno, si riapra». Un simile approccio va contro all'evidenza per cui il processo civile è un processo di parti volto alla decisione sulla specifica richiesta di tutela giurisdizionale avanzata dall'attore: ove questa tutela risulti "non spettare", quale che ne sia la ragione, non vi è nulla che possa ritardare il provvedimento negativo del giudice, se non la volontà delle parti estrinsecata con un'apposita domanda di accertamento incidentale che renda il processo cumulativo (per l'inesistenza di un "diritto del convenuto" a che il giudice si pronunci sempre sull'eccezione di merito dal medesimo sollevata, v. anche Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 407). Né, a nostro avviso, potrebbe aiutare la tesi del cumulo condizionale di allegazioni gradate del convenuto, che appunto unicamente proponendo la domanda di accertamento incidentale potrebbe costringere il giudicante a non ritenere assorbiti i temi di esistenza e validità del contratto in caso di preliminare rilievo del fatto che, pro tempore, non si darebbero comunque i presupposti di tutelabilità giudiziale del credito: ciò, ovviamente, sin tanto che non si arrivasse ad ammettere la condanna in futuro come figura atipica.

59 Contra questa funzionalizzazione del processo agli eventi futuri e solamente possibili Cerino Canova, in *Comm. UTET al c.p.c. diretto da Allorio*, 137. In senso contrario v. Menchini, *Le Sez. un.*, fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 4, per il quale l'eccessiva valorizzazione del principio della ragione più liquida perde di vista i valori funzionali sottolineati anche dalle Sez. un.: a parte il rilievo che anche il primato della questione più liquida è strumento di economia infra- ed extra-processuale, continuiamo comunque a ritenere che non vi è ragione per appesantire il corso del giudizio allorché una tantum si affacci la possibilità di definire la lite su una questione preliminare assorbente.

sottende il riconoscimento implicito di esistenza-validità del rapporto<sup>60</sup>. In tal caso la non definitiva sarebbe anche una parziale, con tutte le conseguenze che ne discenderebbero in caso di mancata immediata impugnazione o riserva, e tutto l'intrico di problematiche che sorgerebbero quanto al regime di impugnazione in cassazione *ex art.* 361 c.p.c. novellato.

## 6 DOMANDA DI ACCERTAMENTO INCIDENTALI, RAPPORTI SINALLAGMATICI E LIMITI ALLA RILEVANZA DELLA MOTIVAZIONE: INTERESSI SUPERINDIVIDUALI E POTERI FORMATIVI AD ESERCIZIO GIUDIZIALE O STRAGIUDIZIALE

Non è però che – con la critica al giudicato implicito – si voglia restare indifferenti alle esigenze cui intendono dare risposta le teorie estensive dell'oggetto del giudicato o del vincolo al motivo portante<sup>61</sup>, a tal fine variamente commisurando un ruolo centrale più o meno alla motivazione.

È oramai percezione diffusa come non sia più accettabile il rigoroso principio per cui la domanda astrae una delle situazioni di cui si compone il rapporto per farne l'oggetto esclusivo del processo, indifferente alla vicenda sostanziale più ampia<sup>62</sup>. Anche i fautori della tesi più tradizionale riconoscono

60 Così MERLIN, *Compensazione e processo*. II, cit., 106 ss.; nonché Luiso; contra Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*. I, cit., 221 ss.; Menchini, voce «Regiudicata», cit., 439, nota 166: «la pronuncia stabilisce soltanto che il diritto vantato non esiste, perché si è avuto l'adempimento, ma non contiene alcuna dichiarazione, neppure implicita, circa la nascita e la precedente esistenza di esso; nulla esclude che l'adempimento, pur essendo in concreto avvenuto, sia senza causa giuridica, per cui colui che lo ha posto in essere ben potrà in un successivo giudizio richiedere, ad es., la ripetizione di quanto (a suo dire erroneamente) pagato»; Id., *Le Sez. un.*, fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 4. Ci sembra tuttavia che l'invocazione del pagamento quale ragione di rigetto della domanda avente fonte contrattuale, per un verso, impedisca a titolo di *exceptio doli* l'ipotesi che di quelle somme venga chiesta la ripetizione; per altro verso, sottende ineluttabilmente una valutazione di efficacia-validità del rapporto di cui sarebbe frutto il diritto azionato e cui, come poc'anzi si diceva, andrebbe "imputato" l'avvenuto trasferimento patrimoniale.

61 Esigenze così riassunte da Attardi, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 476: «prima tra tutte c'è, se non erro, l'esigenza di ridurre il più possibile il fenomeno del contrasto di giudicati [...] Oltre a ciò vi sono, a giustificare il rilevato orientamento [estensivo], da un lato un'esigenza di economia processuale quale è quella che, per quanto possibile, la tutela dell'interesse sostanziale – o, come si ripete più frequentemente, del bene della vita – in gioco non si frazioni in separati, successivi giudizi, ma si realizza in un unico processo; dall'altro, il rispetto della parità di posizioni da assicurare alle parti del processo, di modo che la tutela accordata all'attore e al convenuto sia uguale, e il primo, non meno del secondo, sia al riparo da ulteriori molestie nel godimento del bene della vita, riconosciuto dal provvedimento giurisdizionale»; v. anche, con riferimento alla teoria del giudicato implicito, Consolo, *Postilla di completamento*. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto, cit., 186: «il favore per l'economia (extra-) processuale, per la non moltiplicazione dei giudizi in assenza di stimoli e valorizzazioni concrete – quale che ne siano origine e ragione – già entro il primo, ospitale e spesso lungo rapporto processuale».

62 Per la formulazione paradigmatica di questo concetto v. Cerino Canova, in *Commentario del c.p.c.* diretto da Allorio, cit., 138, che così prosegue: «ciò di cui ci si deve occupare e fondamentalmente preoccupare è che venga dichiarato esistente o inesistente il diritto affermato nella domanda; ed è questa l'unica preoccupazione attuale e resa evidente dal processo, poiché l'esito del giudizio può consistere nel riconoscimento o nel disconoscimento del relativo bene della vita».

come il diritto venga conosciuto dal giudice non quale monade isolata, bensì in quanto frutto di una determinata fattispecie rispetto alla quale debbono rimanere coerenti gli esiti di eventuali ulteriori esercizi di attività giurisdizionale, a presidio della stabilità e della coerenza del precedente giudicato<sup>63</sup>.

Questa prospettiva, tuttavia, può trovare sostegno non tanto nelle ragioni di economia extra-processuale (che compendiano i valori della stabilità delle decisioni giudiziarie, della concentrazione ed effettività delle tutele, del rispetto della non illimitata risorsa-giustizia): ragioni che, correlate ad interessi propri della sola amministrazione della giustizia, non possono certo esse ammettere il giudice a definire diritti o rapporti che *non* hanno costituito l'oggetto della specifica richiesta delle parti in lite e della perimetrazione per parte loro dei confini del *decidendum*. In altri termini, non è certo nell'*Inversionmethode*, che dall'aspetto funzionale dell'economia processuale fa derivare conseguenze strutturali, che si può trovare il fondamento per un'estensione della forza vincolante del giudicato<sup>64</sup>.

L'unica esigenza suscettibile di giustificare un vincolo del giudicato più ampio rispetto a quanto distillato entro l'art. 34 c.p.c., che sia rilevante anche nell'orizzonte degli interessi di parte, è costituita dalla necessità di coerenza decisoria – non tanto in astratto, bensì in concreto – volta ad assicurare che un rapporto sostanziale unitario non venga disarticolato per i mutevoli rivoli degli esiti di separati processi: ed allora torna qui sul proscenio, al di là delle formule definitorie della pregiudizialità tecnica o logica, la figura del contratto sinallagmatico e la necessità di impedire, oltre che la disgregazione dello stesso quale *corpus* unitario, anche abusi del processo o comunque violazione dei doveri di lealtà e probità.

a) Pertanto nelle vicende sostanziali che siano estranee al settore qui evocato resta decisivo il ruolo della domanda di accertamento incidentale: fermo restando che la estensione del giudicato alla proprietà nell'azione di rivendica si spiega in ragione della eccezionale natura di pregiudizialità necessaria della relativa questione.

In alcuni casi, secondo la felice precisazione di Satta, un problema di estensione del giudicato non si porrà affatto, poiché difetterà la legittimazione a contraddire del convenuto (es.: domanda su credito ereditario nei confronti

63 ATTARDI, In tema di limiti oggettivi, cit., 499 ss.: «è vero che l'incontrovertibilità coprirà pure la fattispecie alla quale si ricollega il diritto accertato, ma sempre ai limitati fini del processo nel quale la sentenza è pronunciata».

64 In senso adesivo alle Sez. un. v. invece Menchini, Le Sez. un., fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale, cit., § 4.

di un terzo debitore del *de cuius* del tutto estraneo alle questioni successorie)<sup>65</sup>, e fors'anche l'interesse ad agire (es.: domanda di risarcimento del bene di cui l'attore si asserisce proprietario, rispetto alla quale il convenuto contesta il titolo dominicale senza tuttavia dichiararsi a sua volta proprietario, ipotesi in cui ovviamente non si richiederà la *probatio diabolica* del diritto dominicale). Negli altri casi, affinché il giudicato si possa ritenere esteso al rapporto pregiudiziale, sarà necessaria la specifica richiesta di un autonomo accertamento *ex professo* vocato al giudicato, salvi i casi di accertamento incidentale *ex lege*, poiché quello è l'unico possibile tramite di un'estensione del giudicato al rapporto giuridico pregiudiziale ed incompatibile<sup>66</sup>, che pur sia stato oggetto di cognizione, ma sempre *incidenter tantum*.

Va precisato che la proposizione della domanda non richiederà formule sacramentali né richiederà necessariamente l'enucleazione di un apposito capo nelle conclusioni. Come noto, anche Chiovenda – nell'incentrare la teorica dei limiti oggettivi del giudicato sulla falsariga del modello tedesco e sulla *Zwischenfeststellungsklage* – ammetteva che la volontà delle parti di ottenere l'accertamento incidentale con forza di giudicato non richiedesse la formalizzazione di uno specifico *petitum*, ma potesse essere desunta da una libera e penetrante interpretazione del contegno delle parti<sup>67</sup>.

Non basterà comunque il semplice fatto della discussione, né la mera contestazione ad estendere l'oggetto del giudicato, atteso che il meccanismo dell'art. 35 c.p.c. resta un *unicum* radicato nella peculiarità della compensazione, dovendo per il resto prevalere la regola tradizionale

65 SATTÀ, Commentario, v. I, 150 s.: «non si saprebbe tra l'altro di fronte a quale legittimato passivo questo accertamento dovrebbe avvenire, poiché il convenuto non afferma di essere lui l'erede o il proprietario».

66 Che – quale attribuzione del bene della vita – costituisce l'oggetto elettivo ed unico del giudicato sostanziale a termini degli artt. 2907 e 2909 c.c. Contra, per la possibilità di estendere il giudicato alla risoluzione di qualsivoglia questione di fatto, in tanto in quanto suscettibile di essere oggetto di sentenza non definitiva a termini degli artt. 187 e 279 c.p.c., Taruffo, Collaterale estoppel e giudicato sulle questioni, in *Riv. dir. proc.* 1972; e già Pugliese, voce «Giudicato civile (dir. vig.)», in Enc. Dir.

67 CHIOVENDA, Istituzioni di diritto processuale civile. I, Napoli 1935, 364: «in mancanza di una norma che richiede una domanda formale di accertamento incidentale, la volontà delle parti si può desumere da qualunque elemento (il costante comportamento delle parti, dice il Pescatore)», in base ad «una indagine di mero fatto», che si risolve «nella interpretazione della volontà delle parti». V. anche Recchioni, Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale, cit., 205 ss.; Montesano, Questioni e cause pregiudiziali, in *Riv. dir. proc.* 1988, 312 (qualche anno prima Id., In tema di accertamento incidentale e di limiti oggettivi del giudicato, in *Riv. dir. proc.* 1951, 335, sembrava invece comunque pretendere una conclusione specifica).

per cui non basta la semplice eccezione a determinare l'ampliamento dell'oggetto del processo e del giudicato<sup>68</sup>.

b) La domanda di accertamento incidentale dovrebbe risolvere la maggior parte delle ipotesi, tanto più oggi che si riconosce largamente che detto accertamento possa venire ammissibilmente richiesto anche successivamente al calare delle barriere decadenziali. È questo uno degli aspetti fondamentali dell'insegnamento delle Sez. Un., n. 26242/2014, secondo cui tale domanda si sottrae alle preclusioni e può essere avanzata durante tutto il corso del giudizio di primo grado<sup>69</sup>. Ciò deve valere evidentemente non solo nel caso di rilievo d'ufficio della nullità *ope iudicis*, alla base dell'intervento delle Sez. Un.<sup>70</sup>; bensì *in ogni ipotesi* di eccezione proposta dal convenuto su questione rilevabile d'ufficio, o di mera difesa che contesti il fatto costitutivo ovvero ammissibilmente introduca un diritto incompatibile, su cui una parte dichiara di volere l'accertamento incidentale con forza di giudicato<sup>71</sup>.

A tal punto, quand'anche la questione fosse emersa antecedentemente, la richiesta che la cognizione del giudice si soffermi con la forza del giudicato potrà sopravvenire in deroga alle preclusioni, riaprendo *ex art. 153 c.p.c.* la possibilità per i contendenti di eventualmente arricchire il proprio impegno difensivo al riguardo, allorché si possa comprovare che sino a quel momento la questione fosse stata trattata più superficialmente in ragione

68 Per tutti v. Montesano, *La tutela giurisdizionale civile dei diritti*: «Le eccezioni del convenuto, "late" o "proprie", non sono mai domande, perché, quali che siano le questioni con esse poste, hanno solo il fine di negare la tutela richiesta dall'attore, non di domandare al giudice un diverso, e magari contrapposto, provvedimento di tutela, in altre parole non ampliano l'oggetto del processo ad un concreto bene differente, per natura o per estensione, da quello preteso in domanda».

69 V. la sentenza evocata, punto 5.11: «All'interrogativo circa i rapporti che, all'esito della rilevazione officiosa del giudice, corrono tra la domanda di nullità proposta dalla parte e quella originaria, è agevole rispondere come poco rilevante sia discorrere di mutatio libelli vietata ovvero di emendatio consentita. Di per sé considerata, la domanda di nullità riveste un indiscutibile carattere di novità, se diviene oggetto di una richiesta di accertamento a seguito del rilievo officioso del giudice. Ma tale novum processuale non potrà più esser destinato a cadere sotto la scure delle preclusioni imposte dall'art. 183 c.p.c. post riforma del 1995. Non si tratta, infatti, di consentire all'istante una tardiva respispenza processuale, bensì di riconoscere un senso ad un itinerario processuale che, nell'ambito della corretta dialettica tra le parti e il giudice, consente di pervenire a un effettivo e definitivo accertamento in relazione a una questione emersa per la prima volta, sia pur *ope iudicis*, in una qualsiasi fase del giudizio». La strada in questa direzione era già stata tracciata da Consolo, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e dir. priv.* 2010, 941 ss., § 5.

70 Che pure sembrano orientate nel senso che l'itinerario tracciato valga in tanto in quanto sia il combinato operare del rilievo officioso e della sua segnalazione, ex artt. 183, co. 4, e 101, co. 2, c.p.c., a consentire «una proposizione formalmente "tardiva" della domanda di accertamento» (punto 5.11.5).

71 Inclina in questa direzione Consolo, *Le Sez. Un. aprono alle domande "complanari"*, cit.

del fatto che essa non sarebbe stata destinata ad essere fissata “per sempre” nell’ottica di tutti i possibili ulteriori sviluppi. E tale riapertura, per usare le espressioni delle due più recenti pronunce delle Sez. Un., nn. 26242/2014 e 12310/2015, si coerenza con la funzionalizzazione del processo alla più completa definizione della vicenda sostanziale, con tutte le pretese felicemente chiamate complanari<sup>72</sup>: come sono per definizione le domande di accertamento incidentale, tutte coordinate (o al più incompatibili) con il *petitum* della domanda attrice.

Resta solo il dubbio se pure in appello, in quanto non vi si ravvisi l’ostacolo dell’art. 345 c.p.c., sia ancora possibile la formulazione di domanda di accertamento incidentale.

Infatti, per un verso, la caratteristica “complanare” di tali domande, com’è idonea a sottrarre le domande *de quibus* al limite preclusivo dell’art. 183, co. 6, n. 1, c.p.c. ed a consentire di precisare le conclusioni al di là di quanto si sia specificato in atto introduttivo ed in 1<sup>a</sup> memoria, così pure potrebbe giustificare una deroga con riferimento al disposto dell’art. 345, co. 1, c.p.c.<sup>73</sup>; per contro l’ammissione della domanda nuova, con la connessa riapertura delle preclusioni istruttorie, potrebbe essere fonte di particolare aggravio per il singolo procedimento. Ed è nel bilanciamento di questi due valori che andrà trovata la risposta, il cui esito negativo potrà dunque fondarsi unicamente su un intendimento dell’appello quale grado di giudizio assolutamente chiuso ed avente mera finalità di controllo. Una visione, questa, che pare guidare le più recenti iniziative legislative, ma risulta del tutto aliena all’impostazione delle Sez. Un. n. 12310/2015<sup>74</sup>.

72 Così CONSOLO, *Preclusioni nel processo civile e preclusioni alla definizione del processo legislativo di riforma*, in *Giur. it.* 1993, I, 2, 771; Id., *La trattazione nella fase introduttiva del processo: un primo bilancio nel (semi-)decennale*, in *Giur. it.* 2001, 1075.

73 V. anche Pagni, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sez. un.*, in *Giur. it.* 2015, 75, per la quale si configura come irrazionale il rischio – cui si andrebbe altrimenti incontro – della moltiplicazione dei giudizi in ragione della necessità di promuovere nuova domanda (trascrivibile) di nullità, peraltro incongruamente condizionata dal precedente giudicato (secondo Sez. un., n. 26242/2014), al fine di conseguire l’opponibilità ai terzi.

74 Si confrontino, per un verso, la relazione accompagnatoria al DDL delega cd. “Berruti”, C-2953, ove – a pag. 20 del dattiloscritto – si legge della necessità di procedere al «rafforzamento del divieto dei *nova*, prevedendo non solo che non è consentito all’appellante di proporre nuove domande, nuove eccezioni e nuovi mezzi di prova (in conformità a quanto già disposto dall’attuale formulazione dell’art. 345 c.p.c.), ma che gli è precluso anche solo di introdurre nuove ragioni o deduzioni in diritto [sic!] per dimostrare la fondatezza giuridica delle domande e delle eccezioni precedentemente proposte, che non siano già state sottoposte al Giudice di primo grado»; per altro verso la già cit. Cass., sez. un., 15.6.2015, n. 12310, ove invece non si ha dubbi sul fatto che «una diversa qualificazione giuridica del fatto [sia] sempre ammissibile, perfino nel corso dei giudizi di impugnazione, ad opera della parte ed anche del giudice, senza bisogno di una specifica norma che autorizzi a tanto».

c) Nell'ambito dei contratti sinallagmatici, invece, la finalità di coerenza decisoria ben potrà determinare un ampliamento della forza vincolante del giudicato a profili che *non siano stati oggetto di esame* da parte del giudice, ma tale possibilità dovrà arrestarsi *anzitutto* allorché l'orizzonte della lite si prospetti come rilevante non più solamente nei rapporti interprivati, ma veda in gioco interessi superindividuali rispetto ai quali non può riconoscersi il monopolio e la signoria dei litiganti.

Ed allora, quando si possa porre un problema di qualificazione del contratto, la soluzione che sia stata data per scontata nella prima decisione – anche solo per non dar adito a situazioni di abuso del processo – non può essere smentita in un secondo processo, e ciò non meramente allorché si discuta della medesima situazione sostanziale<sup>75</sup>, ma anche quando vengano in questione i diritti sinallagmaticamente connessi con quello di cui unicamente si è discusso nel precedente giudizio. La parte dapprima vittoriosa, anche solo per un'*exceptio doli*, non potrà cercare di ottenere un vantaggio ulteriore ed incompatibile con il fondamento della prima pronuncia, sia in caso di accoglimento sia in caso di rigetto della domanda: così non si potrà pretendere il rilascio *ad nutum* dell'immobile, sostenendo che il godimento è stato concesso in comodato, quando prima si sia ottenuto un *dictum* di condanna al pagamento dei canoni di locazione; specularmente, ottenuto il rilascio *ad nutum* dell'immobile, nel presupposto della natura di comodato del contratto ad esso relativo, non si potrà agire per il pagamento dei ratei di canone pregressi. Ed ancora, volta che sia stata rigettata la pretesa di sfratto, fondata sulla natura di locazione del rapporto, non potrà il convenuto per l'adempimento dei canoni (o per lo sfratto per morosità) difendersi invocando il comodato quale titolo di godimento; ed ancora, respinta la domanda di rilascio fondata sul venir meno del termine del comodato, troverebbe ostacolo nel giudicato – e nella necessità di preservarne la pienezza – una successiva pretesa di proroga tacita del contratto qualificato come di locazione, ovvero ancora una successiva pretesa di contribuzione alle spese necessarie al mantenimento della cosa in buono stato locativo.

In queste situazioni, che Zeuner classificava come di effetto perseguito dalla successiva domanda che si pone come completamento della regolamentazione raggiunta con il primo giudicato<sup>76</sup>, è la "veste"

75 Così invece ATTARDI, In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata, cit., 503, che fa appunto gli esempi ricordati in principio, nel par. 1.

76 ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft*, cit., 58 ss. A questa figura ben può ricondursi l'esempio dell'estensione del vincolo sulla spettanza del diritto dominicale, e sulla decorrenza dello stesso, dalla sentenza che accolga la domanda di rivendica al giudizio in cui venga in discussione il diritto ai frutti: cfr. in arg. Menchini, *I limiti oggettivi*, cit., 122, nota 132; Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale*, cit., 225 s.

che è stata data alla pretesa, collegata alla fattispecie che l'ha fondata e l'ha plasmata entro un contratto a prestazioni corrispettive, che integra il fondamento dell'effetto conformativo del giudicato<sup>77</sup>.

Quando invece venga in considerazione la nullità del contratto per le sue varie cause "codicistiche", che non sia stata oggetto di cognizione e che si voglia ritenere oggetto di giudicato implicito, l'interesse privato deve cedere il passo a fronte del gioco di preminenti interessi superindividuali. Ed allora dal silenzio, dall'implicito, non potrà nascere alcun vincolo rispetto alla possibilità che l'invalidità possa essere rilevata d'ufficio (o eccepita) in un secondo giudizio concernente altri effetti elementari nascenti da quel medesimo contratto. A nulla potrà rilevare, in contrario, il rischio di rottura sul piano processuale del nesso di corrispettività esistente sul quello sostanziale<sup>78</sup>, la necessità che quel primo esito meritale non venga smentito da una decisione suscettibile di portare ad un disequilibrio tra i reciproci obblighi nascenti dall'unico vincolo negoziale, poiché altrimenti – come già si è rimarcato – ci si espone non solo al rischio di frode alla legge ad opera delle parti concordi o ad opera di quella che abbia una forza economica maggiore<sup>79</sup>, ma in ogni caso alla possibilità che un errore decisionale si perpetui e si protenda anche sul versante di diritti connessi non oggetto del primo processo e, pertanto, non "titolati" a pretendere l'immutabilità del primo giudicato.

77 Lo stesso a dirsi per la consumazione del controcredito eccepito in compensazione e rimasto non contestato, senza perciò attivazione del meccanismo dell'art. 35 c.p.c. Pure qui, ricorre il requisito richiamato *supra*, della natura solo interprivata degli interessi in gioco (d'altronde è sempre nell'ottica della natura puramente interprivata degli interessi in gioco che si muove la medesima fattispecie dell'art. 35 c.p.c. di accertamento incidentale *ex lege*: sembrando non accettabile, nell'ottica del bilanciamento delle posizioni processuali e della parità delle armi, che il convenuto possa dedurre in giudizio un controcredito contestato, per cancellare sino al *tantundem* il credito azionato in via principale dall'attore, conservandosi la possibilità, pure nel caso in cui quel controcredito venga riscontrato come non esistente, di azionarlo in un nuovo giudizio senza andare incontro alla forza preclusiva del primo accertamento negativo: cfr. Merlin, *Compensazione e processo. II*, cit., 93 s., testo e nota 7); pure qui, pertanto, si avrà la preclusione della facoltà di richiedere l'adempimento di quel credito che ha costituito la ragione del rigetto della domanda attrice.

78 ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft*, cit., 75 ss.

79 Così, ad es., il vincolo esteso ad esistenza del contratto ed all'accertamento dell'ammontare del canone potrebbe entrare in conflitto con il recente riconoscimento della nullità delle convenzioni che dissimulino un canone inferiore per ragioni di convenienza fiscale del locatore, di cui a Cass., sez. un., 16.9.2015, n. 18213, la cui connessione con valori superindividuali risulta in ragione della ritenuta inaccettabilità, su un piano etico/costituzionale, che si ammetta una parte ad invocare tutela giurisdizionale adducendo apertamente ed impunemente la propria qualità di evasore fiscale, «volta che l'imposizione e il corretto adempimento degli obblighi tributari, lungi dall'attenere al solo rapporto individuale contraente/fisco, afferiscono ad interessi ben più generali, in quanto il rispetto di quegli obblighi, da parte di tutti i consociati, si risolve in un miglior funzionamento della stessa macchina statale, nell'interesse superiore dell'intera collettività».

Là dove nel primo processo la discussione si sia svolta sempre e solo unicamente nella prospettiva della situazione giuridica elementare, non potrà dunque discenderne un vincolo esteso al rapporto, suscettibile di impedire in un secondo momento il riscontro della ragione di nullità prevista dalla legge a tutela di interessi ordinamentali, conseguente all'irrimediabile disvalore assegnato ad un invalido assetto negoziale ed alla individuazione del suo fondamento nella tutela di interessi generali<sup>80</sup>. In questo senso ci sentiremmo di delimitare l'ulteriore ipotesi enucleata da Zeuner, per cui la condanna all'adempimento della prestazione avrebbe effetto vincolante con riguardo alla sussistenza ed all'efficacia del contratto nel successivo processo di condanna alla (specifica) controprestazione, in quanto i processi risultano teleologicamente collegati per l'esistenza tra i loro oggetti di un nesso di parità ed uguaglianza (*Ausgleichszusammenhang*).

Ove però il dibattito si sia allargato alla questione di nullità, non ci pare accettabile sino in fondo l'indifferenza del processo alle ragioni del diritto sostanziale<sup>81</sup>. In queste specifiche ipotesi, infatti, la proposizione o il rilievo d'ufficio dell'eccezione di nullità comportano non tanto l'estensione del giudicato, quanto una caratterizzazione del conflitto non più in termini ristretti all'effetto elementare dedotto in giudizio, ma capaci di coinvolgere anche l'accertamento dell'invalidità del più ampio rapporto, dispiegando un vincolo che fungerà da substrato per le decisioni del nuovo giudice.

Ritorna qui ad echeggiare la *ratio* dell'altra rilevante eccezione che Chiovenda ammetteva con riguardo alla necessità di formulazione di apposita domanda di accertamento incidentale, affinché ne seguisse l'estensione del giudicato: ossia quella per cui il giudicato si sarebbe esteso al rapporto fondamentale ove le parti avessero dedotto in giudizio le obbligazioni principali nascenti dal contratto, poiché in tal caso dovrebbe «ritenersi che oggetto della domanda e del giudicato sia senz'altro e direttamente, insieme col diritto fatto valere, anche il rapporto giuridico stesso»<sup>82</sup>. Più

80 Così, compendiando le argomentazioni di Cass., sez. un., n. 26242/2014, Menchini, *Le Sez. un. fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale*, cit., § 2, testo e nt. 10.

81 L'indifferenza a tale profilo traspare invece dalle parole di Cerino Canova, in *Commentario del c.p.c.* diretto da Allorio, cit., 142, per cui la «nozione della *res in iudicium deducta* non può e non deve essere fedele alla esclusiva sensibilità che guida la speculazione del diritto sostanziale. Infatti dimenticherebbe i caratteri e la funzione del fenomeno in cui si inserisce, appunto, il processo, e soprattutto perderebbe di vista proprio l'essenza di quella entità – il diritto soggettivo – cui si vuole conformare».

82 CHIOVENDA, *Istituzioni. I*, cit., 355. V. anche Montesano, *Questioni e cause pregiudiziali*, cit., 308: «forte opportunità e direi anche elementare buon senso militano a favore dell'estensione della cosa giudicata al rapporto complesso oggetto di contestazione insieme o successivamente alla domanda che deduce un singolo diritto nascente dallo stesso rapporto, nel senso che e nei limiti in cui è presumibile che la contestazione sul titolo si rinnovi ogni qual volta siano dedotti altri diritti che abbiano il medesimo titolo».

che in questa ipotesi tuttavia, nella quale comunque l'orizzonte del dibattito delle parti resta confinato alla singola situazione giuridica elementare (per quanto "totalizzante") nascente dal contratto, l'ampliamento della lite al rapporto ci pare invece si verifichi proprio quando si apre la discussione sul tema dell'invalidità del contratto, poiché – sullo sfondo della regola *costante* per cui il giudizio sul contratto sinallagmatico assume carattere grandangolare – la causa viene *ex necesse* a coinvolgere anche la questione d'invalidità del rapporto fondamentale allorché tale questione non resti più sullo sfondo, ma diviene oggetto del dibattito e dell'attenzione delle parti: senza che ne possa risultare una sorpresa per queste, che percepiranno di dover corrispondentemente calibrare l'impegno difensivo e cui potrà essere data una rimessione in termini funzionale all'adeguato approfondimento e dibattito sul punto<sup>83</sup>; e senza che al contempo ne possano particolarmente "soffrire" i tempi di definizione del giudizio, rispetto ai quali il numero delle questioni controverse e la profondità della loro trattazione sono nella sostanza variabili indipendenti<sup>84</sup>.

Il tutto, appunto, a condizione che delle tematiche inerenti al rapporto si sia discusso e deciso, non potendo avere altrimenti giustificazione un vincolo che nasca da una non decisione: riprendendo il nucleo concettuale della tesi dei nessi di connessione funzionale, se si accetta di ragionare in termini di "vincolo al motivo portante", ebbene questo motivo dev'essere esplicitato in motivazione, altrimenti nessun vincolo ne potrà discendere<sup>85</sup>.

Lo stesso effetto dunque si avrà allorché sia stata proposta, ed accolta, un'eccezione costitutiva (es.: annullabilità, rescindibilità, redibitoria ed estimatoria). Certo si tratta di eccezioni avanzate con finalità difensive per ottenere il rigetto della domanda attrice; tuttavia la loro proposizione allarga ineluttabilmente la contesa al grandangolo del contratto, ponendo

83 Così appunto Cass., sez. un., n. 26242/2014, ove appunto l'affermazione per cui «sarebbe assurdo sostenere su sulla *quaestio nullitatis* possa nuovamente intervenire un successivo giudizio, salvo implicitamente avallare un evidente abuso del processo» (punto 3.15).

84 Per questa perspicua presa d'atto v. già Consolo, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto*, cit., 187, nt. 4.

85 V. anche LUIISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 168, che – nel prestare adesione alla teorica della pregiudizialità logica – tuttavia precisa che il criterio da utilizzare, a tale riguardo, è quello dell'antecedente logico necessario: «se il giudice, per decidere dell'effetto (diritto) dedotto in giudizio, si è dovuto occupare (antecedente logico) della esistenza e qualificazione del rapporto a cui tale diritto appartiene, allora ciò che il giudice ha stabilito del rapporto forma giudicato ove venga in discussione, in un successivo processo, un altro diritto che appartiene allo stesso rapporto. Se però, per decidere del diritto, il giudice non ha avuto bisogno di occuparsi del rapporto, il giudicato non si forma ... Risalire al rapporto per decidere del diritto non è sempre necessario. Infatti, ciascun diritto, che fa parte del rapporto, è coordinato agli altri diritti, ma ha una sua vita propria».

alle parti la questione della stabilità o caducazione del vincolo, sì che – ove la cognizione e la decisione del giudice si estendano ad esse (poiché non “assorbita” da altra questione più liquida) – il *dictum* distillato in motivazione verrà a dispiegare necessariamente efficacia vincolante circa l’invalidità del contratto<sup>86</sup>.

d) In questo contesto dunque, proprio in ragione dell’esigenza di assicurare l’omogeneità – non del trattamento, bensì – degli *esiti decisori* relativi ai diversi effetti elementari che si radicano nel contratto sinallagmatico, verremo ad avere un ruolo determinante della motivazione per determinare l’intensità del vincolo scaturente dal precedente giudicato per i futuri processi.

Ne segue però un’ulteriore eccezione all’operare sia della tesi della pregiudizialità logica, sia di quella che fa leva sui nessi di connessione funzionale per imporre un’omogeneità decisoria anche al di là della mappatura delle questioni dibattute in causa. Quando pure il giudice abbia pronunciato sul singolo effetto elementare affrontando la questione di nullità/non nullità del contratto (ossia all’esistenza/inesistenza di fattispecie invalidanti ad operatività automatica), comunque questa pronuncia non potrà di per sé estendersi al rapporto nella «*sua totale ed effettiva consistenza sostanziale*»<sup>87</sup>: ossia all’esclusione di fattispecie invalidanti subordinate all’impulso di parte che non siano state azionate nel precedente processo. Solo quando venga in rilievo la questione di nullità, in ragione dell’operatività automatica della fattispecie invalidante e della conseguente natura autodeterminata della relativa domanda, potrà ammettersi che il rigetto della domanda di nullità comporti sempre accertamento della non-nullità in modo irreversibile

86 Nel senso, del resto, che con l’eccezione d’impugnativa la modificazione giuridica sia provocata automaticamente dalla mera dichiarazione di volontà del soggetto, di cui il giudice dovrà tenere conto per il tramite di sentenza di accertamento e non costitutiva, v. Allorio, *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giurisdizionale*; così pure Attardi, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 536 s. Peraltro secondo Attardi il giudicato si formerebbe non nel caso in cui sia stato azionato uno degli effetti nascenti dal contratto, bensì unicamente allorché l’attore abbia richiesto l’accertamento dell’intero rapporto nascente dal contratto posto a base della domanda: distinzione invero opinabile, sia perché, per regola, l’ipotesi di domande di accertamento del rapporto è assai improbabile, sia perché – se davvero l’effetto caducatorio è frutto della sola volontà di parte – dovrebbe essere conseguente che la sentenza di accertamento estenda i propri effetti all’intero contratto. In senso contrario, per la rigorosa delimitazione al singolo diritto dedotto in giudizio dell’effetto micro-caducatorio dell’eccezione (salva sempre la valenza coerenza-trice dei nessi di connessione funzionale), Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*. I, cit., 282, nt. 147.

87 Come parrebbe sottendere il punto 4.7.2 della motivazione di Cass., sez. un., n. 26242/2014. Adesivamente v. Menchini, *Le Sez. un. fanno chiarezza sull’oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale*, cit., § 4; Proto Pisani, *Appunti sui limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., 401 s.

e con efficacia di giudicato anche con riferimento alle possibili cause non oggetto di attenzione da parte del giudice del primo giudizio<sup>88</sup>. Per le fattispecie invalidanti che si attivano previo esercizio del potere di parte, invece, se non è stato attivato “l’interruttore” del potere formativo ad esercizio giudiziale<sup>89</sup>, non si vede come possa ammettersi un accertamento *in negativo* nel corso del “primo” giudizio che si sia incentrato sul vincolo contrattuale, allorché le stesse ivi non siano state dedotte. E ciò del tutto a prescindere dalla disquisizione su quale sia l’oggetto del processo nelle azioni costitutive<sup>90</sup>, poiché non vi è spazio logico né ragione pratica per poter affermare che sul punto vi sia stata una cognizione e definizione implicita.

Non vi è spazio logico poiché ciò che ancora non può affiorare agli occhi del giudice, essendo mancato quell’impulso di parte che ne costituisce il *medium* necessario, non può evidentemente essere accertato né in positivo né in negativo<sup>91</sup>: quanto meno sin tanto che non si ammetta entro l’ordinamento un principio sostanziale – di rilevanza anche processuale – di concentrazione delle deduzioni od

88 Per tale precisazione v. Consolo, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto*, cit., 187.

89 Non diversa è la conclusione cui si deve arrivare pur dando credito alla tesi di Pagni, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sez. un.*, cit., 78, e già in *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, 197 ss., per cui il potere formativo di parte (annullamento, rescissione) dispiega efficacia già sul piano stragiudiziale ed il giudice è solo chiamato ad accertarlo.

90 E così pure dalla questione della rilevanza d’ufficio della nullità nei giudizi di annullamento o di rescissione: il rilievo officioso della nullità è infatti pienamente compatibile con la più convincente ricostruzione di Cerino Canova, per il quale la modificazione “portata” dalla sentenza costitutiva non è un qualcosa di esterno all’accertamento del potere formativo giudiziale, che consegue ad esso quale corollario estrinseco e mediato della stabilità del risultato, ma costituisce l’essenza stessa del *dictum* del giudice, che cala direttamente sul negozio: «la sentenza applica nel caso concreto – e rende così certa – una norma di mutamento giuridico ed in conformità a tale contenuto produce il mutamento stesso» (Cerino Canova, in *Commentario del c.p.c.* diretto da Allorio, cit., 164 s.). La statuizione è così una ed unica «perché viene attuata un’unica norma giuridica non ulteriormente scomponibile in fattispecie ed effetto come oggetto di distinti esercizi della giurisdizione [e] poiché la giurisdizione non può essere separatamente promossa per i presupposti della modificazione e dunque non trova nel relativo accertamento un’entità sufficiente per il suo esercizio» (Id., op.cit., 162). Postulato, questo, non dissimile da quello accolto da Sez. Un., n. 26242/2014, nel punto 4.2.1, a comprova che i corollari sistematici perseguiti sono indipendenti dall’opzione accolta circa l’oggetto del processo nelle impugnative negoziali, che avrebbe potuto essere individuato nel potere di azione costitutiva senza che ciò richiedesse il recesso dalla tesi della estensione di cognizione e decisione alla pregiudiziale di nullità/non nullità.

91 In questo senso non ci pare condivisibile la tesi che individua il bene della vita controverso nel rapporto giuridico – a tutto tondo – scaturente dall’atto negoziale, volto ad un «definitivo accertamento della idoneità della convenzione contrattuale a produrre tanto l’effetto negoziale suo proprio quanto i suoi effetti finali»: così invece Cass., Sez. un., n. 26242/2014, punti 4.8.1; nonché Menchini, *Le Sez. un. fanno chiarezza sull’oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale*, cit., § 3.

eccezioni anche potestative assimilabile alle ipotesi di *required joinder of claims* statunitense<sup>92</sup>. Non vi è ragione pratica, poiché – con riferimento alle impugnative negoziali – per un verso l'ipotesi di reiterazione di una domanda caducatoria nascente da potere formativo sarà per lo più largamente preclusa dall'operare dei termini di prescrizione; per altro verso, non ha proprio modo di configurarsi quella deliberata scomposizione di una «*situazione soggettiva unitaria in una pluralità di sub-oggetti processualmente autonomi*» che ha costituito oggetto di repressione da parte della giurisprudenza sul divieto di frazionamento del credito<sup>93</sup>. Ed infatti non si vede quale intento abusivo o vessatorio per la controparte si potrebbe mai perseguire spezzettando le proprie azioni di impugnativa negoziale a fronte comunque dell'incombere della prescrizione/decadenza (che può essere interrotta/impedita solo dalla domanda giudiziale riscontrata dalla vittoria nel merito), risultando la reiterazione della vicenda processuale relativamente al medesimo contratto il frutto di null'altro se non di un'erronea valutazione circa le prospettive di successo del fondamento fattuale-giuridico della domanda proposta per prima.

---

92 Cfr. al riguardo Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*. I, cit., 275 ss.

93 Giurisprudenza la cui solidità si rivela in tempi recenti sempre più friabile: cfr. le pressoché contestuali Cass., 19 marzo 2015, n. 5491, ove si afferma che l'orientamento che sanziona d'inammissibilità il frazionamento della domanda «è stato tuttavia riconsiderato in altre pronunce, nelle quali si è affermato che – ferma restando la natura abusiva della parcellizzazione giudiziale del credito – la "sanzione" di tale comportamento non può consistere nella inammissibilità delle domande giudiziali, "essendo illegittimo non lo strumento adottato, ma la modalità della sua utilizzazione. Sicché il rimedio agli effetti discorsivi del fenomeno della fittizia proliferazione delle cause autonomamente introdotte deve individuarsi – in applicazione di istituti processuali ordinari – vuoi nella riunione delle medesime, vuoi sul piano della liquidazione delle spese di lite»; e Cass., sez. un., 26 marzo 2015, n. 6060, che ha cassato la pronuncia di merito che aveva ritenuto inammissibile una domanda d'insinuazione al passivo per interessi proposta separatamente rispetto a quella relativa alla sorte capitale (compenso professionale), ritenendo che l'identità di *causae petendi* si possa ravvisare nelle sole ipotesi «in cui il debito per interessi resti ... inscindibilmente legato alla sorte-capitale, al punto da poter essere anche liquidato d'ufficio, senza vizio di ultrapetizione: come nel caso di credito da lavoro subordinato o di credito risarcitorio da illecito aquiliano».

