



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario

Corso di dottorato di ricerca in Giurisprudenza
XXXV Ciclo

IL C.D. CRITERIO DELLA RAGIONE PIÙ LIQUIDA NEL GIUDIZIO CIVILE SUL MERITO

Coordinatrice: Ch.ma Prof.ssa Paola Lambrini

Supervisore: Ch.mo Prof. Marino Marinelli

Dottorando: Edoardo Borselli

INDICE GENERALE

INTRODUZIONE	pag.	1
CAPITOLO I		
PREMESSE RICOSTRUTTIVE: OGGETTO DEL PROCESSO, OGGETTO DELLA COGNIZIONE, MOTIVI DELLA DECISIONE		
1. Premessa	»	3
2. L'oggetto del processo è costituito dalla situazione giuridica soggettiva affermata nel giudizio	»	4
3. (Segue) Tendenze espansive dell'oggetto del processo e del giudicato nella moderna dottrina e giurisprudenza	»	12
4. La teoria dello <i>Streitgegenstand</i> nella dottrina tedesca tradizionale e in quella moderna	»	17
5. Determinazione dell'oggetto della cognizione. Avvio dell'indagine: l'introduzione dei fatti storici nel processo e l'attribuzione agli stessi di rilevanza giuridica	»	30
6. (Segue) Il problema delle preclusioni come possibile limite alla piena conoscenza da parte del giudice dei fatti giuridici pur soggetti alla regola della rilevabilità d'ufficio	»	40
7. (Segue) L'oggetto della cognizione è rappresentato da tutti i fatti acquisiti al processo a cui la parte o il giudice ha attribuito rilevanza giuridica. Il giudice, quando dubita dell'esistenza dei fatti operanti <i>ipso iure</i> , ha il <i>dovere</i> di rilevarli	»	50
8. L'idoneità a definire il giudizio come parametro alla cui stregua individuare le questioni che possono costituire motivo di decisione	»	54
9. L'assorbimento delle questioni. I motivi portanti della decisione sono rappresentati dalla soluzione di tutte le questioni insuscettibili di rimanere assorbite	»	62

CAPITOLO II

CRITERIO DELLA RAGIONE PIÙ LIQUIDA E COMPLETEZZA DI ESAME DELLE QUESTIONI

1. Premessa	pag.	67
2. Gli argomenti a sostegno dell'operatività del c.d. criterio della ragione più liquida: le giustificazioni di carattere logico e quelle di carattere normativo	»	68
3. (Segue) Conferma nei principi di rango costituzionale	»	73
4. Individuazione di regole generali per l'applicazione del criterio della ragione più liquida	»	77
5. Descrizione delle singole fattispecie: decisioni di accertamento di non esistenza del diritto sostanziale	»	81
5.1. Decisioni di rigetto di domande di accertamento di esistenza del diritto sostanziale o di condanna per violazione di un dovere di condotta da parte del convenuto	»	86
5.2. Decisioni di accoglimento di domande di accertamento negativo	»	90
5.3. Decisioni rese su domande di accertamento di esistenza o non esistenza di un rapporto giuridico a seguito di esercizio da parte dell'attore o del convenuto di un potere sostanziale di costituzione, impedimento, modifica o estinzione di tale rapporto	»	99
5.4. Decisioni rese su domande di tutela «costitutiva» dirette a costituire o ad estinguere o modificare un rapporto giuridico	»	107
6. Decisioni rese su domande fondate su più norme in concorso o su domande cumulate in via alternativa	»	119
7. Decisioni sulla fattispecie costitutiva del diritto autodeterminato dedotto in giudizio	»	124
8. Decisioni sui motivi di «impugnazione» di un atto sostanziale o di un provvedimento	»	125
9. Decisioni di rigetto in rito della domanda (cenni)	»	128
10. Deroche all'assenza del vincolo di completezza di esame delle questioni (?) (rinvio)	»	132

11. Sintesi dei risultati	pag. 133
---------------------------	----------

CAPITOLO III

CRITERIO DELLA RAGIONE PIÙ LIQUIDA E ORDINE DI ESAME DELLE QUESTIONI

1. Premessa. Assenza di un generale ordine di esame e decisione delle questioni?	» 136
2. Esame della giurisprudenza	» 141
3. Risultati dell'indagine giurisprudenziale: a) impossibilità di individuare linee di indirizzo sulla scelta del motivo; b) generale assenza di un ordine di esame: in particolare non rileva l'ordine emergente dal diritto sostanziale	» 154
4. Deroghe all'assenza dell'ordine di esame: a) per ragioni di diritto sostanziale: le ipotesi in cui sono dedotti fatti che rilevano anche come fatti impeditivi o estintivi di altre eccezioni	» 158
5. (Segue) b) per ragioni di diritto processuale: le ipotesi in cui sono sollevate eccezioni onerose (?); il vincolo di subordinazione imposto dalle parti (rinvio)	» 164
6. Variabilità della portata e degli effetti del giudicato materiale in ragione del motivo di decisione	» 166
7. (Segue) La teoria della c.d. pregiudizialità logica: l'accertamento con autorità di cosa giudicata sul rapporto giuridico fondamentale	» 174
8. (Segue) La teoria del vincolo selettivo al motivo portante: la rilevanza del motivo di decisione rispetto ad alcuni successivi processi selezionati in ragione del loro oggetto	» 180
9. (Segue) Confronto fra le due teorie in una prospettiva evolutiva. Conseguenze sull'impostazione del problema del giudicato fondato su uno fra i più potenziali motivi di decisione	» 190
10. Efficacia del giudicato (di accertamento negativo) fondato su di un solo motivo rispetto alla stessa fattispecie arricchita del fatto giuridico sulla cui base il diritto era stato dichiarato inesistente	» 196
11. Efficacia del giudicato fondato su di un solo motivo rispetto ad una fattispecie diversa ma suscettibile di essere «influenzata» dal primo giudicato a causa della forte connessione fra le due situazioni giuridiche	» 210

12. Efficacia del giudicato fondato su di un solo motivo rispetto ad una fattispecie concorrente o regolata da una norma concorrente	pag.	224
13. L'imposizione, ad opera delle parti, di un vincolo di subordinazione (o di un vincolo di completezza) nella decisione delle questioni. La dottrina individua nell'interesse il parametro alla cui stregua vagliarne l'ammissibilità. Profili critici di questa ricostruzione	»	231
14. (Segue) Individuazione delle fattispecie in cui è ammissibile il condizionamento di parte	»	238
15. La scelta del motivo di decisione da parte del giudice. L'individuazione, all'interno del sistema, di vincoli di subordinazione nella decisione delle questioni	»	247
BIBLIOGRAFIA	»	255

INTRODUZIONE

Se si interroga una banca dati giuridica nell'archivio della giurisprudenza (sia di merito che di legittimità), inserendo nella stringa di ricerca l'espressione «ragione più liquida», si ottiene un numero di provvedimenti imponente, nell'ordine di qualche migliaio per anno. Si tratta della lucida e immediata testimonianza del massiccio impiego che fanno i giudici dell'omonimo criterio di decisione, ormai a tutti noto.

La giurisprudenza però non pare aver sempre chiaro che impiegare il canone della ragione più liquida significa utilizzare una tecnica decisoria densa di conseguenze sotto svariati profili. Eppure a richiamare l'attenzione sull'importanza delle relative implicazioni sistematiche ci hanno pensato anche le Sezioni Unite della Corte di cassazione con le sentenze del 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243¹, più note come sentenze gemelle del 2014 o sentenze di Natale, nelle quali è stato affrontato il «problema centrale della giurisdizione civile: l'oggetto del processo e del giudicato, i rapporti tra diritto sostanziale e processo»². Tali sentenze hanno affermato che l'oggetto del processo e del giudicato sono figure «a geometria variabile»³ e che tale mutevolezza dei contorni dipende proprio dall'applicazione del criterio della ragione più liquida.

L'argomento oggetto di studio è fortemente intrecciato ad alcuni dei temi che vanno al cuore del diritto processuale civile: oltre a quello appena citato, anche il rapporto fra giudicato e motivi e il problema dell'ordine di esame delle questioni. È stato autorevolmente osservato⁴ come queste tematiche, nella loro interrelazione, non sono da relegare nell'ambito della c.d. giurisprudenza dei concetti, come è stato per altre questioni relative all'oggetto del processo e del giudicato, ma anzi

¹ Queste sentenze sono pubblicate, tra l'altro, in *Foro it.*, 2015, I, 862 ss., con note di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, M. ADORNO, F. DI CIOMMO, PAGLIANTINI, S. MENCHINI e A. PROTO PISANI; *Giur. it.*, 2015, 70 ss. (m), con nota di I. PAGNI e 1386 (m), con nota di M. BOVE; *Giusto proc. civ.*, 2015, 137 ss. (m), con nota di S. PAGLIANTINI; *Corr. giur.*, 2015, 88 ss., con nota di A. CARBONE.

² Così S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, 941.

³ Così A. PROTO PISANI, *Oggetto del processo e oggetto del giudicato nelle azioni contrattuali*, in *Foro it.*, 2016, V, 329.

⁴ Cfr. W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, in *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*, Monaco, 2002, 168.

mostrano ancora un'evidente rilevanza sul piano pratico. Il criterio di decisione della ragione più liquida, legato com'è ai principi di economia processuale e ragionevole durata del processo, viene infatti letto anche dai giudici come strumento per garantire l'efficienza del processo civile, la quale – non ci sarebbe nemmeno bisogno di precisare – rappresenta nell'attuale momento storico un valore guida nell'interpretazione delle regole processuali.

Già da una prima osservazione dell'espressione «primato della ragione più liquida», nata in Germania ma lì rimasta sostanzialmente priva di seguito, si scorgono due significati distinti: da una parte che il giudice ha il potere di decidere sulla base di una sola delle più ragioni a disposizione, potendo tralasciare le altre, quando una è sufficiente a reggere la decisione; dall'altra che il giudice, nella scelta della specifica ragione, dovrebbe essere guidato dalla maggiore «liquidità» della questione da risolvere.

Se indagare il primo profilo, che rivela l'insussistenza in capo al giudice di un obbligo di completezza di esame delle questioni, significa in sostanza stabilire *quando* il giudice può fare impiego del criterio della ragione più liquida, studiare il secondo profilo significa chiedersi *se* il giudice nell'esaminare e decidere le questioni che si presentano debba seguire un certo ordine e, ammesso che vi sia un'area di libertà, *quale* criterio debba privilegiare nella scelta del motivo di decisione. Di entrambi questi profili ci si occuperà nel corso del lavoro, dopo aver richiamato alcuni preliminari profili di teoria generale.

CAPITOLO I

PREMESSE RICOSTRUTTIVE: OGGETTO DEL PROCESSO, OGGETTO DELLA COGNIZIONE, MOTIVI DELLA DECISIONE

INDICE DEL CAPITOLO: 1. Premessa; 2. L'oggetto del processo è costituito dalla situazione giuridica soggettiva affermata nel giudizio; 3. (Segue) Tendenze espansive dell'oggetto del processo e del giudicato nella moderna dottrina e giurisprudenza; 4. La teoria dello *Streitgegenstand* nella dottrina tedesca tradizionale e in quella moderna; 5. Determinazione dell'oggetto della cognizione. Avvio dell'indagine: l'introduzione dei fatti storici nel processo e l'attribuzione agli stessi di rilevanza giuridica; 6. (Segue) Il problema delle preclusioni come possibile limite alla piena conoscenza da parte del giudice dei fatti giuridici pur soggetti alla regola della rilevanza d'ufficio; 7. (Segue) L'oggetto della cognizione è rappresentato da tutti i fatti acquisiti al processo a cui la parte o il giudice ha attribuito rilevanza giuridica. Il giudice, quando dubita dell'esistenza dei fatti operanti *ipso iure*, ha il *dovere* di rilevarli; 8. L'idoneità a definire il giudizio come parametro alla cui stregua individuare le questioni che possono costituire motivo di decisione; 9. L'assorbimento delle questioni. I motivi portanti della decisione sono rappresentati dalla soluzione di tutte le questioni insuscettibili di rimanere assorbite.

1. Premessa

L'indagine sul criterio della ragione più liquida quale canone di scelta del motivo di decisione da parte del giudice, si poggia su alcune premesse di teoria generale del processo.

In particolare occorre determinare la cornice entro la quale il giudice compie tale scelta. Per far questo si deve prima guardare all'aspetto (statico) della delimitazione del materiale decisorio raccolto nel corso del processo, procedendo dall'«alto» – individuazione dell'oggetto del processo – verso il «basso» – individuazione dell'oggetto della cognizione –, e poi all'aspetto (dinamico) della trasformazione delle questioni in motivi che reggono la statuizione.

2. L'oggetto del processo è costituito dalla situazione giuridica soggettiva affermata nel giudizio

Il primo passo per assolvere tale compito è quello di individuare l'oggetto del processo. Vista la complessità del tema e la vastità delle ricerche che sono state condotte in merito, ci si limiterà a ricapitolare alcuni punti (non sempre fermi).

Innanzitutto preme richiamare l'insegnamento comune nella nostra dottrina secondo cui l'oggetto del processo coincide (tendenzialmente) con l'oggetto della domanda, con l'oggetto della sentenza e con l'oggetto del giudicato, in base a quanto risulta dal principio della domanda (art. 2907 c.c. e art. 99 c.p.c.) e dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.)¹.

È altresì insegnamento comune che l'oggetto della domanda (del processo, della sentenza e del giudicato) è rappresentato dal diritto soggettivo (o più in generale dalla situazione giuridica soggettiva) ipoteticamente affermato dall'attore e sulla cui esistenza (o inesistenza) il giudice è chiamato a decidere². Questa

¹ Per la corrispondenza fra oggetto della domanda, del processo, della sentenza (e del giudicato) v., sebbene non siano sempre esplicitamente riferiti tutti quanti i membri dell'equazione, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, rist. con prefazione di V. Andrioli, Napoli 1965, 917; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova 1937, 123 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, tomo I, vol. II, Torino 1980, 107 ss., spec. 115-117; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli 1979, 996; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 386 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, 9 ss.; ID., voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, Torino 1997, 429; ID., *Il giudicato civile*², in *Giur. sistematica di dir. proc. civ. diretta da A. Proto Pisani*, Torino 2002², 68; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino 1991, 44 ss.; D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo all'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino 2008, 1; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012, 80-81; E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio di cognizione. Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, Torino 2016, 1 s.; A. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti, Art. 2907*, in *Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger, F.D. Busnelli*, Milano 2018, 366 ss. Si è detto nel testo che la corrispondenza è tendenziale; questo perché: a) l'oggetto del processo può dilatarsi rispetto all'oggetto della domanda dell'attore per effetto della proposizione di domande riconvenzionali del convenuto o di accertamenti su cause pregiudiziali compiuti dal giudice per volontà di legge o delle parti oppure, per chi aderisce alla teoria della pregiudizialità-dipendenza c.d. logica (su cui v. *amplius, infra*, Cap. 2, par. 5.1. e Cap. 3, par. 7), in quanto, formulata domanda relativamente ad un effetto scaturente da un rapporto giuridico complesso (es. contratto), l'oggetto del giudizio si amplia a ricomprendere anche quest'ultimo; b) l'oggetto della sentenza e del giudicato possono restringersi rispetto all'oggetto del processo per effetto del fenomeno dell'assorbimento, che può verificarsi in presenza di domande proposte in via subordinata oppure, sempre nel solco della teoria della pregiudizialità-dipendenza c.d. logica, quando il giudice, decidendo sulla base di un motivo diverso rispetto all'esistenza e validità del rapporto fondamentale, emana una sentenza che non accerta tale rapporto.

² Quando si parla di diritti soggettivi come oggetto del processo non si intende far riferimento soltanto alle situazioni semplici di vantaggio costituite dalla coppia pretesa e obbligo (se si tratta di

un diritto di credito), dovere (se si tratta di diritto assoluto) o soggezione (se si tratta di un diritto potestativo) di altri soggetti, ma si intende ricomprendere anche i rapporti complessi (intesi come entità che racchiudono tutte le posizioni di vantaggio o svantaggio dei soggetti coinvolti; ad esempio il contratto) e gli *status* (ad esempio lo stato di figlio o quello di erede). Nella dottrina italiana è sempre rimasto saldo l'aggancio del diritto soggettivo con l'oggetto del processo: si veda in questo senso G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile, I, I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*², rist., Napoli 1960, 42 s.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, in *Problemi di diritto*, I, Milano 1957, 81 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 119 ss., 172 ss.; A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968, 53 ss.; ID., *Appunti sul giudicato*, cit., 386, ID., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino 1973, 1058 s.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 45 ss.; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 66-67; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 358 ss., la cui analisi evidenzia la necessità di interpretare il riferimento al diritto soggettivo in maniera elastica ricomprendendovi anche altre situazioni di interesse giuridicamente rilevanti e dunque protette (si pensi ad esempio agli interessi superindividuali o alla tutela del possesso); E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio*, cit., 17 ss., la quale, nel corso della monografia, conduce una specifica analisi sulla perdurante possibilità di considerare come oggetto del processo il diritto soggettivo, alla luce della crisi che quest'ultimo starebbe subendo a causa dell'emersione di numerose situazioni giuridiche alternative come i diritti diffusi, i diritti di «creazione» giurisprudenziale e i diritti «in veste di azione», cioè quelli che si delineano sulla base della tutela giurisdizionale che ricevono (si pensi alle azioni possessorie). L'Autrice conclude tuttavia riaffermando la tesi prevalente; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 374 ss., 409 ss.

È necessario osservare che porre ad oggetto del processo il diritto soggettivo significa, in primo, luogo escludere che lo stesso possa essere rappresentato da norme generali e astratte ovvero situazioni di mero fatto (v., a tal riguardo, su tutti A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 641 ss.). Si osservano tuttavia in dottrina spinte al superamento di tale ricostruzione: le aperture vanno nel senso di considerare alcune «situazioni giuridiche preliminari» – o come si dice nel linguaggio tedesco *Vorfragen* – come suscettibili di costituire oggetto del processo: cfr. in questo senso cfr. E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino 1987, 20 e ID., *Sull'accertamento della nullità e della simulazione come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 652 ss. che individua nei giudizi sulla nullità e sulla simulazione del contratto ipotesi legislativamente previste di processi vertenti su situazioni di fatto e non su diritti; E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1107 ss., che afferma: «stretta è l'alternativa delineata nelle pagine che precedono per una realistica ricostruzione dell'azione di mero accertamento negativo di un'obbligazione: o essa è vera *provocazione ad agire* e introduce allora un giudizio retto dall'*altrui domanda* o essa è semplicemente un'*azione su singole questioni*. Fra le due possibilità solo la seconda è stata e merita oggi di essere presa in considerazione, opponendosi alla prima imprescindibili pregiudiziali di valore degli ordinamenti processuali moderni»; infine M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento 2005, 137 ss. che compie una ricognizione della giurisprudenza, specie giuslavoristica, che si è confrontata con il problema delle domande su «situazioni giuridiche preliminari» e conclude che l'art. 100 c.p.c. può costituire la norma che, anche nel nostro ordinamento, consente di dilatare (e allo stesso tempo selezionare) l'ambito della tutela di mero accertamento anche, appunto, alle *Vorfragen*.

In secondo luogo l'individuazione nel diritto soggettivo dell'oggetto del processo esclude che quest'ultimo possa essere costituito da un'entità processuale, come ad esempio il *prozessualer Anspruch* dell'ordinamento tedesco (sul punto v. *amplius, infra*, par. 4).

Occorre inoltre fare richiamo ad un orientamento (minoritario in dottrina ma diffuso in giurisprudenza) che sostiene vi sia un doppio oggetto nel processo: l'uno di rito, relativo all'ammissibilità della domanda, vertente anch'esso su una posizione giuridica soggettiva regolata dal diritto processuale, l'altro di merito, relativo alla fondatezza della domanda e dunque vertente su di un diritto sostanziale. Si tratta di una teoria che continua a valorizzare la concezione per cui a seguito della proposizione di una domanda da parte del soggetto bisognoso di tutela giurisdizionale, si costituirebbe un «rapporto giuridico processuale». Tale teoria si richiama all'elaborazione di A.

definizione si fonda sul contenuto di una serie di disposizioni, che correlano la tutela giurisdizionale al diritto soggettivo (così gli artt. 24 Cost., 99 c.p.c. e 2907 c.c., 81 c.p.c., 2967 c.c. e, sebbene indirettamente, anche gli artt. 163, comma 2, n. 4 c.p.c., 75 c.p.c., 84, comma 2 c.p.c., 105, comma 1 c.p.c., 111 c.p.c., 2652 e 2653 c.c., 2943 c.c., oltreché alcune disposizioni sulla competenza di cui agli artt. 7 ss. c.p.c.).

Un breve cenno merita la questione dell'individuazione del diritto fatto valere in giudizio. Anche qui la dottrina sembra aver raggiunto un equilibrio piuttosto stabile; infatti continua a esservi consenso circa la validità e l'utilità della tripartizione *personae, petitum e causa petendi*, di cui si trova esplicita traccia

BLOMEYER, *Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Festschrift der juristischen Fakultät der freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag*, Berlin 1955, 51 ss. (secondo il quale, appunto, lo *Streitgegenstand* comprende «die Zulässigkeit einer Sachentscheidung überhaupt (als Vorfrage) und den Gegenstand der Sachentscheidung selbst (als Hauptfrage)» pag. 59) e prima alla ricostruzione di O. BÜLOW, *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Aalen 1969, rist., 289 ss., che, come noto, ha elaborato il concetto di «rapporto giuridico processuale» che si costituirebbe appunto solo a seguito una fase preliminare (*Vorverfahren*), in cui il giudice accerta la sussistenza di tutti i requisiti processuali e l'insussistenza di impedimenti processuali. In Italia tale tesi ha il suo maggior sostenitore in C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova 1985, 127 ss. Penetranti sono le critiche alla teoria del doppio oggetto avanzate da A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova 1973, 167 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1060. La tesi è peraltro criticata e scartata anche dalla recente dottrina tedesca che si è occupata dello *Streitgegenstand*: v. al riguardo C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand und Interesse. Eine zivilprozessuale Studien zum deutsche und europäische Streitgegenstandsbegriff*, Tubinga 2012, 92.

È infine il caso di precisare che quando si descrive l'oggetto del processo si parla generalmente di diritto soggettivo meramente *affermato*, non necessariamente esistente: se infatti si ritenesse che affinché si abbia un processo con un oggetto valido è necessario che il diritto esista, qualora il giudice emanasse una sentenza dichiarativa di non esistenza della situazione giuridica fatta valere occorrerebbe concludere che tutta l'attività svolta non era attività processuale ma di mero fatto; è chiaro che si tratta di un assurdo. Inoltre modernamente la dottrina dominante ha abbandonato la teoria dell'azione in senso concreto (come diritto ad ottenere un provvedimento favorevole) e ha invece accolto la teoria dell'azione come diritto ad ottenere un provvedimento di merito; da ciò deriva, come è stato osservato, che fatto costitutivo del diritto d'azione è la mera affermazione e non l'effettiva titolarità della situazione giuridica (v. in particolare, A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande*, cit., 55; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, cit., 1056 s.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 256 s.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., I, 274 ss. Per approfondimenti, anche in chiave storica, del concetto di azione si vedano: R. ORTESANO, voce *Azione in generale (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 785 ss.; V. DENTI, voce *Azione, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, IV, 1 ss.; E. FAZZALARI, voce *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino 1988, 30 ss.). È contrario invece all'idea che il diritto oggetto del processo sia meramente affermato A. CHIZZINI, *op. loc. ult. cit.*, che precisa di non poter «condividere – o meglio deve essere precisata – la posizione pressoché unanime oggi nella dottrina italiana, secondo la quale oggetto del processo sarebbe la situazione soggettiva *affermata* [corsivo dell'Autore]». Dopo aver sostenuto che tale posizione non è altro che uno strascico della teoria del rapporto giuridico processuale (che Chizzini ripudia), conclude (412) che «l'oggetto del processo può ben descriversi nei termini di una questione circa l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica soggettiva».

nell'art. 163, comma 2, nn. 2, 3 e 4 c.p.c. sul contenuto dell'atto di citazione (e nell'art. 414 c.p.c. nel contesto del rito del lavoro)³. Il primo elemento è rappresentato dai soggetti titolari del rapporto sostanziale, il secondo dalla richiesta, da parte dell'attore, del bene della vita controverso (secondo la formula di Chiovenda; c.d. *petitum* mediato) e del tipo di provvedimento desiderato (di mero accertamento, di condanna o costitutivo; c.d. *petitum* immediato) e infine il terzo è rappresentato dalla fattispecie costitutiva del diritto fatto valere. Un'importante precisazione che tradizionalmente si fa è quella per cui la *causa petendi* non è sempre elemento identificativo necessario del diritto fatto valere; in particolare non lo è per i diritti c.d. autodeterminati. Questi ultimi sono quelli che possono sussistere tra le stesse parti nello stesso arco di tempo una sola volta con lo stesso contenuto; tipici i diritti assoluti come il diritto di proprietà o i diritti della personalità e i diritti di credito aventi ad oggetto prestazioni infungibili come l'obbligo ad eseguire personalmente una certa opera. Da quelli appena descritti si distinguono i diritti eterodeterminati che possono sussistere tra le stesse parti nello stesso arco temporale più volte con il medesimo contenuto; tipici i diritti di credito aventi oggetto prestazioni fungibili come l'obbligo di pagamento di una somma di denaro. Anche dalla definizione risulta chiaro che mentre per i primi l'indicazione del titolo, della fattispecie costitutiva, non è indispensabile ai fini dell'individuazione del diritto (ed è sufficiente quindi a tale scopo la semplice indicazione dell'oggetto, del contenuto, del diritto), per i secondi occorre anche l'indicazione della *causa petendi* in quanto una cosa è il credito di 100 intercorrente fra Tizio e Caio a titolo di pagamento del prezzo di una compravendita, altra cosa è il credito sempre di 100 sempre fra gli stessi soggetti ma a titolo di risarcimento del danno patito da uno dei due⁴.

³ V. al riguardo, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 63; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, cit., 27 (sebbene sotto la vigenza del precedente codice); A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁶, Napoli 2014, 56 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale, I, principi generali*, Milano 2022¹², 62 ss. e ID., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Milano 2022¹³, 7 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino 2019¹², 129 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile. I, Parte generale*, Padova 1999³, 128 ss.; M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino 2020⁶, 153, 243 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile, I, I principi*, Bari 2019⁵, 80 ss.

⁴ Sulla distinzione fra diritti autodeterminati ed eterodeterminati v., fra gli altri, A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 391 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 172 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 207 ss.; C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 72 ss. Sul

Questo breve richiamo ai criteri individuatori del diritto fatto valere consente di affrontare un altro tema e cioè la distinzione fra oggetto del processo dichiarativo, del processo di condanna e del processo costitutivo. Si consideri che Menchini, nella sua fondamentale monografia sui limiti oggettivi del giudicato del 1987, ripartiva l'esposizione trattando insieme dell'oggetto del processo dichiarativo e di condanna e, a parte, dell'oggetto del processo costitutivo. La ripartizione non era dovuta soltanto a esigenze espositive ma era lo specchio della concezione per cui l'azione diretta a ottenere la tutela di mero accertamento divergeva da quella diretta a ottenere la tutela di condanna esclusivamente sotto il profilo del *petitum* immediato⁵. Di recente una parte della dottrina ha tuttavia affermato che la distinzione fra i due oggetti sarebbe invece da ricavare dal fatto antiggiuridico tipico (non l'illecito concretamente realizzatosi ma il fatto lesivo nella sua configurazione normativa) che ha dato luogo alla crisi di cooperazione: nell'ambito della tutela di mero accertamento, il fatto antiggiuridico rilevante sarebbe quello che ha provocato l'incertezza circa l'esistenza di un diritto o rapporto giuridico (contestazione o vanto stragiudiziale); nell'ambito della tutela di condanna, diversamente, il fatto

tema del diverso ruolo della *causa petendi* nell'identificazione del diritto oggetto del processo nonché sulla definizione del concetto stesso di *causa petendi* v. S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*; più di recente per un'approfondita ricostruzione, anche in chiave comparatistica, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 451 ss. L'Autore inoltre propone una teoria alternativa per l'individuazione del diritto oggetto del processo (pag. 420 ss., spec. 485 ss.): quest'ultimo verrebbe sempre individuato sulla base del solo contenuto e mai del titolo, anche nel caso di diritti aventi ad oggetto una prestazione generica. Questa conclusione sarebbe imposta dal superamento del modello delle *actiones* e dal pieno riconoscimento del diritto soggettivo come oggetto del processo. L'innovativa tesi proposta ha delle conseguenze non da poco – messe in luce dallo stesso Chizzini: a) la proposizione di una domanda con un certo oggetto varrebbe a dedurre in causa tutti i diritti soggettivi con quel contenuto e dunque b) anche per i diritti eterodeterminati sarebbe possibile per l'attore allegare nel corso del processo fatti costitutivi alternativi senza con ciò mutare l'oggetto della domanda; c) una volta accertata l'esistenza o l'inesistenza di un diritto di credito con un determinato contenuto, sono precluse dal giudicato successive azioni relative a diritti con lo stesso oggetto ma fondate su diversi titoli. La svalutazione della *causa petendi* ai fini dell'individuazione del diritto fatto valere (si ripete, anche per i diritti eterodeterminati) non elimina – nota l'Autore – l'utilità dell'allegazione dei fatti costitutivi, tramite la quale l'attore mira a convincere il giudice della fondatezza della propria domanda.

⁵ La dottrina tradizionale annovera infatti il *petitum* immediato fra gli elementi identificativi della domanda: così, fra gli altri, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 57; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, cit. 1060; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 223; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 491, che afferma espressamente: «deve, infatti, riconoscersi, che anche rispetto ad un medesimo diritto, possono esservi più cause distinte: per convincersene, basti pensare che uno degli elementi di identificazione delle domande è il provvedimento che si chiede al giudice, e che niente è d'ostacolo a che siano proposte domande che, con riferimento allo stesso diritto, siano volte a provvedimenti di differente contenuto, di mero accertamento l'uno, di condanna l'altro».

antigiuridico sarebbe rappresentato da un comportamento difforme da quanto prescritto da una norma di condotta⁶.

⁶ Ci si riferisce a A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 385 ss., la cui ricostruzione è sostanzialmente accolta e portata a conseguenze ulteriori da M. FORNACIARI, *La condanna come accertamento del credito esigibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 597 ss. e da E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio*, cit., 124 ss. Il punto di partenza è rappresentato dalle contraddizioni cui andrebbe incontro la ricostruzione tradizionale: una volta accolte le premesse per cui il diritto soggettivo sostanziale è oggetto del processo e la differenza fra le due forme di tutela è costituita da un dato meramente processuale (il *petitum* processuale) risulterebbe inspiegabile: a) l'affermazione secondo cui tra gli elementi identificativi della domanda figura anche il *petitum* immediato. Infatti, al variare di questo, non varia il diritto sostanziale; b) che non si riconosca la litispendenza fra il processo di mero accertamento e quello di condanna relativi a un medesimo diritto sostanziale; c) che una volta passata in giudicato la sentenza di accertamento possa essere esercitata azione di condanna relativa allo stesso diritto sostanziale. Come accennato nel testo, queste contraddizioni sarebbero causate, secondo la tesi in parola, dal fatto che la dottrina tradizionale non ha dato sufficiente rilievo, nella determinazione dell'oggetto del processo, alla lesione subita da parte di chi invoca la tutela giurisdizionale. Proprio il fatto antigiuridico tipico (non l'illecito concretamente realizzatosi ma il fatto lesivo nella sua configurazione normativa) sarebbe la chiave di volta per ricostruire più correttamente il sistema (A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 391 ss.). Infatti per quanto riguarda la tutela di mero accertamento, il fatto antigiuridico rilevante è quello che provoca l'incertezza circa l'esistenza di un diritto o rapporto giuridico (contestazione o vanto stragiudiziale) e l'attore chiede l'eliminazione di tale stato di incertezza tramite l'emanazione di un provvedimento che accerti in maniera incontrovertibile la sussistenza della situazione giuridica; perciò l'oggetto del processo è il diritto o il rapporto nella sua attuale esistenza (A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 396 ss.). Diversamente, per quanto riguarda la tutela di condanna il fatto antigiuridico è rappresentato da un comportamento difforme da quanto prescritto da una norma di condotta e l'attore chiede la condanna del convenuto a tenere il comportamento necessario a soddisfare l'interesse leso; qui l'oggetto del processo non è la mera esistenza della situazione giuridica soggettiva ma, poiché il diritto è dedotto non come incerto ma come insoddisfatto, il diritto soggettivo in base al quale è doverosa l'assunzione del comportamento (A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 412 ss.). La riprova della correttezza della distinzione viene individuata nella circostanza che nei due tipi di processo vengono in rilievo fatti costitutivi o fatti i.m.e. differenti (A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 406 ss., 417 ss., 461 ss., 475 ss., dove si ritrovano anche gli esempi citati nel prosieguo). Ad esempio con riferimento al diritto di proprietà, mentre nel processo di accertamento rilevano i fatti costitutivi e i.m.e. del diritto stesso, nel processo di condanna (rivendica) rilevano anche fatti o fatti-diritti che attribuiscono il godimento al convenuto (il proprietario potrebbe essere tale ma non aver diritto alla restituzione della cosa). Nell'ambito dei diritti di credito – una volta ritenuta ammissibile la tutela dichiarativa – mentre nel processo di mero accertamento non rileva l'aspetto dell'adempimento del credito, che invece può essere centrale nel processo di condanna (il debitore potrebbe anche non contestare l'esistenza del credito ma affermare di averlo adempiuto). Come si diceva, prende spunto dalla tesi appena riferita anche M. FORNACIARI, *La condanna del credito*, cit., 600 ss. il quale però ritiene che l'aver individuato fattispecie costitutive differenti nel caso di domanda diretta all'accertamento di un credito e domanda di condanna, è soltanto il punto di partenza: il discorso può essere completato affermando espressamente che la deduzione di un credito esigibile comporta sempre l'emanazione di una pronuncia che produce le utilità che si riconducono tradizionalmente alla sentenza di condanna. Chiedersi se la tutela di mero accertamento rispetto a un diritto di credito è ammissibile non ha senso posto che il creditore non si trova nella possibilità di scegliere: il giudice di fronte alla richiesta dell'istante emanerà una pronuncia di accertamento dell'esistenza del credito esigibile, dopodiché è la legge a collegare alla situazione giuridica accertata delle utilità ulteriori. Non è quindi necessario che ricorra chi sa quale presupposto perché possa chiedersi la tutela condannatoria. Aderisce alla tesi in parola, così come sviluppata da Fornaciari, E. D'ALESSANDRO, *L'oggetto del giudizio*, cit., 130 ss. che afferma (pag. 132): «sia che l'attore agisca a protezione della facoltà di godimento che costituisce una componente del diritto reale di cui si afferma titolare, sia che agisca a tutela di un diritto di credito, è l'esigibilità della pretesa che, se affermata dall'istante al fine di ottenere un obbligo di condotta a carico del convenuto, fa sì che si verta in presenza di un giudizio

In ogni caso, ciò che merita di essere subito messo in luce ai nostri fini, con riferimento a questi due tipi di processo, è il problema – assai discusso in Italia – dell’ampiezza dell’oggetto, quando ad essere dedotto in giudizio dall’attore è il singolo effetto facente parte di un rapporto giuridico complesso: tipico esempio è la domanda di adempimento (o anche di accertamento dell’esistenza) di una prestazione scaturente da un contratto. L’interrogativo che si pone è quello relativo al se, in questo caso, l’oggetto del processo è limitato alla singola coppia pretesa-obbligo che è fatta valere con la domanda ovvero si espande automaticamente a ricomprendere anche il c.d. rapporto fondamentale⁷. Si tratta di un tema su cui si avrà modo di tornare in maniera più approfondita quando si tratterà della portata e degli effetti del giudicato; per il momento ci si limita a segnalare che la teoria espansiva, quella della pregiudizialità c.d. logica, è sostenuta da una parte minoritaria della dottrina ed è applicata di fatto dalla giurisprudenza maggioritaria che parla di giudicato esteso agli «antecedenti logici necessari», fra cui figura anche il rapporto fondamentale⁸.

condannatorio» e poi conclude (pag. 134): «la pronuncia che decide nel merito un siffatto processo [quello avente ad oggetto un credito esigibile], nel caso in cui accolga la domanda dell’istante e dal momento in cui il credito, all’esito del giudizio, risulti effettivamente attualmente suscettibile di essere fatto valere, varrà sempre come ordine di eseguire la prestazione a carico del convenuto». La posizione di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 515 ss. può essere considerata l’ulteriore sviluppo della tesi in parola. L’Autore ritiene infatti (pag. 519) che «tutte le sentenze [dunque anche quelle costitutive], in fondo sono d’accertamento, essendo sempre ogni ulteriore effetto, sostanziale o processuale, disposto dalla legge e non invece dipendente da un potere proprio del giudice e da un atto ricollegabile alla sua volontà»; a questa conclusione perviene sulla base di una ricostruzione sistematica dei rapporti fra diritto privato e processo e della funzione del giudice nel quadro costituzionale dei poteri. La conseguenza di tale posizione è – anche in questo caso – che il *petitum* immediato cessa di essere elemento identificativo della domanda giudiziale e – stavolta – la giustificazione risiede nel fatto che il giudice compie sempre un accertamento; è la legge che poi ricollega a tale accertamento effetti diversi: di condanna o costitutivi al ricorrere dei rispettivi presupposti. Pertanto la distinzione in ragione del tipo di provvedimento viene conservata dall’Autore al limitato fine di individuare gli effetti che ne derivano (ad esempio la sentenza di condanna costituisce titolo esecutivo, dà diritto all’iscrizione dell’ipoteca giudiziale e trasforma la prescrizione breve in prescrizione decennale).

⁷ Per approfondimenti sul concetto di rapporto fondamentale v., soprattutto, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, 10 ss., 48 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma 1989, 6 s.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 61, nt. 2, 89 s. e ivi ulteriori riferimenti di dottrina.

⁸ Il tema è solitamente affrontato trattando della portata e degli effetti della sentenza e del relativo giudicato ed è in quella sede che, anche all’interno di questo lavoro, verrà approfondito (infra, Cap. 3, par. 6 ss.; ivi anche i riferimenti di giurisprudenza e dottrina). Infatti chi non aderisce alla teoria estensiva dell’oggetto del processo e del giudicato ragiona in termini di effetti attributivi del giudicato in quanto percepisce in ogni caso l’esigenza evitare che in un secondo processo possa essere emanata una decisione in contrasto forte (semi-pratico) con la prima pronuncia. Se invece si tiene ferma la tendenziale corrispondenza fra oggetto del processo da una parte e oggetto della

È rimasto fuori l'oggetto del processo costitutivo⁹, la cui esatta individuazione è da tempi più risalenti al centro di un forte dibattito. La discussione riguarda soprattutto l'*estensione* dell'oggetto del giudizio. La tesi sostenuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza tradizionali, ancora oggi condivisa da una parte rilevante della dottrina attuale, è molto restrittiva: oggetto del processo quando viene esercitata un'azione costitutiva è considerato il diritto alla modificazione giuridica richiesta (c.d. diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale)¹⁰ e dunque, per fare degli esempi, il diritto all'annullamento del contratto per l'errore in cui versava una delle parti quando è stato concluso, oppure il diritto all'invalidazione dello specifico atto di licenziamento intimato dal datore di lavoro al proprio dipendente. Questa tesi, già sottoposta a critica da una parte della dottrina¹¹, è stata superata dalle sezioni unite della Corte di cassazione che, nelle sentenze gemelle del 2014, hanno aderito alla teoria che vede l'oggetto del processo rappresentato dal rapporto giuridico inciso dall'esercizio del diritto potestativo (che è la situazione finale che in fondo l'istante vuole regolata)¹². Per riprendere gli esempi fatti sopra, secondo quest'ultima ricostruzione, l'oggetto del processo è da

sentenza passata in giudicato dall'altra, all'ampliamento del secondo termine dell'equazione deve corrispondere un ampliamento anche del primo.

⁹ In questo paragrafo vengono indicate solo alcune (limitatissime) questioni. Per maggiori approfondimenti sul tema e per maggiori riferimenti v. *infra*, Cap. 2, par. 5.4.

¹⁰ Per riferimenti sull'origine storica del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit. 139 ss.; Per la dottrina che ha inteso porre tale diritto a oggetto del processo v., soprattutto, come capofila, G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, 183 ss., e poi, tra i più autorevoli, A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, 518 ss. Per ulteriori riferimenti cfr. S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 139 ss., spec. 179 ss., dove l'Autore afferma che il giudice accerta la ricorrenza dei presupposti del diritto potestativo e dunque emana la sentenza che produce la modifica della situazione sostanziale. Il diritto potestativo viene conosciuto solo come motivo; ID.-A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, in A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli*, Milano 2015, 80 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 401 ss.; ID., A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 83 ss. Concorda con la teoria ampia dell'oggetto del giudicato anche I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998, 347 s. e soprattutto EAD., *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 76 ss., spec. 78.

¹² Le pronunce delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 sono pubblicate, tra le altre, in *Foro it.*, 2015, I, 862 ss., con note di PALMIERI-PARDOLESI, ADORNO, DI CIOMMO, PAGLIANTINI, MENCHINI e PROTO PISANI; *Giur. it.*, 2015, 70 ss., con nota di PAGNI; *Giusto proc. civ.*, 2015, 137 ss. (m), con nota di PAGLIANTINI; *Corr. giur.*, 2015, 88 ss., con nota di CARBONE. In particolare cfr. la sentenza Cass. sez. un. 26242/2014, cit. parr. 4.2.1., 4.8., 4.9.

individuare negli effetti giuridici prodotti (o non prodotti) dal contratto, oppure nell'esistenza (o meno) del rapporto di lavoro¹³.

Si impone una precisazione in chiusura di questo paragrafo: individuare nel diritto soggettivo il costante oggetto del processo non significa disconoscere la circostanza che i diritti sostanziali possono subire diverse forme di violazione. Il compito del diritto processuale è quello di offrire una tutela effettiva, il più possibile confacente alle esigenze di volta in volta sollevate dalla specifica crisi di cooperazione verificatasi fra i soggetti coinvolti¹⁴.

3. (Segue) Tendenze espansive dell'oggetto del processo e del giudicato nella moderna dottrina e giurisprudenza

Non sarà passato inosservato già dalle brevi osservazioni svolte nel paragrafo precedente che nella nostra giurisprudenza e nella nostra dottrina si registrano svariate spinte all'ampliamento dell'oggetto e del processo e del giudicato¹⁵: preme quindi dar conto, in maniera un po' più approfondita, di tale tendenza evolutiva, vista la rilevanza che ha sulla materia oggetto del presente studio.

¹³ In realtà la giurisprudenza successiva alle sentenze gemelle in materia giuslavoristica ha escluso che i principi espressi in quelle sentenze potessero essere estesi anche al licenziamento e al rapporto di lavoro, stante la specificità della materia (cfr., ad esempio, Cass., sez. lav., 24 marzo 2017, n. 7687). Tuttavia non si danno ragioni per affermare che i principi enunciati in ambito civile contrattuale non debbano trovare applicazione anche all'altro settore. Peraltro, come si avrà modo di notare meglio più avanti, è assai discutibile che la sentenza che annulla il licenziamento abbia natura costitutiva (v. *infra*, Cap. 2, par. 5.3).

¹⁴ Vista la stretta relazione fra diritto sostanziale e processo e la strumentalità del secondo rispetto al primo, il diritto processuale è chiamato a trovare soluzioni proprio per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale a seconda delle caratteristiche specifiche della «crisi di cooperazione» che di volta in volta può verificarsi. Già infatti A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli 2003, 2 ss. (dove è riprodotto, con alcune marginali modifiche ID., *Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. giur.*, 1978, 1 ss.), spec. 7, osserva che la tutela giurisdizionale, «per essere effettiva, deve tradursi nella predisposizione di mezzi (...) (di procedimenti, provvedimenti e misure coercitive) adeguati ai bisogni di tutela delle singole situazioni di diritto sostanziale» e alla crisi di cooperazione che si può verificare, crisi di cooperazione che rappresenta «l'occasione e la giustificazione del processo». In quest'ottica anche la teorica dell'oggetto del processo potrebbe essere ispirata da un simile impegno: diversificare in ragione del bisogno di tutela; si ricordi che l'impostazione di Motto sopra citata afferma il variare dell'oggetto del processo al variare del fatto antigiuridico verificatosi.

¹⁵ Sui motivi che spingono dottrina e giurisprudenza ad ampliare l'oggetto del processo e/o l'oggetto del giudicato, v. anche *infra*, Cap. 3, par. 6.

In premessa si consideri che il tema in esame, sebbene presenti aspetti schiettamente tecnici, è alla base condizionato da scelte di valore dell'interprete. Teorie espansive o restrittive dell'oggetto del processo (e, abbastanza parallelamente, anche dell'oggetto del giudicato) sono state parimenti sostenute da autorevolissimi Autori e hanno senz'altro pari dignità scientifica. Pertanto ciò che rende preferibile le une o le altre è il loro essere maggiormente rispondenti ai valori predominanti nell'attuale contesto storico.

Cominciamo dalla giurisprudenza interna che, negli ultimi anni, ha rivisto posizioni tradizionali proprio facendo leva su un insieme di valori c.d. funzionali del processo. Il pensiero corre in primo luogo alle più volte citate sentenze gemelle delle sezioni unite del 2014¹⁶ che, dopo aver richiamato l'attenzione sulla «necessità di una *Inversion-Method*, che muova dall'analisi (prioritaria) dei valori funzionali del processo» stila un elenco di tali valori, fra cui spiccano: a) il «principio di corrispettività sostanziale, da preservare *tout court* come valore che lo strumento processuale non può cancellare, incrinare, disarticolare o deformare, ma soltanto rispecchiare e attuare, attesane la sua dimensione essenzialmente strumentale»; b) il «principio di effettività della tutela, ostacolo insuperabile (...) per ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defatigante rispetto ai tempi della decisione della causa»; c) il «principio di economia (extra)processuale, declinazione del giusto processo inteso (anche) come esigenza di evitare la eventualità di moltiplicazione seriale dei processi e di offrire alle parti una soluzione “complessiva” già entro il primo, sovente assai lungo procedimento» con i suoi corollari del principio di «concentrazione delle decisioni» e del «rispetto della non illimitata risorsa giustizia»; d) il «principio di uguaglianza formale tra le parti, rendendo così deducibile *tout court* anche per l'attore ciò che è sempre opponibile dal convenuto».

Simili principi hanno ispirato, a detta delle sezioni unite della Cassazione, anche l'innovativa ricostruzione della linea di confine fra *mutatio* ed *emendatio libelli*. Così la sentenza 15 giugno 2015, n. 12310¹⁷, che – come noto – ha ampliato

¹⁶ Cfr. Cass. sez. un. 26242/2014, cit., par. 4.3.

¹⁷ La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 2015, I, 3174, con note di A. MOTTO e M. CICCONE, e *ID.*, 2016, I, 255 ss., con nota di C. M. CEA; in *Corr. giur.*, 2015, 961 ss., con nota di C. CONSOLO;

il perimetro della modifica (consentita) della domanda nel corso del processo, ha ritenuto che «i risultati ermeneutici in tal modo raggiunti risultano in completa consonanza sia con l'esigenza – ripetutamente perseguita nel codice di rito talora anche attraverso modifiche della disciplina sulla competenza – di realizzare, al fine di una maggiore economia processuale ed una migliore giustizia sostanziale, la concentrazione nello stesso processo e dinanzi allo stesso giudice delle controversie aventi ad oggetto la medesima vicenda sostanziale»¹⁸.

Infine anche in tema di frazionamento del credito, si consideri la sentenza delle sezioni unite 16 febbraio 2017, n. 4090¹⁹, che è tornata su posizioni meno restrittive in punto di frazionamento in più processi un medesimo credito rispetto al precedente indirizzo del 2007²⁰, pur avendo limitato tale facoltà alle ipotesi in cui sussista un «obiettivo interesse» in capo all'attore; nella motivazione la Corte afferma di essere stata mossa «[dal]la consapevolezza che la trattazione dinanzi a giudici diversi, in contrasto con il principio di economia processuale, di una medesima vicenda “esistenziale”, sia pure connotata da aspetti in parte dissimili, incide negativamente sulla “giustizia” sostanziale della decisione (che può essere meglio assicurata veicolando nello stesso processo tutti i diversi aspetti e le possibili ricadute della stessa vicenda, evitando di fornire al giudice la conoscenza parziale di una realtà artificiosamente frammentata), sulla durata ragionevole dei processi (in relazione alla possibile duplicazione di attività istruttoria e decisionale) nonché, infine, sulla stabilità dei rapporti (in relazione al rischio di giudicati contrastanti)»²¹.

in *Riv. dir. proc.*, 2016, 807 ss., con nota di E. MERLIN; *Giusto proc. civ.*, 2016, 389 ss., con nota di M. MONNINI; in *Giur. it.*, 2015, 2101 ss., con nota di C. PALAZZETTI.

¹⁸ Così Cass. sez. un. 12310/2015, cit., par. 4. Conforme è anche Cass. sez. un. 13 settembre 2018, n. 22404, la quale anche richiama i valori in parola; cfr. par. 8 dove si dice: «Milita in tal senso, altresì, la considerazione che l'interpretazione adottata in questa sede risulta maggiormente rispettosa dei principi di economia processuale e ragionevole durata del processo, in quanto non solo incide sulla durata del processo in cui la modificazione interviene ma influisce positivamente anche sui tempi della giustizia in generale, in quanto favorisce la soluzione della complessiva vicenda sostanziale sottoposta all'esame del giudice in un unico contesto, evitando la proliferazione dei processi».

¹⁹ La sentenza è pubblicata in *Corr. Giur.*, 2017, 975 ss. con, nota di C. ASPRELLA; in *Giur. it.*, 2017, 1098 ss., con nota di M. BARAFANI, in *Guida al lav.*, 2017, fasc. 11, p. 33 con nota di C. SALAZAR – L. FAILLA e in *Lavoro Giur.*, 2017, p. 466 con nota di A. GUARNIERI.

²⁰ Il riferimento è a Cass. sez. un. 15 novembre 2007, n. 23726, edita, fra le altre, in *Guida dir.*, 2007, 28 ss., con nota di G. FINOCCHIARO; in *Giust. Civ.*, 2008, 3, I, 641 ss.; in *Foro it.*, 2008, 5, I, 1514 con note di G. PALMIERI – R. PARDOLESI e di R. CAPONI; in *Corr. Giur.*, 2008, 6, p. 745 con nota di P. RESCIGNO.

²¹ Per una panoramica sulle principali fattispecie in cui la giurisprudenza tende ad allargare l'oggetto del processo nell'ottica di assecondare le esigenze di economia processuale, intesa come

Per quanto riguarda poi la dottrina, la frangia più sensibile ai valori funzionali del processo da tempo batte sul principio di strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, sul principio di economia extraprocessuale e sul principio di pienezza di tutela – per cui la parte che ha vinto il processo, dopo una lunga battaglia, deve ottenere dalla decisione una tutela piena ed effettiva –²² proprio per sostenere teorie ampie dell’oggetto del processo.

I valori fatti propri dalla giurisprudenza più recente e dalla dottrina richiedono senza dubbio di optare per teorie ampie dell’oggetto del processo e/o della portata oggettiva del giudicato, posto che le teorie restrittive non sono idonee a soddisfarli.

Questi segnali, qui brevemente riferiti, sembrano essere inequivocabili: nel quadro attuale dei valori posti alla base del diritto processuale una teoria che abbia come conseguenza quella di moltiplicare le cause sulla stessa lite, sarebbe destinata a essere respinta se non altro e banalmente perché foriera di conseguenze economiche insostenibili per il nostro sistema giustizia. Questo significa che predomina una visione marcatamente pubblicistica del processo? Sicuramente molti dei valori funzionali che sono stati ricordati rispecchiano questa prospettiva. Un processo inteso come affare privato vedrebbe viceversa imperante il principio dispositivo in senso sostanziale (principio della domanda o *Dispositionsmaxime*) inteso non solo come potere del titolare di far valere in giudizio una determinata situazione giuridica soggettiva, ma anche di circoscrivere liberamente il perimetro dell’oggetto del processo e del *thema decidendum*. Tuttavia i valori cui si associano le teorie ampie dell’oggetto del processo rispondono, in una prospettiva di più

massimo sfruttamento del giudizio in corso per evitare la reiterazione di processi sulla medesima vicenda sostanziale v. A. MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell’obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell’avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 1032 ss.

²² L’affermazione della piena strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale risale a G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., 40: «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire»; il concetto è espresso con parole simili anche in ID., *Principii di diritto processuale*, cit., 80 s.; v. poi A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli 2003, dove è raccolta una parabola di studi dell’Autore e cfr. in particolare *I rapporti fra diritto sostanziale e processo*, 6 ss. dove l’Autore si sofferma sul concetto – già delineato da Chiovenda – per cui la strumentalità del processo al diritto sostanziale rappresenta la necessaria contropartita al divieto dei consociati di farsi giustizia da sé (stante la punibilità dell’esercizio arbitrario della proprie ragioni ai sensi degli artt. 392 e 393 c.p.); di recente v. I. PAGNI, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 409, 410 ss.; EAD., *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir., annali*, X, 2017, 360 ss. e, per il tema oggetto di studio, spec. 366; S. MENCHINI, *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 805 ss.; ID. – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 51.

ampio respiro, anche ad interessi privati: si pensi innanzitutto all'effettività della tutela, intesa come pienezza della tutela, ma anche all'economia extraprocessuale che evita plurime azioni tra le stesse parti e alla strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale che contribuisce ad evitare incertezze circa l'esistenza e il modo d'essere di un rapporto giuridico, con beneficio indubbio per gli stessi titolari.

La strada dell'allargamento dell'oggetto del processo è stata percorsa anche nell'ordinamento dell'Unione europea da parte della Corte di Giustizia, sebbene sulla spinta di logiche parzialmente da quelle che animano le teorie sviluppatesi negli ordinamenti interni²³.

²³ La Corte di Giustizia, già dagli anni ottanta del secolo scorso, ha offerto una definizione molto ampia di oggetto del giudizio. L'occasione per occuparsi del tema si è presentata nell'applicazione dell'istituto della litispendenza c.d. comunitaria di cui, originariamente, all'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 1968, in seguito all'art. 27 del regolamento CE n. 44/2001 e oggi, per le cause instaurate a partire dal 10 gennaio 2015, all'art. 29 del regolamento UE n. 1215/2012. In particolare nella sentenza *Gubisch c. Palumbo* del 1987 (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 8 dicembre 1987, causa C-144/86, *Gubisch c. Palumbo*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1988, 566; in *Foro it.*, 199°, IV, 341 ss.; *Giust. civ.*, 1988, I, 2163 con nota di V. BROGGI) la CGUE ha stabilito che la causa in cui il creditore chiede la condanna dell'altra parte contrattuale all'adempimento della prestazione concordata e quella di impugnativa del contratto proposta dal debitore hanno oggetto identico dal momento che «la forza obbligatoria del contratto si trova (...) al centro delle due controversie» (c.d. *Kernpunkttheorie*). Si può peraltro osservare che: a) se si accoglie la concezione ampia di oggetto del processo in ipotesi di azione di impugnativa negoziale, fatta propria dalle sentenze gemelle delle sezioni unite del 2014, e b) si ritiene che con la domanda di esecuzione della prestazione contrattuale l'oggetto del processo si amplia a ricomprendere anche il rapporto fondamentale e cioè il contratto (pregiudizialità c.d. logica), ormai anche l'interprete del diritto interno dovrebbe ritenere sussistente, in un caso simile a quello esaminato nella sentenza in parola, un'ipotesi di litispendenza. ex art. 39, comma 1 c.p.c. e non di mera continenza ex art. 39 comma 2 c.p.c. e men che mai di connessione per identità di titolo.

Nella sentenza *Tatry c. Maciej Rataj* del 1994 (Corte di Giustizia dell'Unione europea, 6 dicembre 1994, causa C-406/1992, *Tatry c. Maciej Rataj*, in *Giur. it.*, 1995, 1, I, 929, con nota di F. PESCE) la Corte ha poi affermato l'identità di oggetto, sempre ai fini della pronuncia della litispendenza internazionale, fra la domanda di condanna al risarcimento del danno extracontrattuale per distruzione delle merci e quella di accertamento negativo della sussistenza di tale responsabilità. L'interpretazione delle norme sulla litispendenza internazionale fornite dalla CGUE sono ispirate dalla finalità di «evitare procedimenti paralleli pendenti dinanzi ai giudici di diversi Stati contraenti e il contrasto di decisioni che ne potrebbe risultare». Occorre peraltro tener presenti due elementi che contribuiscono a dilatare l'ambito di applicazione dell'art. 29 reg. UE n. 1215/2012 (e dei suoi precedenti omologhi) a scapito della norma sulla connessione: a) il fatto che mentre quest'ultima norma prevede la sospensione *necessaria* della causa proposta per seconda dinanzi ad un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro diverso da quello il cui giudice era stato adito per primo (in attesa che quest'ultimo valuti la propria competenza), l'art. 30 del medesimo regolamento, relativo alle cause connesse, prevede invece la sospensione *discrezionale* in capo al giudice di uno Stato membro adito per secondo; b) il fatto che ai sensi dell'art. 45 del regolamento il riconoscimento di una decisione può essere negato, tra l'altro, se quest'ultima è incompatibile con una decisione emessa in precedenza in un altro Stato membro. Si può dunque osservare che la disciplina della litispendenza è maggiormente in grado di evitare che insorgano limiti alla circolazione delle decisioni, obiettivo perseguito in maniera crescente nel tempo dal legislatore europeo.

L'elaborazione della CGUE sull'oggetto del giudizio è stata sottoposta ad attenta indagine da parte degli studiosi del processo civile dei Paesi membri, i quali si sono interrogati sulla perdurante validità delle categorie concettuali tradizionali e in certi casi hanno cavalcato l'onda delle novità provenienti dal contesto sovranazionale per proporre teorie innovative applicabili anche in ambito domestico²⁴.

4. La teoria dello *Streitgegenstand* nella dottrina tedesca tradizionale e in quella moderna

Dall'analisi sinora condotta sembra emergere una tendenza, anche al di fuori dei confini nazionali²⁵, all'allargamento dell'oggetto del processo, giustificata dalla necessità di assecondare esigenze di economia processuale e di evitare il contrasto di giudicati. È dunque di particolare utilità condurre un'indagine comparatistica con l'ordinamento tedesco, da una parte perché la tematica dell'oggetto del giudizio e del giudicato è stata esaminata in maniera molto scrupolosa dalla dottrina e dalla giurisprudenza d'oltralpe²⁶ e dall'altra perché l'ordinamento in questione ha tradizionalmente accolto una nozione molto ristretta di oggetto della controversia.

²⁴ Così nel contesto italiano v. il recente lavoro di M.L. SERRA, *Valori funzionali del processo e domanda giudiziale. Contributo breve in tema di oggetto del processo*, Napoli 2018, *passim*, che, oltre a contenere una rassegna delle teorie elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana, dell'Unione europea e dei paesi di lingua tedesca sull'oggetto del processo, presta particolare attenzione alla rilevanza dei valori funzionali nella delimitazione dello stesso; in Germania v. l'importante lavoro di C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand und Interesse*, cit., 115 ss. a proposito della *Kernpunkttheorie* della CGUE e 617 ss. e delle possibili ricadute di questa teoria sulla dottrina tedesca dello *Streitgegenstand* e degli istituti collegati.

²⁵ Oltre a quanto richiamato nel paragrafo precedente con riferimento all'ordinamento dell'Unione europea, si potrebbe aggiungere, sul piano comparatistico, che anche in Francia, nel nuovo millennio, si è fatta strada una teoria ampia dell'oggetto del giudizio. Ci si riferisce all'indirizzo avallato dall'*Assemblée plénière* della *Cour de cassation* nella sentenza 7 luglio 2006, il noto *arrêt Césaréo* (Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, BICC, 15 octobre 2006, rapport Charruault et avis Benmaklouf, note Koering-Joulin; D. 2006.2135) con la quale, tramite l'elaborazione una diversa nozione di *cause*, si giunge ad affermare il principio della *concentration des moyens*. Per approfondimenti sul tema v., in italiano, B. GAMBINERI, *L'evoluzione dell'appello nell'ordinamento francese tra autorità de la chose jugée e office du juge*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 315 ss.

²⁶ Il tema è stato al centro degli studi dei più autorevoli processualciviltisti tedeschi sin dal XIX secolo ed ha continuato ad avere ampia fortuna fino agli anni '70 del secolo scorso; dopo alcuni anni di arresto è stato reintrodotta nel dibattito scientifico soprattutto con gli studi di M. JACOBS, *Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens*, Monaco 2005 e di C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand und Interesse*, cit., 2012.

Nello specifico osservare l'estensione della nozione di oggetto della controversia utilizzata in Germania, specie ai fini dell'individuazione della portata oggettiva del giudicato, è interessante in quanto, come meglio si dirà, tale estensione muta in ragione dei fatti dedotti in giudizio. In questo modo si assicura il pieno rispetto del principio del contraddittorio ma si riesce anche ad assicurare l'economia processuale e l'efficienza del sistema?

È evidente che questo interrogativo non ha una risposta semplice; inoltre va oltre le possibilità tracciare una panoramica delle innumerevoli teorie che nel corso degli anni sono state proposte e delle obiezioni che sono state avanzate, della loro tenuta a livello teorico-sistematico e delle ricadute a livello pratico. Si tratta peraltro di un compito che è già stato ampiamente svolto da illustri Autori anche italiani²⁷. Ci si limita dunque in questa sede a dar conto di alcuni aspetti significativi.

Occorre subito mettere in luce che in Germania l'individuazione della *res in iudicium deducta* passa attraverso lo *Streitgegenstand* (letteralmente, «oggetto della lite»), quale concetto di teoria generale, utile rispetto ad una serie di istituti del processo civile e in particolare: la litispendenza (*Rechtshängigkeit*), il cumulo di azioni (*Klagenhäufung*), il mutamento della domanda (*Klageänderung*) e il giudicato (*Rechtskraft*)²⁸.

La peculiarità del diritto processuale tedesco, rispetto ad esempio a quello italiano o a quello francese²⁹ dove si ritiene pacificamente che l'oggetto del processo sia rappresentato dal diritto soggettivo, risiede nella circostanza che per

²⁷ Sull'evoluzione del concetto di *Streitgegenstand* in Germania v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., I, 157 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 25 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 44 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, *Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, Milano 1994, 38 ss.; A. PROTO PISANI, *La trascrizione delle domande*, cit., 45 ss.; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova 1999, 166; nella letteratura tedesca recente C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand*, cit., 21 ss.; H. ROTH, *vor § 253, Einleitung*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²³, III, Tubinga 2018, 688 ss.

²⁸ Si veda a questo proposito, tradizionalmente, A. NIKISCH, *Der Streitgegenstand in Zivilprozess*, Tubinga 1935, 14 ss. e di recente L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, Monaco 2018¹⁸, § 93, Rn. 2 ss.; A. PIEKENBROCK, *Streitgegenstand – Funktion, Theorie, problematische Fälle* in G. Schulze (a cura di), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint. Der modernisierte Zivilprozess in Europa*, Monaco 2013, 142 s.

²⁹ Per questa considerazione e per riferimenti alla dottrina francese sulla situazione giuridica soggettiva quale oggetto del processo v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 17 ss., nt. 20.

una chiara scelta legislativa lo *Streitgegenstand* è rappresentato dall'*Anspruch* (solitamente tradotto con «pretesa»)³⁰.

Quella che ha compiuto il legislatore tedesco della ZPO è stata una scelta in chiara contrapposizione all'autorevole opinione di Savigny, sostenitore dell'idea che lo *Streitgegenstand* dovesse essere costituito dal diritto soggettivo, di cui l'attore si afferma titolare e che sostiene essere stato violato dal convenuto³¹. A questa ricostruzione il medesimo Autore ricollega la tesi secondo cui anche le ragioni della decisione (*Entscheidungsgründe*) passano in giudicato. Infatti egli ritiene che il solo dispositivo della sentenza (*Urteilsformel*), dove si trova la pronuncia di accoglimento o rigetto della domanda, non possa essere idoneo, da solo, a costituire oggetto di un giudicato che ambisca a produrre effetti utili per il

³⁰ Si vedano al riguardo alcune disposizioni della *Zivilprozessordnung* che, disciplinando istituti di diversa natura ma sempre legati allo *Streitgegenstand*, utilizzano il concetto di *Anspruch*; solo per citarne alcune: § 5 sulla competenza per valore in caso di pluralità di pretese («Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet; dies gilt nicht für den Gegenstand der Klage und der Widerklage»), § 33 sul foro speciale in caso di domanda riconvenzionale («(1) Bei dem Gericht der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch oder mit den gegen ihn vorgebrachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht. (2) Dies gilt nicht, wenn für eine Klage wegen des Gegenanspruchs die Vereinbarung der Zuständigkeit des Gerichts nach § 40 Abs. 2 unzulässig ist.»); § 64 sull'intervento principale («Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder teilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei dem Gericht geltend zu machen, vor dem der Rechtsstreit im ersten Rechtszug anhängig wurde»); § 261 sulla litispendenza («(1) Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet. (2) Die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkt ein, in dem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht oder ein den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 entsprechender Schriftsatz zugestellt wird (...))»); § 306 sulla rinuncia alla domanda («Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist er auf Grund des Verzichts mit dem Anspruch abzuweisen, wenn der Beklagte die Abweisung beantragt»); § 307 sul riconoscimento della domanda («Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch ganz oder zum Teil an, so ist sie dem Anerkenntnis gemäß zu verurteilen. Einer mündlichen Verhandlung bedarf es insoweit nicht.») e § 322 sull'autorità di cosa giudicata («(1) Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist (...))»).

³¹ Cfr. F.C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino 1847, vol. 6, 350 ss. V. a questo riguardo anche le osservazioni di C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand*, cit., 25: «Dabei wurde von Savigny bereits gesehen, dass im Prozess nur behauptete Rechte und Rechtsverletzungen von Bedeutung sein können. (...) Auch wenn sich das Recht als nicht bestehend erweisen sollte, hat der Prozess somit einen Streitgegenstand. Das (behauptete) verletzte materielle Recht bildete den Streitgegenstand».

futuro³². Anche in questo caso la lettera del § 322, comma 1 ZPO va in un'altra direzione³³, in quanto afferma che il giudicato cala solo sull'*Anspruch*³⁴.

Occorre dunque soffermarsi su tale concetto. Il merito della sua elaborazione è riconosciuto a Windscheid³⁵, il quale avrebbe così traghettato il diritto processuale fuori dal sistema rimediabile delle *actiones* del diritto romano, tramite il riconoscimento dell'esistenza di una generale facoltà dei consociati di far valere in giudizio le proprie pretese. Ma il punto è: si tratta delle pretese di diritto sostanziale a ottenere una determinata prestazione di fare o di non fare di cui parla l'art. 194 BGB? Per Windscheid la risposta è affermativa, ma ad oggi, a seguito della lunga

³² Cfr. F.C. SAVIGNY, *op. cit.*, 355 ss.

³³ V. al riguardo, di recente, le osservazioni di A. PIEKENBROCK, *Streitgegenstand*, cit., 135: «Dabei ist der Gesetzgeber aber nicht Savigny, sondern dem Österreicher Joseph Unger und Georg Wilhelm Wetzels gefolgt. (...) Präjudizielle Rechtsverhältnisse sind folglich von der materiellen Rechtskraft grundsätzlich ausgeschlossen».

³⁴ Osserva C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand*, cit., 32, che in questo modo si riducono le garanzie del convenuto contro una possibile reiterazione dell'azione. Come bilanciamento rispetto a un simile rischio – tuttavia – si è prevista, al § 256, comma 2 ZPO la possibilità di proporre la domanda di accertamento incidentale (*Zwischenfeststellungsklage*) con autorità di cosa giudicata sull'intera situazione giuridica soggettiva. Sottolineano l'importanza della *Zwischenfeststellungsklage* nell'ordinamento processuale tedesco come espressione del principio dispositivo in senso sostanziale anche H. ROTH, *Materielle Rechtskraft und rechtliche Qualifikation*, in *ZZP*, 2011 (124), 11 ss., spec. 12 s., 14, 18, 21, 27; H.F. GAUL, *Die heutige Rechtskraftlehre im Stadium der Überwindung der in die Kodifikation eingeflossenen privatrechtlichen Tendenzen*, in *Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Monaco 2021, 209-210 e A. PIEKENBROCK, *Die Bedeutung der Urteilsgründe für die Rechtskraft und die Beschwer*, in *Festschrift für Ekkehard Becker-Eberhard*, Monaco 2022, 421. Il tema verrà ripreso al Cap. 3, par. 8, testo e nt. 116 s.

³⁵ B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856.

elaborazione della dottrina³⁶, si ritiene unanimemente che lo *Streitgegenstand* sia rappresentato dal *prozessualer Anspruch*³⁷.

La teoria processuale dell'*Anspruch* si afferma essenzialmente per ragioni pratiche: trovare soluzione a quello che da sempre viene avvertito dalla dottrina tedesca come uno dei problemi maggiori nell'ambito teoria dell'oggetto della lite e cioè l'*Anspruchskonkurrenz*: quando ci sono più norme che disciplinano più pretese sostanziali, tutte dirette a realizzare il medesimo risultato, occorre evitare che si creino procedimenti paralleli in cui si fanno valere i diversi *Ansprüche*, oppure che, una volta negata la sussistenza di una pretesa, l'attore promuova un nuovo processo per farne valere un'altra. Il classico esempio in cui può verificarsi una situazione di questo tipo riguarda la coppia pretesa al risarcimento del danno subito da un passeggero in un sinistro stradale basata sul contratto di trasporto e pretesa al risarcimento fondata sulla responsabilità da fatto illecito. Ebbene, la teoria del *materielrechtlicher Anspruch* si mostra poco convincente per risolvere il problema: è difficile sostenere – afferma la dottrina prevalente – che a livello sostanziale esista una sola e non plurime pretese, dal momento che tali pretese sono considerate differentemente dalle norme di diritto privato, come dimostra anche il diverso termine di prescrizione stabilito per l'una o per l'altra. Per questa ragione è prevalsa la teoria del *prozessualer Anspruch*, che in questi casi consente di

³⁶ Sostenitori della teoria processuale pura sono, tra i più autorevoli, A. WACH, *Der Feststellungsanspruch - ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, in *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888* (estratto), Lipsia 1889, 5 ss. che ha sviluppato il concetto di azione in senso concreto pubblicistica, intesa come diritto di ottenere tutela giurisdizionale che l'attore vanta nei confronti dello Stato; K.H. SCHWAB, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Monaco-Berlino 1954, 161 ss.; W.J. HABSCHIED, *Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld 1956, 131 ss.; ID., *L'oggetto del processo nel diritto processuale tedesco*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 457-458, 459. Nella seconda metà del secolo scorso si è invece sviluppata una corrente dottrinale tendente a ripristinare il collegamento fra diritto sostanziale e processo nel senso di utilizzare il diritto soggettivo affermato per delimitare il *Lebenssachverhalt* (e cioè i fatti rilevanti posti a base della pretesa – v. più approfonditamente, *infra* in questo paragrafo, nel testo e in nota): cfr. in particolare B. RIMMELSPACHER, *Materiellrechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, Göttinga 1970, 202 ss.; A. GEORGIADIS, *Die Anspruchskonkurrenz in Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, Monaco 1968, 242 ss. È invece rimasta priva di seguito la tesi che pone espressamente il diritto soggettivo come oggetto stesso della lite (cfr. F. LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo* (traduzione di C. Mandrioli), in *Jus*, 1953, 434, 437).

³⁷ Cfr., da ultimo L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 93, Rn. 8 ss.; H. ROTH, *sub § 253, Klageschrift*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tubinga 2018²³, III, 794; H.J. MUSIELAK – W. VOIT, *Grundkurs ZPO*, Monaco 2020¹⁵, Rn. 285 ss. e P. POHLMANN, *Zivilprozessrecht*, Monaco 2022⁵, Rn. 317 ss.

mantenere la pluralità di pretese a livello sostanziale ed al contempo di affermare l'unicità dello *Streitgegenstand*³⁸.

Accanto a questa motivazione, che si è definita di natura pratica, se ne possono affiancare delle altre, di natura prevalentemente dogmatica: in primo luogo il fatto che il *materiellrechtlicher Anspruch* si rivelerebbe compatibile solo con le azioni di condanna (*Leistungsklage*) e non anche con quelle di mero accertamento (*Feststellungsklage*) e costitutive (*Gestaltungsklage*)³⁹, nelle quali non è possibile individuare una pretesa sostanziale ad una certa prestazione; in secondo luogo la concezione per cui il principio dello *iura novit curia* – ben espresso nel brocardo *da mihi factum, tibi dabo ius* – tanto più può dirsi realizzato, quanto più si rescinde il collegamento fra la domanda e l'individuazione del diritto sostanziale applicabile da parte dell'attore e dunque si pone ad oggetto della lite un'entità processuale⁴⁰.

Una volta stabilito qual è lo *Streitgegenstand*, cisi chiede naturalmente attraverso quali elementi può essere identificato e in particolare se è sufficiente l'*Antrag* (il *petitum* e cioè l'affermazione che si è realizzata una determinata conseguenza giuridica – *Rechtsfolgebehauptung*⁴¹) ovvero è necessario anche il

³⁸ Cfr. le opere citate alla nota precedente a cui si aggiunga, sul tema dell'*Anspruchskonkurrenz* e sulla necessità di affermare l'unicità dell'oggetto del processo in tal caso, anche W. HENCKEL, *Parteihre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg 1961, 266 ss.; A. GEORGIADIS, *Die Anspruchskonkurrenz*, cit. I migliori studi in Italia sul problema della distinzione fra concorso di norme e concorso di diritti (S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 248 ss.) si concentrano sulle relazioni tra norme astratte e concludono che qualora le stesse si trovino in rapporto esclusione, specialità, sussidiarietà, assorbimento e coincidenza cronologica si realizza un'ipotesi di mero concorso di norme. L'analisi comparatistica induce alla seguente osservazione: in Italia l'oggetto del processo identificato con il diritto soggettivo e i più ampi limiti dello stesso facilitano l'ampliamento dell'ipotesi del concorso di norme; viceversa in Germania, la stretta delimitazione dello *Streitgegenstand* (v. subito *infra* nel testo) fa sì che l'ipotesi dell'*Anspruchskonkurrenz* sia più frequente di quella della mera *Normkonkurrenz*. Da qui la necessità di svincolarsi nell'individuazione dell'*Anspruch* dal diritto soggettivo per evitare di restringere lo *Streitgegenstand* non solo in base alla fattispecie concreta (*Sachverhalt*; di nuovo v. subito *infra* nel testo), ma anche in base alla qualificazione giuridica attribuita a quella fattispecie. Di conseguenza in Germania tanto che si rientri nell'ipotesi di *Normkonkurrenz* (che prevede a livello sostanziale un unico diritto) tanto che si rientri nell'ipotesi di *Anspruchskonkurrenz* (cui corrispondono più pretese a livello sostanziale), lo *Streitgegenstand* è unico. Diversamente in Italia l'oggetto del processo è considerato unico solo in ipotesi di concorso di norme.

³⁹ L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 93, Rn. 8.

⁴⁰ Cfr. W.J. HABSCHIED, *L'oggetto del processo nel diritto processuale tedesco*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 455 ss.

⁴¹ Per la precisione, secondo la dottrina che più ha approfondito tale aspetto (W.J. HABSCHIED, *Der Streitgegenstand*, cit., 143 ss.), l'*Antrag* è in generale l'affermazione giuridica (*Rechtsbehauptung*) che comprende a sua volta sia la *Rechtsfolgebehauptung*, cioè l'affermazione delle conseguenze giuridiche sostanziali, sia la *Verfahrenbehauptung*, cioè l'affermazione delle conseguenze processuali (cfr. W.J. HABSCHIED, *op. ult. cit.*, 147); si tratta della distinzione tracciata anche dalla dottrina italiana fra *petitum mediato* e *petitum immediato* (per cui v. *supra*, par. 2).

Klagegrund (la *causa petendi* e in particolare i fatti che nella ricostruzione dell'attore fanno sorgere la sua pretesa – *Sachverhalt*).

Secondo una prima ricostruzione che potremmo tradurre come monista dell'oggetto della lite (*Theorie vom eingliedrigen Streitgegenstandsbegriff*) il solo *Antrag* sollevato dall'attore circoscrive lo *Streitgegenstand*. I fatti allegati a sostegno del *petitum* servono solo a interpretare la domanda⁴². In base ad una seconda ricostruzione, ormai assolutamente prevalente in dottrina e anche nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (BGH), che potremmo tradurre come dualista o bipartita dell'oggetto della lite (*Theorie vom zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff*), è necessario far riferimento non solo *all'Antrag*, ma anche al *Sachverhalt*⁴³. È evidente che la fattispecie costitutiva non può in nessun caso completamente sparire di scena, se non si vuole giungere all'assurdo per cui due processi in cui l'attore chiede il pagamento di 100 avrebbero oggetto identico (con tutte le conseguenze del caso in tema di litispendenza e preclusione negativa del giudicato) anche se fondati su fattispecie completamente diverse, come il pagamento del prezzo di un contratto di compravendita e il risarcimento di un danno subito dall'attore. Di ciò è infatti consapevole la teoria monista dell'oggetto della

⁴² È la tesi elaborata da K.H. SCHWAB, *Der Streitgegenstand*, cit., 74 ss., 183 ss.

⁴³ In dottrina ha elaborato questa teoria W.J. HABSCHEID, *Der Streitgegenstand im Zivilprozeß*, cit., 206 ss.; ID., *L'oggetto del processo*, cit., 458 ss.; recentemente v. L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 93, Rn. 25 ss.; P. POHLMANN, *Zivilprozessrecht*, cit., Rn. 319 ss. Per la giurisprudenza v. da ultimo, BGH, 15 dicembre 2020, VIII ZR 304/19 e gli ulteriori riferimenti di giurisprudenza ivi richiamati: «Streitgegenstand eines Rechtsstreits ist nicht ein bestimmter materiellrechtlicher Anspruch, sondern der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgenbehauptung verstandene, eigenständige prozessuale Anspruch, der durch den Klageantrag (Rechtsfolge) und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet, bestimmt wird (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 19. Dezember 1991 - IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 5; vom 19. November 2003 - VIII ZR 60/03, BGHZ 157, 47, 50; vom 22. Februar 2018 - VII ZR 253/16, NJW 2018, 2056 Rn. 14).»

lite quando afferma l'utilità del *Sachverhalt* ai fini dell'interpretazione del *petitum*⁴⁴⁻⁴⁵.

Passando ad un rapido esame degli elementi di individuazione dell'oggetto della lite, ci si limita a segnalare che se la descrizione dell'*Antrag* non ha sollevato particolari problemi, viceversa con riferimento al *Sachverhalt* si è rivelato tutt'altro che agevole descriverne i limiti in maniera precisa, soprattutto se si esclude il riferimento al diritto soggettivo come strumento per individuare i fatti giuridici rilevanti. Il tema è estremamente complesso e non è possibile in questa sede approfondirlo⁴⁶. Basti rilevare che, secondo la teoria ad oggi maggiormente seguita dalla giurisprudenza e dalla dottrina, il criterio utilizzato per selezionare i fatti

⁴⁴ La teoria dell'*eingliedriger Streitgegenstandsbegriff* è stata impiegata per sostenere l'unicità dell'oggetto della lite in presenza di un'azione di condanna al pagamento di un credito una volta in forza di un contratto e un'altra volta sulla base di una cambiale emessa dal debitore; viceversa secondo la teoria dualista due sarebbero in questo caso gli *Streitgegenstände* (l'esempio è riportato e commentato in H.J. MUSIELAK – W. VOIT, *Grundkurs*, cit., Rn. 287 ss.). Per una critica all'applicazione della teoria monista in questo specifico caso v. L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 93, Rn. 117: «Jedoch ist es nicht sachgerecht, Ansprüche aus Darlehen und zusätzlichem abstrakten Schuldanerkenntnis oder aus Kauf und Kaufpreiswechsel oder Scheck zu einem Streitgegenstand zusammenzufassen. Zwar kann der Vertragspartner insgesamt nur einmal Zahlung verlangen; die materiellrechtliche und prozessuale Selbständigkeit der Ansprüche zeigt sich aber, wenn lediglich die abstrakte Forderung aus dem Schuldanerkenntnis, Wechsel oder Scheck an einen Dritten abgetreten wird. Klagen Dritter und Vertragspartner gegen den Käufer, so müssen auch zwei verschiedene Streitgegenstände vorliegen».

⁴⁵ Occorre fare subito una precisazione: come si vedrà più avanti nel testo, secondo una nutrita schiera di Autori, la teoria monista e quella dualista potrebbero trovare entrambe applicazione rispetto alla stessa vicenda processuale sebbene in fasi diverse o con riferimento ad istituti diversi (la prima con riferimento alla litispendenza, alla modifica della domanda e al cumulo di azioni, la seconda con riferimento al giudicato). È la c.d. teoria dell'oggetto variabile della lite. Sulla base di questo presupposto si è affermato anche da parte della dottrina che aderisce allo *zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff*, che nelle azioni di mero accertamento di diritti autodeterminati il *Sachverhalt* non ha funzione individuatrice dell'oggetto della lite, ma contribuisce comunque a delimitare l'oggetto del giudicato, con la conseguenza che rigettata la domanda fondata su uno dei fatti costitutivi alternativamente concorrenti, l'attore potrebbe aprire un secondo processo chiedendo l'accertamento dello stesso diritto sulla base di un altro (v. W.J. HABSCHEID, *Der Streitgegenstand*, cit., 193 ss.).

Infine è interessante osservare l'approccio di A. PIEKENBROCK, *Streitgegenstand*, cit., 147 ss. che parte dalla casistica per vagliare la maggiore rispondenza della teoria monista ovvero di quella dualista del concetto di oggetto della lite alla *Verkehrsanschauung* (potremmo dire ai bisogni dei fruitori della giustizia): la conclusione è che in alcuni casi la teoria dello *zweigliedriger Streitgegenstandsbegriff* si mostra coerente – così nelle azioni inibitorie relative a diritti di proprietà intellettuale (tutela del marchio sulla base di fattispecie diverse di violazione del diritto del proprietario) di rivendica di un bene (basate su diverse fattispecie d'acquisto della proprietà) – in altri casi meno – così nelle azioni di mero accertamento della proprietà. È però da mettere in evidenza come l'Autore parte da una concezione di oggetto della lite uniforme e non variabile.

⁴⁶ Al riguardo, anche per ampi riferimenti al dibattito svoltosi nella dottrina tedesca del secolo scorso (rispetto alla quale non si registrano recenti innovazioni, se non quelle dovute al superamento della necessità di ricorrere al concetto di fattispecie costitutiva a vantaggio dello scopo perseguito dall'attore – di cui si dirà a breve nel testo) v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 232 ss.

storici rilevanti è quello – naturalistico – dell’unicità o pluralità dell’episodio della vita (*Lebenssachverhalt*) che ha dato origine alla conseguenza giuridica affermata dall’attore.

Quello a cui si è appena fatto cenno pare in effetti il punto debole della ricostruzione dello *Streitgegenstand* in Germania⁴⁷ e infatti, come a breve si vedrà, gli ultimi studi in materia mirano proprio a superare la necessità di utilizzare il *Lebenssachverhalt*. Tuttavia, qui non interessa – né si hanno le capacità di – valutare la tenuta a livello applicativo o la sostenibilità a livello logico-dogmatico della teoria tradizionale; quello che preme osservare sono le conseguenze dell’accoglimento di tale teoria in punto di ampiezza dell’oggetto della lite. Da quanto si è detto è evidente che lo *Streitgegenstand* nel diritto vivente in Germania è molto ristretto: questo infatti varia, seppur con qualche limitazione, al variare dei fatti versati nel processo. In punto di estensione e preclusività del giudicato, ciò significa che possono essere dedotti a sostegno di una seconda azione relativa allo stesso diritto soggettivo fatti diversi, anche se già esistenti al tempo del referente temporale del primo giudicato.

Emblematico è il caso deciso dal BGH nella sentenza del 24 gennaio 2008, resa all’esito della seguente vicenda: in un primo processo era proposta domanda di risarcimento del danno da infiltrazioni in un edificio ristrutturato in esecuzione di un progetto di uno studio di architetti. La domanda era fondata sulla circostanza che i convenuti avrebbero mancato del tutto di predisporre una pianificazione dell’implementazione degli impianti di infiltrazione. La domanda veniva rigettata dal *Landgericht* con sentenza passata in giudicato. In seguito l’attore del primo processo conveniva di nuovo gli architetti in un secondo giudizio chiedendo il risarcimento dello stesso danno, stavolta sulla base del fatto che il sistema di infiltrazione sarebbe stato eseguito in maniera inadeguata a causa di una progettazione errata da parte dei professionisti. Dopo che in primo grado e in

⁴⁷ Cfr. H.J. MUSIELAK, *Die rechtskräftig entschiedene Lebenssachverhalt. Versuch einer Abgrenzung*, in *NJW*, 2000, 3593 ss., in particolare 3595 dove l’Autore afferma: «Der Vorteil einer solchen Abgrenzungsmethode, ihre Elastizität, die es dem Richter gestattet „eine umfassende und schnelle Streiterledigung unter Beachtung der Parteiinteressen herbeizuführen, wird aber mehr als aufgewogen durch ihren Nachteil, nämlich die Rechtsunsicherheit, die sie schafft». Dopodiché conclude, in controtendenza rispetto all’opinione dominante almeno in giurisprudenza, che un riferimento quantomeno orientativo a criteri giuridici (basati sul diritto sostanziale) è inevitabile per delimitare i fatti della vita rilevanti.

appello la domanda era stata rigettata in rito per l'esistenza di un precedente giudicato sulla pretesa, il BGH ribaltava tali decisioni affermando che non vi è identità di oggetto dei due processi, poiché i fatti su cui si basa la seconda domanda, sebbene già esistenti al momento della prima azione, sono da considerare appartenenti, da un punto di vista naturalistico, ad un diverso *Sachverhalt*⁴⁸.

⁴⁸ Così BGH, 24 gennaio 2008, VII ZR 46/07, in *NJW-RR*, 2008, 762 ss. Si legge nella motivazione: «Ob die einzelnen Tatsachen dieses Lebenssachverhalts von den Parteien vorgetragen worden sind oder nicht und ob die Parteien die im Vorprozess nicht vorgetragenen Tatsachen des Lebensvorgangs damals bereits kannten oder hätten vortragen können, ist nicht erheblich. Infolgedessen gehört zur Rechtskraftwirkung nicht nur die Präklusion der im Vorprozess vorgetragenen Tatsachen, sondern auch die der nicht vorgetragenen Tatsachen, sofern diese nicht erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Prozess entstanden sind, sondern bei natürlicher Anschauung zu dem im Vorprozess vorgetragenen Lebenssachverhalt gehören (BGH, Urteil vom 19. November 2003 - VIII ZR 60/03, BGHZ 157, 47, 50 f. m.w.N.)» e ancora: «Die in der vorliegenden Klage vorgetragene Pflichtverletzung der fehlerhaften Entwurfsplanung, der mangelhaften Bauüberwachung und der unzureichenden Mängelüberprüfung bei Abnahme gehören bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden und den Sachverhalt "seinem Wesen nach" erfassenden Betrachtungsweise (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 1991 - IX ZR 96/91, BGHZ 117, 1, 5) nicht zu dem Tatsachenkomplex der fehlenden Ausführungsplanung, den der Kläger im Vorprozess dem Gericht ausschließlich unterbreitet hatte. Unterscheidet sich der Streitgegenstand des neuen Rechtsstreits aber von dem des Vorprozesses, weil ein anderer Sachverhalt vorgetragen wird, der im früheren Verfahren eindeutig nicht Gegenstand war, so steht die Rechtskraft des früheren Urteils der neuen Klage nicht entgegen. Das gilt auch dann, wenn das Klageziel äußerlich unverändert geblieben ist und die Tatsachen, die der neuen Klage zugrunde gelegt sind, schon im Vorprozess hätten geltend gemacht werden können (vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 1989 - IVb ZR 19/89, BauR 1990, 249; Urteil vom 19. September 1985 - VII ZR 15/85, BauR 1986, 117 = ZfBR 1985, 284; Urteil vom 22. Mai 1981 - V ZR 111/80, NJW 1981, 2306)». Dunque irrilevante è tanto la circostanza che i fatti siano pregressi al referente temporale del giudicato quanto che sia posto a base della domanda lo stesso diritto al risarcimento. La sentenza non parla di medesimo diritto soggettivo, ma della medesima finalità perseguita con la domanda (*Klageziel*), ma il punto resta lo stesso. In un caso del genere in Italia avrebbe senza dubbio operato l'effetto preclusivo negativo (*ne bis in idem*) del giudicato in forza della preclusione del dedotto e del deducibile; qua invece rileva il differente *Sachverhalt*, considerato dal punto di vista naturalistico: i due fatti generatori del danno sono cronologicamente distinguibili e dunque danno luogo a due *Ansprüche*. Il criterio naturalistico di identificazione dei fatti rilevanti si espone a critica in quanto poco preciso e suscettibile di interpretazioni ampiamente discrezionali da parte del giudice. Se si osserva il fenomeno dalla prospettiva del giudicato, si può dire, parallelamente, che senza il riferimento al diritto sostanziale fatto valere è difficile selezionare il perimetro della preclusione del deducibile (corollario necessario dell'autorità di cosa giudicata). Oltre ai punti critici del criterio naturalistico evidenziati dalla dottrina (v. per tutti in Italia S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 246 s. e in Germania C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand*, cit., 398), si consideri che la giurisprudenza dello stesso BGH è molto oscillante e sembra diversificare in ragione di argomenti poco rigorosi e poco prevedibili. Ad esempio BGH, 22 ottobre 2013, XI ZR 42/12, in *NJW*, 2014, 314 ss., sostiene che il giudicato di rigetto su una richiesta di risarcimento dei danni asseritamente provocati da una banca a causa di un errore informativo nella fase della consulenza su degli investimenti preclude una successiva azione di risarcimento per lo stesso danno dovuto a un altro errore di consulenza. La sentenza è interessante in quanto si fa carico di individuare la differenza rispetto al caso deciso dalla sentenza BGH 46/07/2008, cit.: l'unicità dell'episodio della vita deriverebbe in questo secondo caso dalla circostanza che vi è unità temporale dei due difetti informativi che sarebbero avvenuti nel contesto della medesima riunione.

Occorre a questo punto tornare sull'interrogativo di partenza: in un contesto in cui tradizionalmente l'oggetto della lite è disegnato in maniera stretta, vuoi perché identificato con l'*Anspruch* processuale, vuoi perché per delimitare tale *Anspruch* concorrono i fatti concretamente dedotti dall'attore a sostegno del *petitum*, si osservano anche in questo caso spinte all'allargamento dell'oggetto del processo? La risposta è (solo) da un certo punto di vista positiva: la più recente testimonianza è rappresentata dalla monografia di Althammer⁴⁹. L'Autore parte dalla *Kenrpunkttheorie* dell'oggetto del processo elaborata dalla CGUE e conclude che il criterio di individuazione dello *Streitgegenstand* tramite il *Lebensachverhalt* merita di essere superato, stante l'imprecisione di quest'ultimo concetto e le incertezze che può generare. Diversamente, il criterio proposto dall'Autore è quello dell'*Interessenidentität*. L'*Interesse* cui si fa riferimento non è l'interesse ad agire (che in tedesco si traduce più propriamente con *Rechtsschutzbedürfnis* o *Rechtsschutzinteresse*), bensì lo scopo che ha di mira l'attore quando ricorre alla tutela giurisdizionale. Pertanto quand'anche vi siano a livello sostanziale due o più distinte vicende della vita, è possibile che esse siano ricomprese nel medesimo *Streitgegenstand*, se le azioni a loro tutela sono sorrette dal medesimo interesse⁵⁰.

Occorre peraltro osservare che la ricostruzione dell'Autore potrebbe essere – sotto il profilo che qui interessa – meno rivoluzionaria di quanto non sembri all'apparenza. Infatti il pregio e la novità della teoria di Althammer sta nell'aver rielaborato i criteri di individuazione dell'oggetto della lite, piuttosto che nell'aver inciso sull'estensione di quest'ultimo: anche tramite la teoria dell'*eingliedriger Streitgegenstandsbegriff*, infatti, si ha l'effetto di ampliare l'oggetto della lite, specie rispetto alla nozione ristretta proposta dalla giurisprudenza (a riprova basti osservare che secondo entrambe le ricostruzioni si ha un unico *Streitgegenstand* nell'ipotesi del concorso fra azione cambiaria e azione sostanziale⁵¹ – ipotesi che invece anche per la nostra dottrina costituisce un esempio di concorso di diritti e

⁴⁹ Ci si riferisce alla più volte citata monografia *Streitgegenstand und Interesse*.

⁵⁰ C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand*, cit., 268, 505 ss., 749. Più precisamente per Althammer il fattore decisivo per l'affermazione di unicità o pluralità degli oggetti della lite è dato dall'esistenza di un «nesso di adempimento» (*Erfüllungskonnexität*). Se l'adempimento di una pretesa estingue anche l'*Interesse* di tutte le altre, lo *Streitgegenstand* è uno solo.

⁵¹ V. a questo riguardo, con riferimento alla teoria dell'*eingliedriger Streitgegenstandsbegriff*, *supra*, la nota 44 e, con riferimento alla teoria del *Klageinteresse* v. C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand*, cit., 409.

non di norme). Entrambe le teorie, peraltro, sono sollecitate della problematica dell'*Anspruchskonkurrenz* e dunque puntano ad ampliare l'oggetto del processo rispetto alle situazioni giuridiche concorrenti, e non in generale rispetto all'episodio della vita che ha dato origine alla controversia.

Occorre infine soffermarsi su un'ultima questione e cioè quale sia l'obiettivo che hanno di mira le ricostruzioni ampie dello *Streitgegenstand* della dottrina tedesca (di quella più recente ma anche di quella più risalente) e se in particolare tale obiettivo coincide con quello della giurisprudenza e della dottrina italiane. Da noi, come è stato già evidenziato, tra gli intenti perseguiti con l'allargamento dell'oggetto del processo vi è anche quello – in posizione senz'altro preminente – di ottenere un giudicato ampio in grado di evitare che sullo stesso «episodio della vita» possano svolgersi più processi. In poche parole, si intende assecondare l'economia extra-processuale. Questo non è invece lo scopo che si persegue in Germania, dove al contrario si esclude espressamente un allargamento della portata del giudicato⁵².

Partiamo proprio da questo aspetto. Contro l'allargamento della *Rechtskraft* vengono sollevate due penetranti obiezioni. 1) Se sullo sfondo si staglia lo spettro del giudicato con effetto vincolante ampio (*Rechtskraft mit weitreichender Bindungswirkung*), le parti sono spinte ad ampliare il materiale di cognizione (*Prozessstoff*) nell'ambito del processo in corso e ad apparecchiare una difesa più completa e approfondita su più questioni; inoltre c'è il rischio di un maggiore impiego dei mezzi di impugnazione (si osserva infatti che una parte potrebbe essere disposta ad accettare il risultato di una sentenza, solo a condizione che non si sia formata una preclusione su questioni pregiudiziali, dimodoché queste possano essere ridiscusse in un diverso e successivo processo). Di conseguenza – si conclude – il beneficio che si pretenderebbe di ottenere, in punto di economia

⁵² In realtà Althammer nella sua monografia del 2012 afferma che l'ampliamento dello *Streitgegenstand* vale anche ai fini delle delimitazione dell'oggetto del giudicato (cfr. C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand*, cit., 554 ss., 757-758, dove si conclude: «Damit ergibt sich eine dritte Bedeutung des Kriteriums: Neben der Bestimmung des Rechtshängigkeitsumfangs und der Konkretisierung des Urteilsgegenstandes dient es der Bemessung der Bindungsweite der materiellen Rechtskraft in einem Folgeprozess»). Tuttavia l'Autore assume una posizione molto più cauta in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²³, IV, Tubinga 2018, 855 ss., spec. 857-858, dove ritiene che la processualistica tedesca non sia pronta a compiere un passo di questo tipo. Sul rapporto tra *Streitgegenstand* e *Gegenstand der Rechtskraft* si veda quanto si dirà subito nel prosieguo nel testo.

processuale, con l'allargamento del giudicato non sarebbe tutto sommato così rimarchevole⁵³. 2) Inoltre, la tutela del diritto di difesa delle parti mal si concilia con l'affermazione di un giudicato che cala su (o produce effetto rispetto a) delle questioni il cui significato e la cui rilevanza in un secondo processo erano completamente sconosciuti al tempo del primo.

Dunque non è per ottenere un'ampia preclusione legata al giudicato che si tende ad ammettere un allargamento dell'oggetto della lite: lo scopo è invece quello di evitare i processi paralleli (*parallele Verfahren*), dannosi, essi davvero, per la *Prozessökonomie*, in quanto si duplica l'attività istruttoria e decisoria.

Lo *Streitgegenstand* sarebbe allora da interpretare in maniera ampia quando applicato agli istituti della litispendenza, del cumulo di domande e della modifica della domanda (in questo modo si evitano i processi paralleli), mentre sarebbe da considerare ristretto quando è funzionale a circoscrivere i limiti oggettivi del giudicato⁵⁴. Si tratta della *Theorie vom relativen Streitgegenstandsbegriff*⁵⁵, la

⁵³ In maniera più precisa potremmo dire che i benefici sul piano dell'economia extra-processuale non sarebbero tali da compensare gli aggravii di tempo e costi sul piano dell'economia endo-processuale.

⁵⁴ L'oggetto del giudicato resta dunque ristretto secondo la dottrina largamente maggioritaria: in particolare non si forma sui motivi della decisione, e cioè sulle ragioni giuridiche della decisione, sui meri fatti e sui fatti-diritti, neppure quando sono legati da quella forma di pregiudizialità molto intensa che in Italia si definisce logica. Di conseguenza nel processo di rivendica si accerta (con effetto di giudicato) soltanto il diritto alla consegna della cosa e non anche il (pregiudiziale) diritto di proprietà e ugualmente nel processo di pagamento di una somma di denaro in forza di un contratto si accerta (con effetto di giudicato) unicamente l'esistenza del diritto alla prestazione e non anche l'esistenza del (pregiudiziale) rapporto contrattuale (cfr. a tal riguardo e per esempi simili L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, § 154 ss.; H.J. MUSIELAK – W. VOIT, *Grundkurs*, cit., Rn. 1043 ss.).

⁵⁵ Condividono pienamente la teoria dell'oggetto variabile della lite G. BAUMGÄRTEL, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Jur. Schulung*, 1974, 69 ss.; B. RIMMELSPACHER, *Materiellrechtlicher Anspruch*, cit., 175-176; C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand*, cit., 199, 747; H. ROTH, *vor § 253*, cit., 709 ss. Anche gli Autori che si approcciano a tale teoria in maniera più cauta, comunque ne affermano l'irrinunciabilità: cfr. L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 93, Rn. 7, dove si dice: «Es vereinfacht das Prozessrechtssystem, allen vier Fragenkreisen grundsätzlich einen einheitlichen Begriff des Anspruchs bzw. Streitgegenstandes zugrunde zu legen.³ Doch lässt sich eine solche Einheitslösung nicht vollständig durchhalten. Denn aus dem Normzweck der vier Institute und ihrer Funktion in den verschiedenen Verfahrenslagen ergeben sich im Detail unterschiedliche Abgrenzungen bzw. eine Relativität des Streitgegenstandes.⁴ Da die Abweichungen aber nur Randbereiche betreffen, soll prinzipiell am Einheitsbegriff festgehalten werden»; H.J. MUSIELAK – W. VOIT, *Grundkurs*, cit., Rn. 293 ss.. Assumono invece una concezione unitaria dell'oggetto della lite, con conseguente piena coincidenza fra oggetto della domanda, oggetto della sentenza e oggetto del giudicato F. LENT, *Diritto processuale civile tedesco. I, Il procedimento di cognizione*⁹, trad. di E.F. Ricci, Napoli 1962, 147-148; P. GOTTWALD, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, Monaco 2020⁶, Rn. 113.

quale – evidentemente – fa saltare la corrispondenza fra oggetto della domanda, oggetto del processo e oggetto del giudicato⁵⁶.

Il quadro che emerge è dunque quello di un processo in cui, diversamente che in Italia, il valore dell'economia processuale non è imperante e che è invece maggiormente ispirato da una concezione privatistica: nel pieno rispetto del principio dispositivo in senso sostanziale (*Dispositionsmaxime*) e del principio del contraddittorio, l'oggetto del processo è ampliabile tramite l'impiego della domanda di accertamento incidentale – anche sotto forma di domanda riconvenzionale – ma può rimanere ristretto se non si presenta la necessità di un suo allargamento. In tale ultimo caso la parte non rischia di incorrere in nessuna successiva preclusione⁵⁷.

5. Determinazione dell'oggetto della cognizione. Avvio dell'indagine: l'introduzione dei fatti storici nel processo e l'attribuzione agli stessi di rilevanza giuridica

Come osserva Fabbrini, «nella dinamica del procedimento esistono momenti che attengono alla determinazione dei limiti oggettivi della pronuncia di merito che dovrà essere emanata dal giudice, e momenti che attengono invece alla individuazione delle situazioni di fatto, ricostruendo il modo di essere storico e la qualificazione giuridica delle quali il giudice dovrà dare un certo contenuto piuttosto che un certo altro alla sua pronuncia di merito, già delimitata dal punto di

⁵⁶ In Italia si insegna tradizionalmente che quale che sia la nozione di oggetto del processo che l'interprete intenda accogliere, essa deve essere la stessa con riferimento a tutti gli istituti coinvolti (v. l'imponente dimostrazione che ne dà A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 107 ss.). Tale tesi non risulta essere stata espressamente smentita dalla dottrina più recente.

⁵⁷ V., di recente, H.F. GAUL, *Die heutige Rechtskraftlehre*, cit., 209: «So wie das objektive Recht den Inhalt der Entscheidung (voraus-)bestimmt, so bestimmen die Parteien durch ihre Anträge in Klage und Widerklage (§§253 Abs. 2 Nr. 2, 256 ZPO) den Umfang des Streit- und Entscheidungsgegenstandes. Als zentraler Ausdruck ihrer *Dispositionsbefugnis* in Selbstbestimmung über ihr prozessuales Schicksal – entsprechend der Privatautonomie im materiellen Recht – bindet namentlich §308 Abs. 1 ZPO das Gericht an die Parteianträge» (corsivo dell'Autore) e A. PIEKENBROCK, *Die Bedeutung der Urteilsgründe*, cit., 421-422: «Dies könnte darauf beruhen, dass sich die Zwillingsschwester Freiheit und Verantwortung fremd geworden sind. Wer die Freiheit hat, über den Umfang der Rechtskraft zu disponieren, trägt aber zugleich die Verantwortung, dies auch sachgerecht zu tun».

vista dell'oggetto»⁵⁸. È dunque necessario, una volta confermato che l'oggetto del processo è rappresentato sempre da una situazione giuridica soggettiva, procedere «verso il basso», per esaminare il materiale processuale⁵⁹ che viene messo a disposizione del giudice e che dunque rappresenta almeno in astratto l'oggetto della cognizione di quest'ultimo.

La principale strada attraverso cui i fatti storici entrano nel processo è rappresentata dalla loro narrazione, o – per usare il gergo tecnico – allegazione, ad opera delle parti. I fatti concreti sono generalmente esposti a fondamento della domanda (o dell'eccezione) al fine di ottenere una pronuncia di esistenza o inesistenza dell'effetto giuridico che le norme di diritto sostanziale vi ricollegano⁶⁰. È però anche possibile che i fatti siano introdotti sì dalle parti, tramite i loro atti processuali o le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio libero, ma del tutto inconsapevolmente oppure senza la consapevolezza dell'effetto giuridico che sono idonei a produrre. Infine è possibile che emergano dalle prove legittimamente acquisite (ad esempio una testimonianza o la stessa consulenza tecnica)⁶¹. Ciò che invece non può succedere è che il giudice introduca egli stesso fatti di cui ha privata conoscenza – fatta eccezione, forse, per i fatti notori⁶² – poiché questo minerebbe la sua terzietà e imparzialità⁶³.

⁵⁸ Così G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano 1973, 254.

⁵⁹ Il *Prozessstoff*, tradotto in tedesco.

⁶⁰ Sulla definizione di allegazione, cfr., soprattutto, L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, 273 s.

⁶¹ Cfr. al riguardo, tra molti, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 226. Spunti in questo senso, sebbene in maniera timida, si rintracciano già in G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 729. Sulle possibili modalità di introduzione dei fatti c.d. «avventizi» v. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino 2001, spec. 136 ss, 212 ss.

⁶² Non vi è infatti accordo in dottrina sulla questione relativa al se il fatto notorio deroghi al principio del divieto di utilizzazione del sapere privato del giudice ovvero solo al principio dell'onere della prova, con la conseguenza che, in questo secondo caso, il fatto dovrebbe comunque aver fatto ingresso nel processo in uno dei modi esposti nel testo per poter essere posto dal giudice a base della decisione (sul dibattito v. B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991, 136 ss.; D. BUONCRISTIANI, *op. ult. cit.*, 125 ss.).

⁶³ Cfr. A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 224; G. VERDE, voce *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, 1989, 8; ID., voce *Dispositivo (principio)*, in *Enc. giur.*, XII, 1989, 2; S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, III, Milano 1993, 39; B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, 141 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano 1991, 339; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, cit., 29 s. Divieto di utilizzazione del sapere privato del giudice significa non solo che quest'ultimo non deve ricercare i fatti fuori del processo, ma anche che non deve giovare di quanto sa privatamente per prendere

Dietro questa sintesi delle modalità attraverso cui i fatti fanno ingresso nel processo si celano alcuni principi fondamentali. Il cammino della dottrina verso la messa a fuoco delle tecniche di raccolta del materiale processuale è stato lungo e ricco di riflessioni ed è perciò possibile in questa sede solamente far cenno ai principali snodi.

Il punto di partenza è rappresentato dal brocardo *iudex secundum allegata et probata partium decidere debet*. Per precisare la portata di questa massima è necessario risalire agli studi della dottrina c.d. sceveratrice, quella cioè che ha chiarito la distinzione fra principio della domanda o dispositivo in senso sostanziale (c.d. *Dispositionsmaxime* in tedesco) e principio della trattazione o dispositivo in senso processuale (c.d. *Verhandlungsmaxime* in tedesco)⁶⁴. Mentre il principio della domanda attiene al momento in cui i titolari della situazione giuridica soggettiva decidono di servirsi della tutela giurisdizionale del proprio diritto, il principio della trattazione attiene al momento dell'individuazione delle iniziative endo-processuali che, secondo le tecniche messe a punto dal legislatore, consentono al giudice di conoscere i fatti della controversia (oltretutto – ed è in realtà il profilo più studiato – di utilizzare le prove per convincersi della verità di tali fatti)⁶⁵.

Pertanto, il tema dell'allegazione dei fatti al processo sembrerebbe dover ricadere tutto entro il confine del secondo principio. E invece l'idea dominante è stata a lungo quella che la regola della decisione *iuxta allegata*, con riferimento a svariate tipologie di fatti, fosse in realtà da ricondurre sotto l'ombrello del principio della domanda.

Prima di entrare nel vivo di tale questione occorre svolgere alcune brevi premesse sulle classificazioni dei fatti, anche se sono senz'altro note in quanto ormai diffusamente impiegate in giurisprudenza e dottrina.

Sul piano della teoria generale del diritto si distingue fra fatti costitutivi di un effetto giuridico e fatti modificativi ed estintivi del medesimo. I processualisti vi

d'ufficio un'iniziativa probatoria – pur lecita come un'ispezione o consulenza – al fine rendere giudiziale e non più meramente privata quella conoscenza (cfr. D. BUONCRISTIANI, *op. loc. ult. cit.*).

⁶⁴ In Italia la prima opera in questo senso è quella di T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano 1951, 695 ss., spec. 710 ss. Lo nota anche B. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano 1962, 305 ss.

⁶⁵ Cfr. T. CARNACINI, *op. ult. cit.*, 714 ss., 741 ss. Di recente v. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 379 ss.

aggiungono la categoria dei fatti impeditivi, utile soprattutto al fine della ripartizione del c.d. onere della prova. I fatti impeditivi altro non sono se non fatti costitutivi a cui il legislatore darebbe rilevanza con il segno invertito (ad esempio l'assenza di colpa anziché la colpa, la mala fede anziché la buona fede, ecc.)⁶⁶.

Inoltre, quanto alle tecniche di produzione dell'effetto giuridico, si distingue fra fatti operanti *ipso iure*, ossia i cui effetti si producono al mero loro verificarsi (si pensi all'usucapione rispetto all'acquisto della proprietà o alla nullità di un contratto per mancanza di uno degli elementi essenziali) e fatti operanti solo a seguito dell'intermediazione di un potere di parte (o, utilizzando la terminologia del processo formulare romano, *ope exceptionis*; si pensi a prescrizione, compensazione, annullamento, inadempimento, beneficio d'escussione, ecc.)⁶⁷.

Infine, quanto al collegamento con la situazione giuridica dedotta in giudizio, si distingue fra fatti principali (anche detti «giuridici») e fatti secondari (anche detti «semplici» o «accessori»). I secondi sono quei fatti da cui può desumersi l'esistenza e il modo d'essere dei primi e che dunque presentano un collegamento solo indiretto con il diritto fatto valere⁶⁸.

All'esito di questi richiami è possibile addentrarsi nelle teorie relative al c.d. onere di allegazione dei fatti.

Una prima teoria è quella espressa da una parte minoritaria della dottrina, che afferma la necessità che tutti i fatti siano affermati dalla parte che pretende di trarne l'effetto giuridico a proprio favore. Nel processo civile, retto dal principio dispositivo, non ci sarebbe spazio per l'ingresso di fatti, neppure secondari, da parte del soggetto controinteressato o emergenti dagli atti, fatta eccezione per quelli notori⁶⁹. Ciò in quanto ad un fatto potrebbe essere attribuita rilevanza giuridica (perché costituisca la base per la pronuncia sull'effetto che ne deriva) solo dalla

⁶⁶ Sulla teoria della fattispecie e sulla distinzione fra fatti costitutivi ed impeditivi, modificativi ed estintivi v. A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, 490 ss.; ID., voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano 1967, 947 s.; E. FINZI, *Sull'efficacia semplicemente conservativa della trascrizione di cui all'art. 773, n. 3. c. comm. (Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, 163 ss. In particolare sulla distinzione fra fatti costitutivi e impeditivi v. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli 1974, 267 ss.

⁶⁷ Al riguardo v., su tutti, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 60 ss., spec. 62 ss. Sulla natura di tali fatti si tornerà in maniera più approfondita più oltre (v. *infra*, Cap. 2, par. 5.3)

⁶⁸ Per tale definizione v., fra l'altro, M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, I, cit., 340.

⁶⁹ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953, 211 ss.

parte interessata, una volta che non solo lo abbia affermato, ma lo abbia anche reso oggetto di un «negozio dispositivo», di una manifestazione di volontà processuale⁷⁰.

Una seconda teoria è quella che prospetta, in sostanza, un onere di allegazione dei fatti costitutivi in capo all'attore e un onere di allegazione dei fatti i.m.e. operanti *ope exceptionis* in capo al convenuto, mentre lo esclude per i fatti secondari e per i fatti i.m.e. operanti *ipso iure*. Si tratta di una ricostruzione accolta dalla giurisprudenza⁷¹ e piuttosto diffusa in dottrina⁷², la quale segue percorsi argomentativi diversi, ma giunge poi alla medesima conclusione.

In particolare, il monopolio in capo all'attore dell'allegazione dei fatti costitutivi viene da alcuni giustificato con il ricorso al principio della domanda⁷³, per la cui identificazione sarebbe sempre necessario il racconto dei fatti, come dimostrerebbe la circostanza che anche coloro che propugnano la teoria dell'individuazione⁷⁴ – teoria che minimizza il ruolo della *causa petendi* nella

⁷⁰ Cfr. F. BENVENUTI, *op. cit.*, 232 ss. Una posizione simile è stata quella di A. NASI, *Disposizione del diritto e azione dispositiva. Contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione*, Milano 1965, 151 ss., che afferma la necessità che l'allegazione di tutti i fatti principali provenga dalla parte interessata.

⁷¹ Cfr., da ultimo, Cass. sez. un. 1° febbraio 2022, n. 3086, spec., §§ 24 e 25, edita, fra l'altro, in *Giur. it.*, con nota di F. AULETTA; in *Foro it.*, 2022, I, c. 1773 ss. e Cass. sez. un. 28 febbraio 2022, n. 6500, in *Guida dir.*, 2022, 12 ss. Ma aderiva già a questa ricostruzione Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, pubblicata, tra l'altro in *Giust. civ.*, 1998, I, 645 ss., con nota di E. GIACALONE; in *Foro it.*, 1998, I, 764 ss., la quale oltre ad affermare la regola della generale rilevabilità d'ufficio delle eccezioni, distingue fra potere d'allegazione e potere di rilevazione nel senso che il primo apparteneva solamente alla parte e doveva essere esercitato con l'atto di costituzione (in quel caso la memoria difensiva del rito lavoro) depositato tempestivamente.

⁷² Ci si riferisce in particolare a M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, I, cit., 328 ss., 339 ss.; L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, cit., 275 ss., spec. 277; B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari*, cit., 107 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, I, *La pronuncia di merito*, Milano 1967, 65 ss.; ID., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino 1973, 1257 ss., spec. 1259 s.

⁷³ Così E.T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione (postilla)*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 450 s.; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1259 s., il quale affianca, a giustificazione, al principio della domanda anche quello del contraddittorio; M. CAPPELLETTI, *op. loc. ult. cit.*, cui appartiene anche l'osservazione subito riportata nel testo; si veda in particolare quanto afferma alla pag. 331: «E se al soggetto privato, in conseguenza del carattere privato del diritto soggettivo, deve spettare il potere monopolistico di chiederne la tutela giurisdizionale, sembra evidente che detto potere debba estendersi anche a quell'atto, l'allegazione, dal quale la domanda risulta appunto identificata, individuata in uno dei suoi momenti essenziali».

⁷⁴ Le attestate *Individualisierungs-* e *Substantiierungstheorie* sono state elaborate in Germania e poi riprese nel dibattito italiano sugli elementi di identificazione della domanda ed in particolare sulla questione della precisione con la quale devono essere descritti i fatti della vita per poter soddisfare il § 253, comma 2, n. 2 ZPO («Angabe [...] des Grundes des erhobenen Anspruchs»). Al riguardo, per una sintesi, v. E. BECKER-EBERHARD, *sub § 253, Klageschrift*, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶, I, Monaco 2020, Rnn., 75 ss., spec. 77 ss. La teoria della

determinazione della *res in iudicium deducta* – non possono fare del tutto a meno della narrazione dei fatti.

Peraltro non è stato sufficiente sganciare l'allegazione – in particolare dei fatti costitutivi – dal principio della domanda per escludere la sussistenza del relativo onere. Infatti anche alcuni di coloro che hanno ricondotto tale fenomeno nell'alveo del principio della trattazione, hanno finito per concludere che l'esigenza di terzietà e imparzialità del giudice giustifica il monopolio in capo alla parte del potere di allegare i fatti⁷⁵.

Per quanto riguarda i fatti i.m.e. oggetto di eccezioni rilevabili solo su istanza di parte, invece, l'onere di allegazione viene giustificato o facendo ricorso alla teoria dell'eccezione in senso stretto come controdiritto del convenuto (in questo modo varrebbe per il convenuto quanto detto per l'attore: è il principio dispositivo in senso sostanziale che riserva alla parte il potere di far valere tali fatti)⁷⁶, oppure affermando che il legislatore (o il sistema) ha scelto di attribuire alla sola parte interessata il potere di disporre dei fatti in questione a proprio vantaggio⁷⁷.

sostanziazione, come accennato nel testo, prevede requisiti più stringenti rispetto alla teoria dell'individualizzazione. Il dibattito intorno alla validità di tali teorie è ormai desueto in Germania (e in Italia) dal momento che la giurisprudenza del BGH ha da anni preso posizione sulla delimitazione del *Lebensachverhalt* (su cui si rinvia a quanto osservato da E. BECKER-EBERHARD, *op. cit.*, Rn. 79 ss. e a quanto riferito *supra*, par. 4)

⁷⁵ Cfr. C. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, cit., 70.

⁷⁶ La teoria è stata sviluppata soprattutto da M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, I, cit., 339 ss., 345 ss., sulla scia di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., 289 ss., spec. 292 ss. il quale apre il par. 100 con l'affermazione che «l'eccezione in senso proprio è dunque un contro-diritto di fronte all'azione e per l'appunto un diritto d'impugnazione, cioè un diritto potestativo diretto all'annullamento dell'azione» e poi chiarisce la natura e le peculiarità di questo «controdiritto». Vi ha aderito anche E.T. LIEBMAN, *Intorno ai rapporti tra azione ed eccezione*, cit., 451 s. Tale impostazione, tuttavia, sembra ad oggi essere stata superata a seguito delle penetranti critiche e delle approfondite analisi contenute in alcuni studi. Per citarne solamente alcuni cfr. F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, ora in *Diritto sostanziale e processo*, Milano 2006, 177 ss.; ID., *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 28 ss.; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 267 ss., 325 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova*, cit., 421 ss.; di recente, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 168 ss. Per ulteriori riferimenti di dottrina v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 522 ss. testo e note.

⁷⁷ Così G. VERDE, voce *Domanda (principio della)*, cit., 7 s.; L.P. COMOGLIO, voce *Allegazione*, cit., 277 ss.; B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari*, cit., 154 ss.; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., 252 ss. Il discorso è in realtà un po' più complesso. Alcuni Autori che pure accolgono il principio di acquisizione e rifiutano dunque l'onere di allegazione (per cui v. subito, *infra*, nel testo), arrivano a concludere che la cognizione del giudice si estende a tali fatti a condizione che siano allegati dalla parte interessata (cfr. A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 226 ss.; ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 68 ss., spec. nt. 14 o di E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 335 ss.). La spiegazione di tale apparente contraddizione risiede nel fatto che, come meglio si vedrà, l'attribuzione di rilevanza giuridica ai fatti i.m.e. in questione altro non significa, nella normalità dei casi, che allegazione del fatto nel giudizio al fine di ottenere gli effetti giuridici suoi propri.

I fatti i.m.e. oggetto di eccezioni in senso lato e i fatti secondari, invece, potrebbero entrare a far parte dell'oggetto della cognizione anche se introdotti per il tramite di un atto o una dichiarazione del soggetto controinteressato, di un qualsiasi mezzo di prova o, addirittura, secondo alcuni, attraverso la stessa scienza privata del giudice⁷⁸.

Una terza teoria infine afferma, in maniera del tutto condivisibile, che non vi è ragione per sancire una riserva di allegazione in capo alla parte interessata. In particolare, per quanto riguarda i fatti costitutivi l'asserito onere della loro allegazione non può essere ricondotto al principio della domanda in tutti i casi, bensì solo quando tali fatti siano individuatori del diritto dedotto in giudizio e quindi quando quest'ultimo abbia natura eterodeterminata⁷⁹. Al contempo, in risposta a chi ha sostenuto che il monopolio dell'utilizzazione dei fatti favorevoli, da ricondurre al principio di trattazione, garantirebbe la terzietà e imparzialità del giudice, è stato obiettato che il divieto di utilizzazione del sapere privato del giudice è già sufficiente ad assicurare il rispetto di tale garanzia⁸⁰.

⁷⁸ Per la precisione M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte, I*, cit., 345 ss. afferma con riferimento ai fatti i.m.e. che occorre distinguere fra quelli che rappresentano un vero e proprio controdiritto del convenuto (che possono anche essere letti come fatti costitutivi del controdiritto di impugnazione dell'azione) e quelli che invece sono «meri» fatti. Con riferimento ai primi vigerebbe il principio dispositivo in senso sostanziale poiché non può mai essere coartato l'esercizio di un diritto, mentre con riferimento ai secondi, l'Autore sostiene che la loro carenza è fatto costitutivo del diritto: quando l'attore si afferma titolare di un diritto di credito non solo asserisce che il credito è sorto per effetto del verificarsi dei fatti costitutivi ma anche che non è stato impedito e non si è ancora estinto. Da qui elabora la nota tesi dell'allegazione implicita dei «meri» fatti i.m.e., teoria che spiegherebbe perché questi fatti stanno alla base di eccezioni *ope legis* (*Einwendungen* nell'ordinamento tedesco) e non di eccezioni vere e proprie (*Einreden*). La teoria dell'allegazione implicita è stata ripresa anche da L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 280, nt. 48 e più di recente in ID., *Le prove civili*³, Torino 2010, 106, nt. 342 ed è invece stata scartata da G. FABBRINI, *op. ult. cit.*, 267, nt. 20 e ampiamente criticata da B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, 154 ss.. Con riferimento ai fatti secondari, invece, M. CAPPELLETTI, *op. ult. cit.*, 340 ss., afferma che gli stessi potrebbero essere introdotti d'ufficio dal giudice che ne abbia privata conoscenza. Si veda tuttavia al riguardo la critica di B. CAVALLONE, *op. ult. cit.*, 116 ss.

⁷⁹ Accolgono il principio di acquisizione dei fatti anche sull'argomento che non si spiegherebbe un onere di allegazione di fatti che non sono individuatori del diritto, S. MENCHINI, *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione*, cit., 37 ss., 41 s.; E. MERLIN, *Compensazione e processo, I*, cit., 335 ss., testo e ntt. 244 e 250; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 223, 226; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 125 ss. Sul principio di acquisizione v. inoltre E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 313 ss., B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari*, cit., 128 ss., 132 ss., il quale però lo afferma e ne fornisce dimostrazione con riferimento ai fatti secondari. Anche V. ANDRIOLI, voce *Prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino 1967, 275, anche se non esplicitamente, sembra accogliere il principio di acquisizione.

⁸⁰ Affermano che il principio di acquisizione non possa trovare limiti nel superiore principio di terzietà e imparzialità del giudice (di cui la *Verhandlungsmaxime* è espressione), in quanto è già il divieto di utilizzazione del sapere privato a garantirlo S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 39; A. PROTO

Per quanto riguarda invece i fatti i.m.e. operanti solo a seguito dell'intermediazione del potere di parte, si è osservato come il problema si sgonfia se si tiene conto della circostanza per cui, salvo casi marginali, l'allegazione rappresenta il mezzo necessario e sufficiente con cui si esercita tale potere. In altre parole è pressoché sempre il convenuto che allega il fatto al giudizio e con ciò semplicemente, stante l'irrelevanza dell'elemento volitivo negli atti processuali, gli attribuisce rilevanza giuridica⁸¹.

La conclusione, dunque, secondo questa ultima e preferibile ricostruzione, è che nel processo civile vige un generale principio di acquisizione, in forza del quale, come si era già anticipato in apertura, il giudice può tener conto di tutti i fatti risultanti dagli atti, con i pochi limiti di cui si è appena detto.

Si tratta ora di meglio chiarire cosa si intenda per «tener conto» di un fatto. Il discorso è stato sviluppato soprattutto con riferimento all'eccezione, cioè ai fatti i.m.e., ma vale anche per quelli costitutivi.

Dall'allegazione del fatto si distingue la sua rilevazione, ossia l'attività con cui il giudice ne ricava gli effetti giuridici, dopo aver qualificato giuridicamente il fatto. Quando è la parte che propone l'eccezione, oltre a dedurre il fatto, ne chiede la rilevazione, ossia l'applicazione dell'effetto rispetto alla situazione giuridica portata in giudizio⁸². In ogni caso, anche cioè quando è il giudice a colorare giuridicamente il fatto i.m.e., quest'ultimo, con l'attribuzione di rilevanza diviene suscettibile di essere tenuto in considerazione anche come eventuale motivo della decisione. Viceversa un fatto che non è stato messo in connessione con l'effetto giuridico resta silente nel processo.

PISANI, *op. ult. cit.*, 224; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 339; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, 29 s.

⁸¹ V., anche per riferimenti di dottrina, quanto si dirà più oltre, in questo paragrafo, nel testo e in nt. 84.

⁸² V. in questo senso, ORIANI, R., voce *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1991, VII, 297; ID., *Eccezione rilevabile di ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.*, 2001, I, 131; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., 266; G. VERDE, voce *Domanda (principio della)*, cit., 7. V., chiaramente, sul punto, anche E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio*, cit., 310 ss. e in particolare la sintesi di pag. 312: «mentre è praticamente possibile immaginare che la proposizione dell'eccezione non sia accompagnata o non sia contestuale all'allegazione del fatto o di tutti i fatti su cui si fonda (si pensi anche solo al caso più semplice del convenuto che eccepisca di aver già pagato ma non dica nulla intorno alla data e al contenuto dell'atto solutorio), non è vero l'inverso, poiché l'allegazione del fatto (qui, nell'esempio, dell'atto solutorio) non può che avvenire in vista della formazione del *thema probandum* e dunque non può non implicare anche il richiamo (il "proporre"), per quanto implicito, all'effetto giuridico-eccezione».

Ora, ci sono casi in cui l'ordinamento prevede la rilevabilità di un fatto solo su istanza di parte – sono naturalmente le eccezioni c.d. «in senso stretto» o «proprie» – e casi in cui prevede la rilevabilità anche d'ufficio – sono invece le eccezioni c.d. «in senso lato» o «improprie». Nei primi, in assenza della spendita del potere di parte, i fatti sono destinati a rimanere silenti anche se il giudice acquisisce consapevolezza della loro esistenza, mentre nei secondi, ai fatti può essere attribuita rilevanza giuridica, ossia rilevanza ai fini della decisione sul diritto oggetto del processo, dallo stesso giudice⁸³.

Si è già detto che per il convenuto attribuire rilevanza giuridica ad un fatto che produce effetti *ope exceptions* significa, in sostanza, allegare tale fatto al processo. Non è necessario che la richiesta di applicazione dell'effetto giuridico sia avanzata con formule particolari o che sia proposta specificamente per ogni singola eccezione in senso stretto sollevata; sarà perciò sufficiente l'istanza di rigetto della domanda, peraltro evidentemente presente in ogni atto difensivo⁸⁴. Il discorso

⁸³ Inserite negli schemi di produzione degli effetti giuridici, come già accennato (v. *supra*, par. 5, nt. 67), le eccezioni in senso lato operano secondo lo schema norma – fatto – effetto, mentre quelle in senso stretto secondo lo schema norma – fatto – potere sull'*an* – effetto. Non vi è stata in passato concordanza sulla regola di *default* da applicare quando la legge non specifica espressamente se per la rilevazione di un determinato fatto deve essere proposta istanza da parte del soggetto interessato (come avviene ad esempio per la prescrizione – art. 2938 c.c. – e la compensazione – art. 1242 c.c.) ovvero non è necessario (come avviene ad esempio per la nullità – art. 1421 c.c.). Alcuni Autori hanno sostenuto che di regola le eccezioni devono essere considerate rilevabili solo su istanza di parte, spinti da una visione del processo evidentemente privatistica (cfr., su tutti, F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936, 413 ss. secondo cui «l'onere dell'eccezione deve essere riconosciuto sempre quando il tema dell'eccezione apparisca così strettamente legato con l'interesse della parte da far ritenere che, se questa dell'eccezione non si vale, o il fatto cui dà luogo l'eccezione non sussista o l'eventuale ingiustizia della sentenza sia facilmente tollerabile» (pag. 416) e ID., *Un lapsus evidente?*, cit., 448, il quale ammette la rilevabilità d'ufficio solo di pochissime eccezioni). Ad oggi tuttavia può ritenersi senz'altro pacifica l'opinione opposta, che afferma la normale rilevabilità d'ufficio delle eccezioni (specie a seguito dell'arresto delle sezioni unite della Cassazione: cfr. Cass., sez. un., 1099/1998, cit.). Le deroghe sono rappresentate, secondo la ricostruzione accolta anche dalla giurisprudenza, dalle ipotesi espressamente previste dalla legge e dai casi in cui si ha a che fare con fatti i.m.e. che, se spesi in via d'azione, fonderebbero una domanda di tutela costitutiva. Per approfondimenti sulla questione e anche per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza, si rinvia alla ricostruzione di R. ORIANI, *op. ult. cit.*, 266 ss. e ID., voce *Eccezione*, *Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, XII, Roma 2001, 2 ss.; ma v. anche G. FABBRINI, *op. ult. cit.*, 264 ss.; E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1271 ss.

⁸⁴ Cfr. sul punto B. CAVALLONE, *Principio dispositivo, fatti secondari*, cit., 159 ss., che parte dall'impostazione per cui l'allegazione, per sua natura, ha tra le funzioni anche quella di determinare il *thema probandum*; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 224.; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., 254.; R. ORIANI, voce *Eccezione*, cit., 297 s.; ID., *Eccezione rilevabile di ufficio*, cit., 131 ss. Diversamente si distinguerebbe fra allegazione volontaria e non volontaria ai fini dell'attribuzione della rilevanza giuridica; ma la distinzione può avere solo valore descrittivo, posta l'irrelevanza dell'elemento volitivo degli atti processuali (al riguardo v., su tutti, E. REDENTI, voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1959, 113 s.).

tuttavia non implica anche, in senso contrario, che se il fatto è entrato nel processo ad opera di un soggetto diverso dall'interessato, quest'ultimo perde la possibilità di trarne le conseguenze giuridiche a proprio vantaggio. In questi casi, che comunque – come è ovvio – restano marginali, continuerà ad apprezzarsi la distinzione fra allegazione/acquisizione e attribuzione di rilevanza giuridica, per cui, ad esempio, il convenuto potrà chiedere il rigetto della domanda sulla base del fatto ammesso dall'attore.

Con riferimento all'eccezione in senso lato, invece, accanto alla rilevazione conseguente all'istanza della parte, si pone quella d'ufficio. Il giudice può attribuire egli stesso rilevanza giuridica ad un fatto acquisito al processo⁸⁵.

È evidente che in quest'ultimo caso, come ogni volta in cui vi è rilevazione di fatti emergenti *ex actis*, si fa stringente la necessità del rispetto del principio del contraddittorio. Per poter porre a base della decisione tali fatti occorre che il giudice provochi il dibattito fra le parti, in modo tale che queste abbiano modo di esercitare il loro diritto di difesa⁸⁶.

⁸⁵ Ampliare il novero delle eccezioni in senso lato, secondo quanto emerge dagli ultimi orientamenti di giurisprudenza e dottrina, permette di evitare lo scollamento fra realtà emersa nel processo e la decisione, che va evitata al massimo, diversamente dallo scollamento fra realtà sostanziale e processuale (problema che si pone semmai sul piano sociologico ma non giuridico). La verità, infatti, è quella che si forma nel processo, grazie al rispetto di tutte regole del gioco, come osserva E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 351.

⁸⁶ Così pacificamente nella dottrina, anche antecedente all'introduzione del comma 2 dell'art. 101 c.p.c.: cfr. G. VERDE, *Domanda (principio della)*, cit., 8; G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 729; V. ANDRIOLI, voce *Prova*, cit., 275; R. ORIANI, voce *Eccezione (postilla di aggiornamento)*, cit., 4; ID., voce *Eccezione*, cit., 280; S. CHIARLONI, sub art. 17 l. 353/1990, in *Le riforme del processo civile, a cura di S. Chiarloni*, Bologna, 1992, 182 ss.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, cit., 79 ss., 96 ss., ma soprattutto 230 ss.; ID., *Quaestio facti e quaestio iuris: il profilo statico e il profilo dinamico dell'allegazione dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 835 ss.; D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo*, Torino 2006, cit., 20 ss., testo e nt. 21 dove si trovano riferimenti di dottrina sulle conseguenze del mancato rispetto del contraddittorio da parte del giudice.

6. (Segue) Il problema delle preclusioni come possibile limite alla piena conoscenza da parte del giudice dei fatti giuridici pur soggetti alla regola della rilevabilità d'ufficio

Ciò a cui in questa sede interessa maggiormente guardare⁸⁷ è come le eccezioni dell'uno e dell'altro tipo – soprattutto quelle in senso lato – si inseriscono in procedimenti caratterizzati da un sistema di preclusioni⁸⁸. Queste ultime, infatti, come è evidente, possono circoscrivere l'ambito della cognizione, impedendo l'allegazione dei fatti dopo un certo termine o evento⁸⁹.

Il problema da affrontare è il seguente: posto che il potere di rilevazione del fatto operante *ipso iure* in capo al giudice non va incontro a preclusioni di sorta (naturalmente il giudice deve rispettare il principio del contraddittorio), lo stesso vale anche per il relativo potere di allegazione in capo alle parti?⁹⁰ Per limitare i riferimenti al rito ordinario di cognizione, è noto che con la l. n. 353/1990 è stato introdotto anche in questa tipologia di procedimento un sistema di preclusioni che hanno determinato una scansione rigida delle fasi. In particolare a quella introduttiva è stato affidato il compito di far emergere l'esatto perimetro dei temi controversi e le relative istanze istruttorie. Alla luce di questo, ci si chiede se non

⁸⁷ Si tralasciano invece i problemi legati alla giustificazione della distinzione fra i due tipi di eccezione e della ragionevolezza della limitazione prevista dalla legge a tal riguardo per alcuni fatti i.m.e. Tali problemi si risolvono, infatti, indagando la natura sostanziale ovvero processuale dell'eccezione in senso stretto.

⁸⁸ Che i temi siano strettamente interconnessi è testimoniato in maniera evidentissima (come nota anche E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio*, cit., 319 ss.) dalla circostanza che alcuni studi dei primi anni duemila giungono alla conclusione che sui problemi della allegabilità e rilevabilità dei fatti non si possa fornire risposte universalmente valide, ma che si debba calibrare i poteri delle parti e del giudice in base alla struttura assunta dal processo e in particolare alle scelte tecniche in punto di preclusioni. Sul punto v. *infra*, testo e ntt. 99 ss.

⁸⁹ Il concetto di preclusione è stato messo a fuoco per la prima volta in Italia da G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 478 ss.: «ogni processo, qual più qual meno, e così anche il nostro processo, per assicurare precisione e rapidità allo svolgimento degli atti giudiziari, pone dei limiti all'esercizio di determinate facoltà processuali, colla conseguenza che di là da quei limiti queste facoltà non si possono più esercitare. Ho dato a codesta conseguenza il nome di "preclusione" (...)».

⁹⁰ È evidente che per le eccezioni in senso stretto il problema non ha modo di porsi dal momento che la legge fissa, per quanto riguarda il rito ordinario, nella comparsa di risposta tempestivamente depositata il termine per «proporre (...) le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio». Ora è evidente che se proporre l'eccezione significa anche attribuire rilevanza giuridica al fatto i.m.e., quest'ultimo o viene allegato in questo momento al processo o, al massimo è stato introdotto dall'attore inconsapevolmente. Non potrà invece certamente entrare nel processo dopo la chiusura della fase introduttiva.

scardinerebbe tale sistema l'attribuzione alle parti di un potere di allegare fatti dopo l'udienza di trattazione di primo grado (o, nel rito vigente per le cause introdotte fino al febbraio 2022, dopo l'appendice scritta di cui all'ex art. 183, comma 6 c.p.c).

Il quadro è complicato dal fatto che l'art. 345, comma 2 c.p.c. prevede la possibilità che vengano «proposte» nuove eccezioni rilevabili d'ufficio per la prima volta in appello. Dunque, anche qui, ci si interroga sulla questione relativa al se ciò che la legge consente è solo la rilevazione dell'efficacia giuridica del fatto già acquisito al processo ovvero anche l'allegazione di un fatto che non risulta dagli atti del primo grado. In caso di adesione a questa seconda soluzione, ci si chiede se l'attribuzione del potere di allegazione in appello non comporti, di conseguenza, secondo un ragionamento *a fortiori*, il protrarsi di tale potere per tutto il primo grado di giudizio.

È subito il caso di rilevare che la questione è di grande interesse pratico, tant'è che la giurisprudenza è continuamente sollecitata a decidere al riguardo. Tra la fine del vecchio millennio e queste prime decadi degli anni duemila, le stesse sezioni unite sono intervenute più volte⁹¹. Tuttavia non pare che sia stata imboccata una

⁹¹ Una puntuale ricostruzione di tali interventi agli scritti di Oriani (citati nelle precedenti note e in quelle successive), autore che più approfonditamente ha studiato il profilo in esame e il cui «dialogo» con la Suprema Corte è riassunto in R. ORIANI, *Eccezioni in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro it.*, 2013, I, 3500 ss. Per una ricca ricostruzione degli interventi giurisprudenziali che si sono occupati di tale problema, sotto il profilo della proponibilità dell'eccezione in senso lato per la prima volta in appello v. anche B. GAMBINERI, *Dell'appello*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna 2018, 484 ss. In questa nota si fa solo cenno ad alcuni interventi delle sezioni unite, senza pretesa di completezza, specie per quanto riguarda l'approccio al problema nell'ottica del giudizio d'appello.

Il primo è rappresentato dalla sentenza 1099/1998, cit., che, oltre ad aver affermato che la rilevabilità d'ufficio è caratteristica normale delle eccezioni, ha distinto nettamente fra allegazione e rilevazione, sostenendo che il potere di allegazione dei fatti i.m.e. operanti *ipso iure* deve essere esercitato dalla parte interessata tempestivamente. Con la sentenza 25 marzo 2001, n. 226 (Cass., sez. un., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2810 ss., con nota di M. IOZZO; in *Corr. giur.*, 2001, 1462 ss., con nota di O. FITTIPALDI), invece, le sezioni unite, dopo aver precisato che l'eccezione di giudicato esterno rientra nel novero di quelle in senso lato, hanno poi escluso espressamente che ricorra qualsiasi preclusione in ordine alla relativa allegazione. La Cassazione ha però aggiunto, in un passaggio argomentativo, che la questione dell'esistenza di un precedente giudicato non ha a che fare con le prove e quindi non è soggetta ai limiti preclusivi che governano queste ultime (cfr. par. 6.2.). Tale passaggio fa sorgere il legittimo dubbio che sia la natura particolare di questa eccezione a consentirne l'allegazione tardiva. Nel 2005 si è registrato un nuovo intervento (Cass., sez. un., 27 luglio 2005, n. 15661, in *Foro it.*, 2005, I, 2660 ss., con nota di R. ORIANI; in *Riv. dir. proc.*, 2006, 728 ss., con nota di E.F. RICCI), stavolta occasionato dalle sorti dell'eccezione di interruzione della prescrizione. Il supremo consesso ha affermato che tale eccezione «in quanto eccezione in senso lato, può essere rilevata di ufficio dal giudice in qualunque stato e grado del processo sulla base di prove ritualmente acquisite agli atti». È necessario segnalare due caratteristiche rilevanti della fattispecie processuale: in questione era la proponibilità dell'eccezione in grado d'appello e l'interruzione della prescrizione risultava da un documento

strada ben definita⁹²: in particolare la confusione potrebbe derivare dalla circostanza che si continua a trattare congiuntamente il problema dell'onere di allegazione, inteso come la necessità di un'allegazione soggettivamente qualificata e quello della sussistenza di preclusioni assertive dei fatti i.m.e. operanti *ipso iure*. In realtà, in linea teorica – ma il punto verrà ripreso più avanti –, è ben possibile ripudiare l'onere di allegazione, ma ritenere che, se è la parte a introdurre il fatto, essa lo debba fare tempestivamente.

Per quanto riguarda la dottrina, invece, si registrano, specie in sede di primo commento alla l. 353/1990, interpretazioni che tendono a sbarrare l'allegazione dei fatti una volta chiusa la fase introduttiva, deputata alla fissazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*⁹³. Dietro questa impostazione sta

allegato all'atto introduttivo. Una pronuncia importante è poi la n. 10531 del 2013 (Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, pubblicata, fra l'altro, in *Foro it.*, 2013, I, 3500 ss., con nota di R. ORIANI; in *Giusto proc. civ.*, 2013, 1125 (m), con nota di S. PAGLIANTINI), che ha affermato la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di erede beneficiario e, discutendosi anche in questo caso della proposizione dell'eccezione in appello, ha aperto in maniera più decisa, ma non senza alcuna ambiguità, alla possibilità che le parti allegino i relativi fatti senza limiti preclusivi. Le ambiguità derivano dal fatto che la Cassazione fa riferimento in più occasioni a fatti già risultanti *ex actis*. V. ad esempio l'apertura del par. 6.1.2.: «È pertanto in questa sede da risolvere esplicitamente il problema della rilevabilità d'ufficio della eccezione in senso lato che si fondi su risultanze, pur non prodotte dalla parte interessata, ma comunque disponibili negli atti di causa (in quanto provenienti da produzioni dello stesso attore o di altri convenuti, ovvero da esiti di consulenza tecnica o da dichiarazioni spontanee dei testimoni)». Mettono in luce il fatto che restano irrisolte alcune questioni anche E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio*, cit., 318 s., che afferma: «certo è rimasto aperto il quesito se le nuove allegazioni possano ammettersi anche se i fatti siano, invece, introdotti per la prima volta nel processo e non siano già emergenti dagli atti (come testualmente evidente nella riserva secondo cui non vi è divieto di nuove allegazioni “quantomeno se già documentate *ex actis*”)» e G. MICCOLIS, *L'accertamento dei fatti nel processo di primo e di secondo grado*, in *Judicium*, 2019, par. 3. Per una diversa e più piana lettura della sentenza v., invece, R. ORIANI, *Eccezioni in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, cit., 3500 ss. Infine la sentenza n. 26243/2014, cit., a proposito del rilievo d'ufficio della nullità per la prima volta in appello ha chiarito che il rilievo è sempre possibile, lasciando peraltro in ombra la questione della necessaria previa acquisizione agli atti del relativo fatto.

⁹² Cfr. la giurisprudenza citata nella nota precedente. Sul tema si invia comunque alla recente indagine giurisprudenziale condotta da B. GAMBINERI, *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 701 ss., che, sempre con riferimento alla possibilità di proporre un'eccezione in senso lato per la prima volta in appello, mostra come spesso la Cassazione ne escluda la proposizione quando ciò comporta l'allegazione di fatti nuovi.

⁹³ Cfr., in questo senso, A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991, 73 s.; G. COSTANTINO, *sub art. 17 l. 26 novembre 1990, n. 353, (art. 183 c.p.c. “Prima udienza di trattazione”)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, 70 ss., spec. 73 ss.; E. GRASSO, *Interpretazione delle preclusioni e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 651 s., che precisa: «il divieto non riguarda soltanto le allegazioni, ma anche la proposizione, nelle fasi che seguono la trattazione, di eccezioni in senso lato sollevate su dati sia pure già dedotti nell'ambito di quest'ultima»; F.P. LUISO, *Principio di eventualità e principio della trattazione orale*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, Milano 1993, 205 ss. Di quest'ultimo v. però anche la posizione, più approfondita, espressa in ID., *sub art. 183*, in C. CONSOLO – F.P. LUISO – B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 158 s.

l'osservazione per cui in un sistema caratterizzato dalla rigida scansione in fasi, assicurata dall'operare delle preclusioni e in cui la prima udienza (con le sue eventuali appendici) assume un ruolo importante al fine della razionalizzazione e dell'economia processuale, non si può ammettere un'attività che tale sistema è destinato a scardinare.

In senso contrario si è espressa invece un'altra parte della dottrina, che si è stratificata negli anni ed ha tratto linfa vitale anche dal dato giurisprudenziale e dalla relativa casistica in punto di rilevazione dei fatti operanti senza necessaria intermediazione del potere di parte⁹⁴. Una serie di considerazioni militerebbero a favore di questa conclusione.

In primo luogo il percorso che è sfociato nella l. 353/1990 mostrerebbe l'intenzione del legislatore di aprire alla possibilità per la parte di recuperare fatti dimenticati per errore. Nella fase di dibattito anteriore al d.d.l. Vassalli del 1988, infatti, era stato previsto di tener fermi i fatti storici alle allegazioni proposte negli atti introduttivi del giudizio, previsione che alla fine non è stata inserita nel d.d.l. citato e quindi nella l. 353⁹⁵. In secondo luogo dai principi generali del processo non si potrebbero trarre argomenti in favore della limitazione al potere di allegazione, né alcun limite espresso si rintraccerebbe nel dato positivo⁹⁶. In terzo luogo, se si escludesse la possibilità di allegare i fatti dopo la prima udienza (o l'appendice scritta), si arriverebbe ad una quasi completa eliminazione della differenza fra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato, le prime potendo essere proposte entro la comparsa di risposta e le seconde poco dopo⁹⁷. Al contrario la possibilità di allegare i fatti i.m.e. integranti eccezioni in senso lato consentirebbe

⁹⁴ Cfr., limitando volutamente l'attenzione a coloro che hanno affermato l'insussistenza di preclusioni assertive in primo grado, A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 215 ss., spec. 229; R. ORIANI, voce *Eccezione (Postilla di aggiornamento)*, cit., 4; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano 1996, 420 ss.; G. TARZIA, *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano 2001, 157 ss., spec. 169; G. BALENA, *Le preclusioni nel processo civile di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 276 s.; G. MICCOLIS, *L'accertamento dei fatti*, cit., par. 3.

⁹⁵ Cfr. A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 219 ss.; R. ORIANI, *op. ult. cit.*, 3; ma in senso contrario sul punto v. G. BALENA, *Le preclusioni nel processo civile*, cit., 276 che afferma che dai lavori preparatori paiono trarsi argomenti in punto di limitazione dei fatti storici nella fase preparatoria del processo.

⁹⁶ A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 223 ss., spec. 229; R. ORIANI, voce *Eccezione (Postilla di aggiornamento)*, cit., 4.

⁹⁷ Cfr. R. ORIANI, *Eccezione rilevabile di ufficio*, cit., 133; ID., voce *Eccezione (Postilla di aggiornamento)*, cit., 3.

di temperare il sistema delle preclusioni, che, se interpretato in maniera restrittiva, rischia di condurre a delle storture e allontana il processo dalla verità sostanziale e dunque la sentenza dalla giustizia⁹⁸.

Il problema del rapporto fra allegazione dei fatti e sistema delle preclusioni si è inasprito al punto che alcuni autori hanno messo addirittura in discussione la stessa possibilità di individuare soluzioni valide sul piano sistematico ed hanno invece affermato che la soluzione al problema dell'allegazione dipende dalle scelte di tecnica processuale⁹⁹. In sostanza si è osservato che: a) concedere ad una parte il potere di allegare fatti porta con sé la necessità di attribuire alle altre i poteri di replica, che non consistono nella facoltà di allegare a loro volta fatti contrari, ma piuttosto nel potere di contestarli e soprattutto di proporre le relative istanze istruttorie¹⁰⁰; b) nelle fasi processuali in cui l'esercizio di tali poteri è precluso, non è immaginabile a monte nemmeno la possibilità di presentare nuove allegazioni, altrimenti risulterebbe violato il principio del contraddittorio¹⁰¹. La conclusione che si trae è che il sistema delle preclusioni determina la necessità di costruire un onere di allegazione valevole per tutti i fatti (anche costitutivi non individuatori della domanda e i.m.e. operanti *ipso iure*) agganciato alla fase iniziale del giudizio, quella in cui ancora possono essere esercitati tutti i poteri difensivi¹⁰². Si tratta stavolta di

⁹⁸ Cfr. R. ORIANI, voce *Eccezione*, cit., 268, dove fra l'altro riferisce che in relazione all'art. 4 del Progetto Preliminare Solmi – che prevedeva la segnalazione da parte del giudice alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio di cui ritenesse necessaria la trattazione – fu osservato dai commentatori che il potere di rilievo d'ufficio delle eccezioni garantisce «una preziosa elasticità in un processo dotati di organiche preclusioni». Sul punto v., anche, ID., *Eccezione rilevabile di ufficio*, cit., 133; ID., voce *Eccezione (Postilla di aggiornamento)*, cit., 4. Il discorso comunque sarà ripreso più avanti.

⁹⁹ Si tratta di D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, cit., e C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli 2003.

¹⁰⁰ V. D. BUONCRISTIANI, *op. ult. cit.*, 84, 102 s., 137 s.

¹⁰¹ Cfr. D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, cit., 143 ss.

¹⁰² Cfr. D. BUONCRISTIANI, *op. ult. cit.*, che dopo aver chiarito che un sistema può collocare le preclusioni assertive sia in coincidenza con il passaggio della causa in fase decisoria (quindi nel momento ultimo delle fasi che si svolgono in contraddittorio), sia in un momento anteriore (pag. 170 ss.), ribadisce che il giudice non può rilevare un fatto rimasto silente quando il sistema processuale è organizzato secondo preclusioni strette e rigide, poiché in questo modo si rompe l'ingranaggio. Quindi per stabilire la facoltà del giudice o delle parti di rilevare il fatto silente occorre guardare se la struttura del processo consente alle parti di reagire liberamente all'iniziativa dell'altro soggetto. Ciò che rileva non è tanto l'introduzione del fatto né che sia stato introdotto volontariamente o coscientemente, quanto piuttosto la circostanza che sia stato colorato giuridicamente, con ciò facendo sorgere l'esigenza della difesa di coloro che l'hanno subita. Per giungere a questa conclusione l'Autore ritiene di aver usufruito dei risultati dell'indagine condotta sull'ordinamento francese, dove si è acquisita consapevolezza della distinzione (anche sul piano terminologico) fra fatto e mezzo (termine con cui Buoncrisiani traduce il francese *moyen*), rilevando il secondo sotto il profilo dinamico del processo (pag. 230 ss.).

un onere che ha una giustificazione del tutto diversa rispetto a quella tradizionale, non più figlio del diritto al monopolio sui fatti della parte interessata, ma schiavo del sistema delle preclusioni.

Si tratta di una prospettiva difficilmente condivisibile, in quanto, come è stato osservato, si «rimettono le scelte fondamentali intorno ai contenuti e ai limiti dei poteri del giudice e delle parti non tanto ai valori chiave tradizionali della giustizia della decisione, della signoria delle parti sull'oggetto del processo, e della neutralità del giudice, quanto ad un altro valore, a questi accostato con pari dignità, vale a dire al valore delle "preclusioni" e del "tempo ragionevole" del processo»¹⁰³.

Da quanto si è detto emerge un quadro alquanto ricco di sfaccettature, in cui scelte contingenti in punto di tecnica processuale sembrano in grado di proiettare la propria ombra anche sui più consolidati insegnamenti. Questa sorte è toccata anche al tema dell'oggetto del processo e del giudicato: si è infatti paventata l'idea che quest'ultimo, in un sistema caratterizzato da rigide preclusioni in punto di allegazione dei fatti, possa ridursi alla questione relativa al se da un certo complesso di fatti (quelli appunto effettivamente spendibili nel processo) possa derivare la conseguenza giuridica affermata dall'attore (con accostamento alla concezione tedesca dello *Streitgegenstand* come *Rechtsfrage*¹⁰⁴)¹⁰⁵. In realtà a lunga distanza

L'opera di C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio*, cit. è paragonabile sotto diversi profili a quella di Buoncristiani. In primo luogo ne condivide il metodo: il sistema delle preclusioni diviene criterio interpretativo per stabilire la disciplina dell'allegazione (pag. 71 ss.); in secondo luogo giunge a risultati simili: il modo in cui è concepito l'attuale sistema delle preclusioni (da questo punto di vista non ci sono grosse novità rispetto alla disciplina vigente al momento in cui scriveva l'Autore) impone alle parti di non introdurre elementi di novità dopo il maturare delle preclusioni maturate durante la fase introduttiva (pag. 80 ss.).

¹⁰³ Così E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio*, cit., 324.

¹⁰⁴ V. al riguardo quanto detto *supra*, par. 4.

¹⁰⁵ In questo modo v. soprattutto F.P. LUISO, *sub art.* 183, in C. CONSOLO – F.P. LUISO – B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 140 ss., spec. 142. La posizione è stata rivista e precisata in ID., *Principio di eventualità*, cit., 220, testo e nt. 35, dove afferma di aver mutato avviso rispetto a quanto in sede di commento alla riforma. In questo scritto l'Autore distingue i mezzi di attacco e di difesa classificandoli come concorrenti o dipendenti, a seconda che gli stessi siano o meno la conseguenza dei mezzi dispiegati dall'avversario. Nei sistemi improntati al principio di eventualità le difese concorrenti vanno proposte tutte nella medesima fase, nell'eventualità, appunto, che una risulti inidonea (infondata). L'Autore invece scarta l'idea che il concetto di eventualità faccia riferimento alle difese altrui (nel senso che la parte propone le difese nell'eventualità che la controparte compia un certo atto). Quindi per esemplificare: prima tutti i fatti costitutivi, poi tutte le eccezioni, poi i fatti ostativi alle eccezioni e così via (pag. 207 ss.). Luiso sostiene poi che i processi informati in maniera rigorosa al principio di eventualità mettono capo ad un giudicato stretto (sulla *Rechtsfrage* e non sul diritto soggettivo; cfr. pag. 212 s., 228). Tuttavia poi precisa che anche in un processo caratterizzato dalla preclusioni, se esiste una fase (anche circoscritta) in cui le parti possono liberamente aggiungere o modificare le allegazioni fatte in

dall'introduzione di quel sistema di preclusioni, l'esperienza applicativa ha dimostrato come il sistema ha retto conservando la costruzione dell'oggetto del processo e del giudicato intorno al diritto soggettivo. Tuttavia è opportuno ricordare il rischio che si corre nel creare un giudizio con un ingresso stretto e un'uscita ampia: quello di compromettere il principio di effettività della tutela¹⁰⁶. È quindi sempre necessario che la disciplina di svolgimento del giudizio contenga valvole di sicurezza che permettano alle parti di aggiustare il tiro, ricordando che l'iniziale incompletezza delle allegazioni non è necessariamente il frutto di errori in cui è incorsa la parte o il suo difensore, ma può derivare dalla circostanza che la precisa determinazione dei temi della lite si sviluppa all'interno della dialettica processuale, poiché rappresenta un'«ingenuità» pensare che «*in limine litis* le parti hanno in mano tutto quanto serve alla loro difesa»¹⁰⁷. Il sistema, dunque, deve in qualche modo prevedere momenti in cui possono essere introdotti nuovi fatti durante il corso di svolgimento del processo (primo e secondo grado). Si tratta solo di trovare il punto di equilibrio tra questa esigenza e quella di assicurare uno svolgimento ordinato, che oltre a favorire l'efficienza e la ragionevole durata, protegge le parti anche dal rischio di vedersi disorientare da continue novità introdotte dagli avversari. Escludere in radice la sussistenza di preclusioni assertive, peraltro, non pare compatibile con il percorso di riforme sul rito che il legislatore ha intrapreso

precedenza, come conseguenza dello sviluppo della dialettica, il processo resta nel complesso soggetto al «principio della trattazione orale» e quindi è consentito conservare le tradizionali nozioni di oggetto del processo, della sentenza e del giudicato (cfr. pag. 219 s., 225 s.). Sul punto si vedano anche le considerazioni svolte da A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 133 ss.; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 88 ss., spec. 94 s.; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, cit., 96 ss.

¹⁰⁶ V. al riguardo B. GAMBINERI, *Mutatio ed emendatio libelli*, cit., 712 ss., che, nell'interrogarsi sui limiti delle nuove allegazioni in appello, afferma: «l'ampiezza che il giudicato e di pari passo la preclusione da dedotto e deducibile vanno assumendo e la corrispondente erosione della possibilità offerta alle parti di aprire un secondo processo per rimediare ad un proprio errore, dovrebbe indurre gli operatori, mossi dall'intento di offrire adeguato spazio al principio di effettività della tutela, a muoversi in direzione opposta rispetto a quella attuale e spingere affinché alle parti venga offerta la possibilità di portare davanti al giudice dell'appello tutto ciò che non possono più portare davanti ad un nuovo giudice».

¹⁰⁷ Così A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 135 ss. dove si trovano anche le parole virgolettate. Considerazioni simili sono svolte anche da B. GAMBINERI, *op. loc. ult. cit.*, e da C. CONSOLO, *Le proposte «Vassalli» di riforma del c.p.c.: note sulla disciplina della sentenza e delle sue fasi di gravame*, in *Giust. civ.*, 1989, II, 207, nt. 21.

negli ultimi anni e sta continuando a intraprendere¹⁰⁸, il quale ha proprio di mira la riduzione del tempo del giudizio e la razionalizzazione delle attività processuali.

Una soluzione ragionevole può essere allora quella proposta da una parte minoritaria della dottrina all'indomani dell'emanazione della l. 353/1990. «Dopo lo scadere delle preclusioni, la deduzione di fatti principali da cui scaturiscono questioni rilevabili d'ufficio non è più concessa alle parti. Fatti di tal genere potranno peraltro risultare *aliunde*, e cioè, visto il divieto di scienza privata del giudice, da atti di acquisizione probatoria (dichiarazioni spontanee di testimoni o risultati della consulenza tecnica, ad esempio), ovvero dal notorio»¹⁰⁹. In sostanza, è ben possibile che sia prevista una decadenza per la parte per proporre le proprie allegazioni, ma poi i fatti possono in qualche altro modo entrare nel processo ed essere perciò comunque acquisiti e dunque utilizzati dal giudice¹¹⁰.

Occorre al riguardo svolgere delle precisazioni che corroborano la ragionevolezza di questa soluzione.

Non ha senso attribuire alla parte il potere di introdurre nel processo un fatto nuovo – inteso come non risultante già dagli atti – senza fornirle anche i poteri consequenziali. Ciò non tanto perché questa attività rischia di per sé sola di compromettere le esigenze di speditezza sopra ricordate, quanto perché se non è corredata dai relativi poteri istruttori, si traduce in una facoltà in molti casi inutile.

¹⁰⁸ Sul punto, per quanto riguarda gli obiettivi della riforma del processo civile introdotta con la l. delega n. 206/2021 e poi con il d.lgs. 149/2022, cfr., soprattutto, I. PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, in *Politica dir.*, 2021, 573 ss., anche sul tema della funzione delle preclusioni nell'assicurare il raggiungimento degli obiettivi che il legislatore si è prefissato; P. BIAVATI, *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 45 ss. V. ancora S. BOCCAGNA, *Le norme sul giudizio di primo grado nella delega per la riforma del processo civile: note a prima lettura*, in *DPCIEC*, 3, 2022, 264.

¹⁰⁹ Così S. CHIARLONI, *sub art. 17 l. 353/1990*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 1992, 175 ss., spec. 178 ss. (virgolettato a pag. 179), il quale peraltro aggiunge che un inconveniente potrebbe derivare dall'incoerenza del sistema laddove prevede[va] la libera produzione dei documenti in ogni tempo, in quanto attività [allora] considerata sciolta dalle preclusioni istruttorie, mentre invece consente [consentiva] l'allegazione solo entro la fase introduttiva. Tale problema non ha più ragione di porsi alla luce della circostanza che ad oggi anche la prova documentale è soggetta pacificamente alle preclusioni istruttorie. La stessa soluzione è proposta anche da F.P. LUISO, *sub art. 183*, in C. CONSOLO – F.P. LUISO – B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 158 s.

¹¹⁰ L'eliminazione dell'inciso «ferma l'allegazione dei fatti storici» mantiene, anche in questa impostazione un suo significato eziologico, ossia come espresso rifiuto del c.d. onere di allegazione dei fatti, che potrebbero dunque fare ingresso nel processo anche tramite una prova e non solo per mezzo dell'allegazione. Inoltre, la rilevazione officiosa mantiene, come a breve si vedrà nel testo, la funzione di temperamento al sistema di rigide preclusioni.

Immaginiamo che Tizio, una volta esaurita la fase introduttiva in primo grado, trovi un documento da cui risulta che il defunto padre ha pagato il credito per cui è stato citato in giudizio¹¹¹, se gli si consente di eccepire l'adempimento, ma gli si vieta di produrre il documento (naturalmente quando si fuoriesca dalle ipotesi di rimessione in termini), basterà all'attore contestare il fatto per bloccare la strada all'operare dell'eccezione medesima.

Discorso diverso vale invece per l'attività con cui viene attribuita rilevanza giuridica dalla parte ad un fatto operante *ipso iure*, già acquisito al processo. Qui la parte ha interesse, anche dopo la chiusura della fase introduttiva, ad utilizzare a proprio favore quel fatto che è emerso dagli atti – in particolare dalle prove. In questa ipotesi, peraltro, non avrebbe senso consentire che il rilievo possa avvenire solo da parte del giudice, in quanto comunque alla parte – se non dotata di un esplicito potere – basterebbe sollecitare quest'ultimo a svolgere la propria attività officiosa.

Se invece si ritiene che all'allegazione dei fatti debba sempre corrispondere l'attribuzione di poteri istruttori¹¹², bisogna escludere che l'allegazione possa essere svolta lungo tutto il tempo di svolgimento del processo di primo grado, poiché ciò comporterebbe il rischio di pesanti regressioni del processo, incompatibili con i valori scelti dal sistema, e potrebbe anche indurre il convenuto ad adottare atteggiamenti dilatori.

Questo non significa che la facoltà di introdurre fatti nuovi debba essere e sia in effetti respinta del tutto dalla legge. È possibile – e anzi opportuno, come si è detto – che siano previste delle valvole di sfogo. In particolare è da condividere la tesi che afferma che le nuove allegazioni siano da ritenersi escluse dal divieto dei *nova* in appello. L'art. 345, comma 2, c.p.c., che proibisce la *proposizione* di eccezioni in senso stretto e quindi – *a contrario* – autorizza quella delle eccezioni in senso lato, dovrebbe essere inteso nel senso che le parti possano non solo attribuire rilevanza giuridica a fatti già allegati in primo grado, ma anche che possano allegare

¹¹¹ L'esempio è di G. MICCOLIS, *L'accertamento dei fatti*, cit., par. 3 che infatti nel consentire l'allegazione tardiva ammette anche la produzione del documento.

¹¹² E così deve essere: v., in dottrina, B. GAMBINERI, *Dell'appello*, cit., 504 ss.; EAD., *Mutatio ed emendatio libelli*, cit., 707 s., 713; E. MERLIN, *Eccezioni rilevabili d'ufficio*, cit., 324 ss., spec. 325 testo e ntt. 107-108, anche per ulteriori riferimenti.

per la prima volta i fatti i.m.e. operanti *ipso iure* (e, come detto, proporre le relative richieste istruttorie)¹¹³. Come è stato osservato, un sistema di questo genere (che vede cioè chiuso un potere nel corso del primo grado e poi riaperto in grado d'appello) ha una sua logica dal momento che la sentenza di prime cure nasce provvisoriamente esecutiva (addirittura *ex lege*). Tale circostanza, infatti, è sufficiente a scongiurare il rischio di comportamenti opportunistici della parte (che difficilmente adotterà strategie dilatorie quando corre il rischio di essere condannata con una sentenza suscettibile di esecuzione)¹¹⁴.

Si è svolto il discorso con riferimento ai fatti i.m.e. operanti senza l'intermediazione del potere di parte; si tratta a questo punto di capire se problemi analoghi si pongono anche con riferimento ai fatti costitutivi, naturalmente quelli non individuatori dell'oggetto del processo (questi ultimi non potrebbero essere rilevati d'ufficio dal giudice perché, com'è evidente, ciò comporterebbe violazione del principio della domanda). Si tratta in sostanza dei fatti costitutivi concorrenti di diritti autodeterminati. Qui la questione si pone per lo più nel giudizio d'appello, posto che in primo grado, quando è l'attore ad allegare i fatti costitutivi, è *espressamente* prevista una preclusione (la prima memoria ex art. 171-ter c.p.c. o, nel vecchio rito, la prima memoria ex art. 183, comma 6, c.p.c.) per l'*emendatio libelli* (la modifica del fatto costitutivo di un diritto autodeterminato è tipico esempio di *emendatio libelli*)¹¹⁵. In appello, per le stesse ragioni esposte sopra, pare

¹¹³ B. GAMBINERI, *Dell'appello*, cit., 481 ss., spec. 494 ss.; EAD., *Mutatio ed emendatio libelli*, cit., 707 s., 713 ss.; E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 310 alle quali si rinvia anche per riferimenti di giurisprudenza e dottrina; C. CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio*, cit., 157 ss.

¹¹⁴ Cfr. B. GAMBINERI, *Dell'appello*, cit., 494, 499 s. dove si trovano ulteriori riferimenti di dottrina; EAD., *Mutatio ed emendatio libelli*, cit., 712; C. CONSOLO, *Le proposte «Vassalli»*, cit., 200.

¹¹⁵ V., al riguardo, le osservazioni di G. BALENA, *Le preclusioni nel processo civile*, cit., 276 s.: «sulla portata di siffatta questione è bene intendersi. Non si può trascurare, infatti, che una rilevantissima limitazione all'introduzione di fatti nuovi discende innegabilmente dal [testo dell'allora] 4° e 5° comma dell'art. 183; nel senso che, se si tratta di fatti cosiddetti principali (ossia costitutivi, estintivi, impeditivi o modificativi del diritto dedotto in giudizio) la cui allegazione implica la proposizione di domande o di eccezioni nuove, o anche la mera «modificazione» delle domande e delle eccezioni proposte con gli atti introduttivi, l'allegazione medesima sarà consentita, in linea di principio, solamente nei termini e alle condizioni indicate nel medesimo art. 183 (che esamineremo più avanti) e resterà preclusa, invece, nel prosieguo del giudizio. Ciò non toglie, però, che, se si esclude l'esistenza della preclusione generale di cui discorrevo poc'anzi, è possibile individuare almeno due categorie di fatti la cui allegazione sfugge alla disciplina dell'art. 183: i fatti estintivi-impeditivi-modificativi che integrino eccezioni in senso lato, cioè rilevabili d'ufficio, e i fatti cosiddetti secondari».

opportuno ammettere tale modifica¹¹⁶. Nei casi – non molto frequenti nella pratica – in cui invece il fatto costitutivo emerge *aliunde*, e cioè non tramite l'allegazione dell'attore, vale invece, anche per il primo grado, quanto si è detto per le eccezioni in senso lato.

7. (Segue) L'oggetto della cognizione è rappresentato da tutti i fatti acquisiti al processo a cui la parte o il giudice ha attribuito rilevanza giuridica. Il giudice, quando dubita dell'esistenza dei fatti operanti *ipso iure*, ha il dovere di rilevarli

In base a quanto si è detto nei paragrafi precedenti risulta che il materiale processuale oggetto della cognizione del giudice è rappresentato da tutti i fatti acquisiti al processo. Più in particolare:

a) per quanto riguarda i fatti costitutivi individuatori del diritto dedotto in giudizio si tratta di quelli necessariamente allegati dall'attore (o dal convenuto se è stata proposta azione di accertamento negativo¹¹⁷);

b) per quanto riguarda i fatti costitutivi non individuatori del diritto dedotto in giudizio si tratta dei fatti allegati dall'attore (con l'atto di citazione e fino alla prima memoria *ex art. 173 bis c.p.c.*) oppure di quelli emergenti *ex actis* e rilevati dalle parti o dal giudice;

c) per quanto riguarda i fatti i.m.e. operanti solo a seguito dell'intermediazione del potere di parte (le eccezioni in senso stretto) si tratta perlopiù di fatti allegati dal convenuto (nella comparsa di risposta) oppure – raramente – di fatti allegati inconsapevolmente dall'attore e a cui il convenuto ha attribuito rilevanza giuridica (altrimenti il giudice non potrebbe tenerne conto);

d) per quanto riguarda i fatti i.m.e. operanti automaticamente, ossia senza la necessaria intermediazione del potere di parte, si tratta di fatti allegati dalle parti nel rispetto delle preclusioni assertive (ossia in primo grado entro la prima

¹¹⁶ In questo senso v. B. GAMBINERI, *Dell'appello*, cit., 414 ss, 498; EAD., *Mutatio ed emendatio libelli*, cit., 692 ss., spec. 698, alla cui analisi sul punto si rinvia.

¹¹⁷ Per approfondimenti sull'ipotesi dell'azione di accertamento negativo v. *infra*, Cap. 2, par. 5.2.

udienza o, nel vecchio rito, entro l'appendice scritta, oppure per la prima volta in appello) o dei fatti entrati in altro modo nel processo in qualsiasi momento e a cui le parti o il giudice hanno attribuito rilevanza giuridica.

Solo nel caso *sub a)* l'allegazione dei fatti fissa il perimetro non solo dell'oggetto della cognizione ma dello stesso oggetto del processo. In tutti gli altri casi l'acquisizione dei fatti incide solamente sul primo di essi¹¹⁸.

Come è noto, Fabbrini ha fatto uso dell'espressione «semplificazione della fattispecie» con riferimento alle allegazioni per precisare che sul piano processuale non necessariamente il giudice procede allo scrutinio della fattispecie i.m.e. una volta accertata quella costitutiva: a chi invoca tutela non è chiesto altro che allegare i fatti costitutivi del diritto da tutelare. L'Autore aggiunge che finché ad oggetto del processo sarà posto il diritto soggettivo, si troverà sempre nel procedimento un momento atto a recuperare l'integrità della fattispecie¹¹⁹. Merlin ha affermato che se questo è vero nell'ottica del soggetto agente, non lo è nell'ottica del giudice, per il quale la semplificazione della fattispecie opera solo rispetto alle eccezioni in senso stretto, su cui appunto non si estende la cognizione del giudice in assenza dell'intermediazione della parte interessata¹²⁰.

Resta dunque un punto da chiarire. Il potere del giudice di rilevare d'ufficio le questioni è una mera facoltà, nel senso che può anche astenersi dal suo esercizio, o è invece un potere-dovere?

¹¹⁸ V., al riguardo, G. FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., 278: «in ogni caso, e quindi anche nel secondo indicato [quello in cui l'eccezione ha ad oggetto non un mero fatto ma un fatto-diritto, ossia una situazione giuridica pregiudiziale], l'eccezione come tale non opera sui limiti oggettivi della decisione, ma influisce indirettamente sul suo contenuto, operando direttamente sui limiti della cognizione»; l'Autore poi prosegue «che nel secondo caso la vicenda avviata con l'esercizio dell'eccezione da parte del convenuto possa sboccare in un accertamento incidentale ai sensi e per gli effetti dell'art. 34 c.p.c. è senz'altro vero; ma è altrettanto vero che sarebbe frutto e fonte di confusione identificare l'eccezione col potere di provocare l'accertamento incidentale. Esempio, ancora una volta, la disciplina positiva dell'eccezione di compensazione: è la contestazione dell'attore circa il credito del convenuto, non l'eccezione di costui relativa all'estinzione del credito altrui, che mette in moto il meccanismo dell'accertamento incidentale»; ID., voce *Eccezione*, 3; G. VERDE, *Domanda (principio della)*, cit., 7.

¹¹⁹ G. FABBRINI, voce *Eccezione*, in *Enc. giur.*, XII, Roma 1989, 1 ss.

¹²⁰ Cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 347 ss., testo e note, spec. nt. 265, dove l'Autrice afferma di dissentire da Fabbrini, il quale ricostruisce la semplificazione della fattispecie rispetto a tutti i fatti i.m.e., in quanto per il giudice la semplificazione è solo rispetto alle eccezioni in senso stretto. Merlin ritiene che ciò che impedisce in questo caso al giudice di estendere la cognizione anche su queste ultime è la circostanza che il convenuto non ha attribuito loro rilevanza giuridica, cioè non le ha messe in connessione con il fatto (cfr. pag. 344 ss.).

L'idea della dottrina più risalente – talvolta inespressa ma comunque presupposta – pare quella per cui il giudice avrebbe un dovere di rilevare i fatti operanti *ipso iure*¹²¹. Di recente, invece, si è messo in dubbio che un tale obbligo sussista¹²². Questa conclusione è stata da taluno così giustificata: se esistesse un obbligo per il giudice di accertare tali fatti, il sistema delle preclusioni non avrebbe ragione di esistere, dal momento che ogni volta che una parte avesse dimenticato di esercitare un proprio potere in tempo, potrebbe stimolare il giudice a esercitare il potere officioso, ottenendo così gli stessi risultati che avrebbe ottenuto se non fosse incorsa nella decadenza¹²³. L'argomento non pare molto convincente se riferito all'introduzione dei fatti nel processo. La rilevazione officiosa di un'eccezione, ove consentita, opera su di un piano diverso rispetto alla preclusione, che attiene invece al momento dell'allegazione¹²⁴. Se la parte interessata non introduce essa stessa nel processo un fatto, sopporta il rischio che questo non vi faccia mai più ingresso e di conseguenza che il giudice non possa mai rilevarlo. Perciò, qui, non è vero che la parte può rimediare alla propria negligenza sollecitando il giudice ad esercitare il suo potere-dovere, poiché questo è relativo alla sola rilevazione e non anche all'introduzione dei fatti nel processo – fatti salvi, forse, quelli notori. Inoltre non pare che sia tenuta in debita considerazione la distinzione fra rilevazione di una questione e decisione della medesima (su cui si tornerà a breve).

¹²¹ Cfr. G. FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., 256 s., 268; ID., *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1985, XXXIV, 728; V. DENTI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, 678.

¹²² Cfr. M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino 1996, 106 ss., che, nella ricerca di un criterio distintivo fra fatti costitutivi e fatti i.m.e. ha sostenuto che i primi sono quelli che il giudice deve accertare, mentre i secondi sono quelli rispetto ai quali non opera un obbligo di tale specie; A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 628 s. Sul punto cfr. anche D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 19 s. che propone di utilizzare la distinzione dallo stesso elaborata fra tema e questione pregiudiziale (la seconda è il tema divenuto problematico non per effetto della contestazione ma per effetto del rilievo o dell'eccezione) per stabilire quando sorge in capo al giudice il dovere di decidere.

¹²³ Cfr. M. FORNACIARI, *op. ult. cit.*, 111 ss., testo e nt. 218; l'Autore fa l'esempio dei poteri istruttori d'ufficio nel processo del lavoro o delle ipotesi in cui il legislatore prevede dei poteri di rilievo che non si estendono per tutto l'arco del processo, limitandoli, ad esempio, solo al primo grado. In questo caso avverso il mancato uso del potere la parte potrebbe sempre proporre impugnazione, con la conseguenza di superare il limite stabilito dal legislatore.

¹²⁴ Per le eccezioni in senso stretto, invece, dove la rilevazione officiosa non è consentita, è prevista una preclusione per la proposizione, e dunque anche per l'attribuzione della rilevanza giuridica, in capo alla parte. Lo stesso si dica per i fatti costitutivi individuatori che devono essere allegati con l'atto introduttivo; in questo caso però non per l'operare di un meccanismo di preclusione ma perché sono elemento imprescindibile dell'*editio actionis*.

È stato poi affermato da altri che il mancato dovere di rilievo si configurerebbe solo al momento in cui l'eccezione risulta fondata¹²⁵. In questo modo però non sembra si risolva il problema. Come fa il giudice prima della decisione a sapere se l'eccezione risulterà fondata o meno? Questo argomento può essere utilizzato per escludere il dovere di motivazione sul punto, ma non quello di esercizio del potere di rilievo¹²⁶.

Per stabilire allora quando il giudice ha l'obbligo di rilevare una questione (di merito, come di rito), non resta che far riferimento alle ipotesi in cui egli *dubiti* della sussistenza del fatto i.m.e. (o della carenza del requisito processuale) operante *ipso iure*¹²⁷. Viene in soccorso in proposito la distinzione, adottata dalla giurisprudenza europea¹²⁸ e interna¹²⁹, fra rilevazione di un'eccezione e suo accertamento (o dichiarazione). Se il giudice sospetta che l'eccezione potrà costituire motivo di

¹²⁵ Così A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 628 s., secondo il quale l'obbligo del giudice di sollevare una questione di rito d'ufficio sussiste solo quanto manca un requisito processuale. L'Autore cita a supporto la dottrina e alcune disposizioni di legge che con riferimento ai presupposti processuali parlano di rilievo della loro «mancanza». Al netto di quello che si dirà nel testo, questo argomento – si potrebbe dire – «letterale» non sembra molto forte.

¹²⁶ È un punto toccato anche da M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 112 ss., testo e nt. 219. L'Autore afferma che se anche si ritenesse che il giudice ha il dovere di rilevare le eccezioni in senso lato, ugualmente, si dovrebbe concludere che non ha poi il dovere di motivare a riguardo. Infatti, se un tale obbligo sussistesse, occorrerebbe ritenere che la stragrande maggioranza delle sentenze sono nella prassi viziate. Successivamente prosegue riprendendo l'idea per cui un tale obbligo ricorre quando il fatto i.m.e. sussiste, non quando non sussiste.

¹²⁷ Questa soluzione viene solitamente riferita alle questioni pregiudiziali di rito, ma la ratio sottesa è la stessa e cioè individuare i presupposti dell'attivazione del potere officioso del giudice. Si ritrova soprattutto nella dottrina tedesca: cfr. F. LINDACHER – W. HAU, *sub § 56, Prüfung von Amts wegen*, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶, I, Monaco 2020, Rn. 2, dove appunto si dice che l'obbligo di procedere con la verifica d'ufficio sussiste quando vi siano fondati indizi che fanno dubitare della sussistenza dei presupposti processuali («Die Pflicht zur Amtsaufklärung setzt erst dann ein, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel am Vorliegen der Sachentscheidungsvoraussetzungen wecken»; corsivo aggiunto); B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Gottinga 1966, 156.

¹²⁸ Il riferimento è alla sentenza resa dalla CGUE del 4 giugno 2009, C-243/08, caso *Pannon*, in *Contratti*, 2009, con nota di S. MONTICELLI. Con riferimento alle nullità di protezione poste a tutela del consumatore contro le clausole abusive, la Corte aveva avuto modo di precisare che il giudice è obbligato a rilevare d'ufficio il profilo di nullità, a interpellare la parte interessata sull'intenzione di farlo valere, dopodiché, solo in caso di decisione positiva del consumatore, a pronunciarsi sulla nullità stessa.

¹²⁹ Cfr. Cass., sez. un., 26242/2014, cit., che ne ha parlato con riferimento all'eccezione di nullità. V. in particolare §§ 3.15, 5.16, dove si dice: «All'esito della ricognizione che precede, possono affermarsi i seguenti principi: La nullità deve essere sempre oggetto di RILEVAZIONE/INDICAZIONE da parte del giudice; La nullità può essere sempre oggetto di DICHIARAZIONE/ACCERTAMENTO da parte del giudice» (enfasi nel testo della pronuncia).

decisione, occorre che nel corso del procedimento la sottoponga alle parti¹³⁰. Quand'è che invece il giudice deve procedere alla dichiarazione è tema che sarà oggetto dell'analisi dei prossimi paragrafi e soprattutto del successivo capitolo¹³¹.

8. L'idoneità a definire il giudizio come parametro alla cui stregua individuare le questioni che possono costituire motivo di decisione

Chiarito come entrano nel processo i fatti e come viene loro attribuita rilevanza giuridica, occorre chiedersi come il giudice utilizza il materiale processuale ai fini della decisione e cioè quali questioni deve sciogliere per giustificare la decisione.

Preliminarmente è necessario porre un chiarimento sulla terminologia. Al di là delle classificazioni fra questioni di rito e di merito¹³², di fatto e di diritto¹³³,

¹³⁰ Cosa succede se però il giudice non procede con la rilevazione? Non si ha qui a ben vedere un problema di assorbimento di una questione da risolvere con gli strumenti dell'impugnazione incidentale o della riproposizione. La soluzione è che il potere del giudice di procedere con il rilievo resta aperto anche, eventualmente, nei gradi successivi e le parti conservano il potere di sollecitare il giudice in tal senso.

¹³¹ Cfr. par. successivo sul tema dell'assorbimento in generale e Cap. 2, parr. 5 ss. sulle specifiche ipotesi in cui il giudice può utilizzare un solo motivo per fondare la decisione.

¹³² Si può tracciare la differenza fra merito e rito, in maniera sintetica ma abbastanza efficace, nei seguenti termini: il primo riguarda le questioni che sono regolate dal diritto sostanziale e che dunque attengono al diritto soggettivo di cui è chiesta tutela giurisdizionale proprio tramite la domanda dell'attore, mentre il secondo riguarda le questioni che sono regolate dal diritto processuale e che dunque non sono oggetto di domanda di parte. All'interno di queste ultime la grossa bipartizione è fra questioni relative ai requisiti di forma-contenuto degli atti processuali e questioni relative ai requisiti extraformali relativi alle parti o al giudice. Questo il classico insegnamento di E. ALLORIO, *Per la chiarezza di idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Problemi di diritto*, I, Milano 1957, 207, nt. 7; ID., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento*, cit., 121 ss. Più di recente sulla distinzione fra rito e merito v. A. CHIZZINI, voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, XVIII, Torino 1998, 263; D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 81 ss.

¹³³ Con un certo grado di approssimazione può intendersi per questione di fatto quella riguardante il problema della conoscenza dei fatti giuridici rilevanti e per questione di diritto quella riguardante a) l'inquadramento di una fattispecie giuridica all'interno di una norma oppure b) l'interpretazione di una norma. Sulla distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto v. M. TARUFFO, voce *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 2 ss.; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, I, Torino 2005, 152 ss.; D. DALFINO, *Questioni di diritto*, cit., 5, 17 ss., 100 ss. Quest'ultimo Autore (pag. 67 ss.), tuttavia, nell'interrogarsi sulla forma e sul contenuto dei provvedimenti sul merito, conclude affermando che le questioni di diritto possono essere ricondotte all'interno del *genus* questioni preliminari e che dunque alle prime può essere applicata la disciplina dettata dal codice per le seconde. In questo modo, sotto il profilo considerato, sfuma la distinzione fra *quaestio facti* e *quaestio iuris*. Si veda inoltre P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli 1965, 18 ss., il quale chiarisce che il giudizio di fatto, che lo si intenda come riferito all'individuazione dei singoli fatti rilevanti descritti dalle norme giuridiche

occorre sottolineare che l'espressione stessa «questione» è utilizzata nel linguaggio giuridico con plurimi significati. Nell'ambito di questo studio interessa impiegarla nella sua accezione di «tema della lite», piuttosto che come sinonimo di «punto controverso»¹³⁴. L'elemento della contestazione, infatti, rileva sotto il profilo probatorio dei fatti, ma non sotto quello decisorio, nel senso che il giudice può basare la propria statuizione tanto su un fatto pacifico, quanto su uno controverso.

ovvero all'individuazione dell'insieme dei fatti che alla stregua di una norma sono suscettibili di produrre effetti giuridici – c.d. *Tatbestand* –, non può essere tenuto completamente separato dal giudizio di diritto; cfr., in particolare, pag. 22: «tale distinzione [quella tra giudizio di fatto e giudizio di diritto] sarebbe contraria alla sostanziale realtà delle cose: in realtà, infatti, non può il giudice scegliere tra i diversi fatti semplici che ha dinanzi a sé quelli che ho chiamati gli *estremi della fattispecie*, se non facendo fin da principio un giudizio di diritto sulla importanza giuridica di ciascuno, allo scopo di costruire una fattispecie che abbia un significato giuridico; inoltre il giudice in questo lavoro di cernita dei singoli giudizi di fatto, deve continuamente avere presente, quasi pietra di paragone, qual è l'effetto giuridico che la parte pretende, per dare importanza solo ai fatti che con simile effetto possano aver relazione». E ancora si consideri quanto affermato da G. FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., 255, nt. 8 secondo cui «al giudice, il fatto non si presenta mai come nuda entità storica, come mero accadimento materiale, ma sempre come fatto giuridico, come fatto qualificato da una norma e capace, proprio perché qualificato dalla norma, di produrre determinate conseguenze giuridiche. Ne consegue che la rigida contrapposizione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*, che crediamo di poter impiegare come utile strumento chiarificatore, presenta senz'altro qualcosa di convenzionale». Si può osservare che il giudice risolve la *quaestio iuris* non solo quando individua la norma da applicare alla fattispecie nel complesso, ma ogni volta che qualifica giuridicamente un fatto (costitutivo o i.m.e.); da ciò consegue che nel corso del giudizio risolve più questioni di diritto. Ai fini del presente studio non è necessario approfondire ulteriormente la distinzione: d'ora in avanti e salvo specificazioni, riferendosi ad una questione relativa a un fatto costitutivo, impeditivo, modificativo o estintivo o alla fattispecie giuridica, si intenderà una questione che può riguardare tanto il profilo fattuale puro quanto quello di diritto, a prescindere dalla preponderanza assunta nel singolo caso dall'uno o dall'altro.

¹³⁴ Che sia lo stesso codice ad utilizzarla in questo significato è dimostrato chiaramente dall'art. 171 *bis*, comma 1 c.p.c. quando dice che «il giudice (...) indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione». Rispetto all'art. 183, comma 4 c.p.c. (sede in cui era collocata la previsione appena richiamata sino all'entrata in vigore del d. lgs. 149/2022) è stato giustamente osservato che «un tema può assurgere a questione prima che le parti abbiano modo di interloquire e palesare il loro eventuale disaccordo. Ciò conferma che la questione non postula necessariamente una controversia sullo specifico tema sotteso». Così si esprime D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 16 s., testo e nt. 19 da cui vengono le parole virgolettate, il quale propone di utilizzare questione come «tema problematico», che il giudice deve valutare in quanto giunto alla sua attenzione a seguito della proposizione dell'eccezione di parte o a seguito del rilievo d'ufficio; nello stesso senso anche D. DALFINO, *Questioni di diritto*, cit., 29 s. e prima V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali (nel processo civile)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino 1997, 161; E. FAZZALARI, *Processo e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 7, nt. 24. Se poi si vuole distinguere la questione non controversa da quella controversa, la terminologia di riferimento è quella di F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna 1904, rist. 1963, 137 ss., che definisce la prima «punto pregiudiziale» e la seconda «questione pregiudiziale» (a queste si aggiunge la «causa pregiudiziale» che è quella questione che può costituire oggetto di cognizione autonoma da parte di un altro giudice). La terminologia di Menestrina è ripresa da G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 1153 ss., spec. 1158.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 61 ss.

Ciò chiarito, ci si chiede, in primo luogo, quali questioni sono suscettibili di trasformarsi, una volta sciolte, in motivo di decisione¹³⁵.

Come noto, l'art. 187, comma 2, c.p.c. afferma che il giudice «può rimettere le parti al collegio affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, solo quando la decisione di essa può definire il giudizio». A questa norma si collega l'art. 279, comma 2, nn. 2 e 4 c.p.c., dove è prevista la decisione fondata su un solo motivo, definitiva o non definitiva a seconda della soluzione data alla questione stessa.

La dottrina che ha approfondito il tema, in particolare con riferimento al possibile contenuto delle sentenze non definitive, ha affermato che il carattere della preliminarità di una questione non consiste in altro se non nella sua idoneità a definire il giudizio¹³⁶.

¹³⁵ Per quanto attiene invece all'influenza delle questioni nella determinazione della portata oggettiva del giudicato si rinvia a quanto si dirà *infra*, Cap. 3, par. 6 ss.

¹³⁶ In questo senso cfr. V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, 676 ss., spec. 678; ID., *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 215 ss.; ID., voce *Questioni pregiudiziali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1997, 159 s.; L. MONTESANO, *Sentenza parziale su questione di merito non «preliminare» di domanda indivisibile*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, 331; A. CERINO CANOVA, *Sul contenuto delle sentenze non definitive di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 254 s.; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., 257; D. DALFINO, *Questioni di diritto*, cit., 80 ss., Solo apparentemente difforme, ma in realtà conforme nei risultati, pare anche la posizione di A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova 1975, 191 ss., il quale afferma che, quando l'art. 187, comma 2 c.p.c. prevede che il giudice istruttore possa rimettere le parti al collegio per la decisione di una questione preliminare e potenzialmente idonea a definire il giudizio, non ribadisce due volte lo stesso concetto. Il termine «preliminare» serve ad indicare solamente l'antecedenza dell'esame della questione. Il legislatore vuole evitare che si svolga un'istruttoria inutile, quando la causa può essere risolta senza che si debba prima procedere all'assunzione di mezzi di prova. (cfr. pag. 194 s.: «il carattere che contraddistingue una questione come preliminare o avente carattere preliminare a norma dell'art. 187, 2° comma, cit. può ritenersi che sussista quando la sua soluzione si ponga come un momento dal quale dipenda la stessa possibilità (sotto il profilo della rilevanza o della utilità) di procedere all'assunzione di mezzi di prova relativamente ad altra questione non matura per la decisione»). In sostanza la peculiarità della ricostruzione di Attardi sta nell'aver calcato la mano sul collegamento fra la preliminarità e la superfluità dell'istruttoria. Tuttavia resta il fatto che le questioni rispetto alle quali può essere rimessa anticipatamente la causa sono quelle idonee a definire il giudizio.

Tema diverso, su cui si è discusso, è quello relativo al se le uniche questioni suscettibili di formare oggetto di sentenza non definitiva siano quelle dotate dell'idoneità a definire il giudizio (il punto è stato messo in luce da A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 249 ss., testo e ntt. 2 e 7). In particolare L. MONTESANO, *op. loc. ult. cit.*, ha affermato che le questioni potenzialmente idonee a definire il giudizio non costituiscono l'unico contenuto possibile delle sentenze «parziali» (pag. 331: «l'attuale art. 279 consente la sentenza parziale non solo su questioni «preliminari», cioè potenzialmente definitive di tutta la causa (ad es., quando sia giudicata una eccezione di prescrizione o di carente interesse o legittimazione *ad causam*), ma pur quando il giudice, investito dell'esame unitario di una domanda, ritenga possibile, allo stato del processo, risolvere e precludere ogni contestazione su singoli aspetti della stessa domanda, ancorché non decisivi sul se, sul come o sul quanto del suo accoglimento o rigetto (ad es. - ed è proprio il caso in esame - quando il Tribunale

Le questioni preliminari, dunque, non vanno intese come altro e precedente (in senso logico o cronologico) rispetto ad un ipotetico merito, distinto e autonomo: quest'ultimo è soltanto l'insieme delle singole questioni che possono diventare oggetto della decisione. Del resto la correttezza di tale enunciato è dimostrata anche dalla formulazione del testo normativo. Mentre il comma 3 dell'art. 187, quando parla delle pregiudiziali di rito, chiude con l'affermazione «ma [il giudice] può anche disporre che siano decise unitamente al merito», il comma 2 non separa la questione preliminare da un ipotetico autonomo «merito». Il tentativo di tracciare una distinzione fra le prime e il secondo finisce infatti per mostrarsi del tutto arbitrario e privo di senso¹³⁷.

Da quanto si è detto si deduce che le questioni idonee a definire il giudizio possono riguardare sia meri fatti sia fatti-diritti (e quindi, per usare la terminologia del codice, possono essere sia questioni preliminari sia questioni – *rectius* cause – pregiudiziali)¹³⁸, così come tali questioni possono avere ad oggetto sia fatti

ritenga acquisiti tutti gli elementi sufficienti e necessari a «liquidare» una delle «partite», che concorreranno a segnare il valore della quota, cui è coordinata la domanda del socio uscente»). Tale profilo non ha però ricadute dirette sul problema – di cui ci si occupa – delle questioni che possono essere poste alla base di una sentenza definitiva, posto che per queste ultime deve certamente sussistere il requisito della suscettibilità a definire il giudizio. Per una critica alla tesi di Montesano v. comunque A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 254.

¹³⁷ E. GARBAGNATI, voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1987, XXXVIII, 74 ss. ha sostenuto che le questioni preliminari di merito cui fanno riferimento gli artt. 187, comma 2 e 279, comma 2 n. 2 c.p.c. sarebbero soltanto quelle che esorbitano dalla fattispecie costitutiva e dunque i fatti i.m.e., come si capirebbe dal confronto fra i primi due commi dell'art. 187 c.p.c. che utilizzano la parola merito in due accezioni diverse. Il comma 1 farebbe riferimento all'ipotesi in cui il giudice è in grado di giudicare sulla fattispecie costitutiva, mentre il comma 2 prevedrebbe la regola della rimessione anticipata della causa per la decisione delle sole eccezioni che, se giudicate fondate, rendono superfluo l'esame della fattispecie costitutiva (cfr., in sintesi, pag. 75: «La decisione di una questione preliminare di merito ha un valore puramente preparatorio e strumentale rispetto alla decisione della causa, poiché l'accoglimento della relativa eccezione si risolve nella esclusione degli effetti giuridici, propri della fattispecie prospettata dall'attore con la sua domanda»). Al di là del fatto che in questo modo sembra si dia un'importanza preponderante ai fatti costitutivi come elementi di decisione, ma poi l'asserita contrapposizione fra il primo e il secondo comma dell'art. 187 c.p.c. appare assolutamente arbitraria. Entrambe le disposizioni si occupano in realtà della rimessione della causa in decisione senza istruttoria o ad istruttoria non completa. Il comma 1 disciplina l'ipotesi di controversie di puro diritto o per cui comunque non c'è bisogno dell'assunzione di mezzi di prova (cfr. E.T. LIEBMAN, *Figure e forme della rimessione della causa al collegio*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 307), il comma 2 l'ipotesi in cui la soluzione di una questione rende superfluo l'esame delle altre. Per ulteriori rilievi critici sulla ricostruzione di Garbagnati v. N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli 1996, 123 ss.; D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 4, nt. 5 e D. DALFINO, *Questioni di diritto*, cit., 85 ss.

¹³⁸ Sull'idoneità dell'effetto giuridico di un'autonoma fattispecie a costituire a sua volta elemento costitutivo o i.m.e. di un ulteriore effetto v. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti*, cit., 42 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, rist., Milano 1992, 67 ss., spec. 69; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., 258; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 112; A. CERINO

costitutivi (evidentemente ritenuti carenti) sia eccezioni (evidentemente ritenute fondate)¹³⁹.

Volendo fare un cenno alle questioni processuali, si è osservato che non tutte sono idonee a definire il giudizio. Non posseggono tale caratteristica le questioni relative allo svolgimento del procedimento (ad esempio le questioni in tema di ammissibilità e rilevanza delle prove) e quelle relative a vizi (ancora) suscettibili di essere sanati all'interno del processo in cui emergono (le questioni relative alle nullità formali degli atti). Le altre, invece, quelle che si riferiscono a vizi insanabili o non sanati possono reggere la pronuncia con cui il giudice si spoglia del potere/dovere di decidere (si pensi alle questioni di giurisdizione, competenza e legittimazione ad agire o a quelle relative a una nullità formale il cui procedimento di sanatoria, seppur disposto, non è stato avviato o non è stato portato a compimento)¹⁴⁰.

Per tentare di razionalizzare il concetto di «questioni idonee a definire il giudizio», occorre approfondire un ulteriore aspetto.

Sebbene la componente imperativa della pronuncia sia tradizionalmente rintracciata nel dispositivo, dove il giudice risponde alla domanda dell'attore accordando o negando la tutela richiesta, anche all'interno della motivazione sono

CANOVA, *Sul contenuto delle sentenze non definitive*, cit., 256; V. DENTI, *Sentenze non definitive*, cit., 216 s.

La discussione sul se le questioni pregiudiziali trasformabili in cause (perché aventi ad oggetto un fatto-diritto) possano essere poste ad oggetto di una sentenza non definitiva o meno (per le diverse posizioni v. A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 255 ss.; V. DENTI, *op. ult. cit.*, 226 ss.; A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali*, cit., 189 ss.; E. GABRAGNATI, voce *Questioni pregiudiziali*, cit., 71 ss.) è in questa sede irrilevante, posto che l'eventuale adesione alla tesi negativa non inficerebbe i risultati esposti nel testo: anche ammesso che la carenza di un fatto costitutivo non possa essere posta a fondamento di una sentenza non definitiva, in ogni caso la stessa può qualificarsi come idonea a definire il giudizio ai fini dell'emanazione di una sentenza definitiva.

¹³⁹ Affermano che idonea a definire il giudizio è ogni questione tanto relativa a fatti i.m.e., quindi originata da un'eccezione, quanto relativa alla fattispecie costitutiva del diritto, V. DENTI, *op. ult. cit.*, 215; L. MONTESANO, *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 589; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., 869; M. MONTANARI, *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 394, nt. 1; S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 268; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale*, cit., 124. Si è riferito (cfr. *supra*, nt. 137) la diversa posizione di Garbagnati, che però per le ragioni già esposte non pare accoglibile.

¹⁴⁰ Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 113, dove afferma che l'idoneità a definire il giudizio «è propria, per definizione, di tutte le questioni di merito, mentre non lo è per tutte quelle di rito (...) Tra le questioni pregiudiziali di rito hanno astratta idoneità a definire il giudizio solo quelle che si riferiscono ai requisiti extraformali di validità degli atti». Sul punto v. anche Cap. 2, par. 9, testo e nt. 143.

contenute diverse prese di posizione¹⁴¹. In altri termini, ci sono motivi di decisione che sono posti a fondamento della statuizione finale (del dispositivo) e motivi che reggono la soluzione di un passaggio intermedio (interno alla motivazione).

Cercando di schematizzare si può dire che si hanno alcune questioni che si pongono in diretto rapporto con la richiesta di tutela e in particolare con il diritto fatto valere in giudizio – potremmo chiamarle «di primo livello» – e altre questioni la cui soluzione, invece, chiarisce l'esistenza e il modo d'essere di un'altra questione che però, a sua volta, deve essere sciolta per decidere sulla domanda – che potremmo chiamare, dunque, «di secondo livello».

Le questioni (di merito) del primo tipo sono quelle relative all'esistenza dei fatti principali, costitutivi o i.m.e. della situazione giuridica oggetto del processo¹⁴²: si pensi, a fronte di domanda di adempimento di un obbligo contrattuale, alla validità ed esistenza del contratto, all'inadempimento, alla prescrizione del credito, ecc. Le questioni del secondo tipo, invece, coinvolgono profili interni ai fatti costitutivi o alle eccezioni: si pensi all'interruzione della prescrizione quale fatto

¹⁴¹ Parla di decisione come «asserzione di esistenza/inesistenza del punto o fatto giuridico» R. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova 2002, 38 ss., nt. 66, 192 ss., il quale precisa anche che nella motivazione si rintracciano plurime parti del discorso dal carattere imperativo quando, accanto alla presenza di una decisione, nel senso sopra chiarito, si ha: a) l'autonomia di tale decisione, ossia la caratteristica di fondarsi su valutazioni di fatto o di diritto almeno parzialmente diverse da quelle su cui si fondano le altre e b) la decisività della stessa, ossia la sua idoneità a definire il giudizio d'impugnazione in maniera diversa rispetto alla sentenza impugnata. Si tenga presente che lo scopo dell'Autore è quello di individuare le unità della pronuncia che possono rappresentare «parte» di sentenza (su cui v. *infra*, nel teso e in nota).

¹⁴² Cfr. R. POLI, *op. cit.*, 191 ss. Al riguardo è interessante richiamare la teoria di N. RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., 123 ss., 131 ss., 229 ss. il quale, partendo dalla premessa per cui per rispondere ad ogni domanda ed eccezione il giudice valuta fatto, diritto e produzione dell'effetto giuridico, afferma che «non ogni profilo di mero fatto o di puro diritto, bensì ciascuna completa fattispecie – ad effetti cost., imp., mod., est. della situazione soggettiva azionata, ovvero ostativi ad una pronuncia sul merito della causa – può essere oggetto di una sentenza non definitiva e quindi parte della sentenza definitiva» (pag. 131 s.). Tale conclusione non pare del tutto condivisibile laddove limita il contenuto della sentenza non definitiva alle fattispecie costitutive o i.m.e. «complete» (v. per una critica R. POLI, *op. cit.*, 184 ss., 196 ss.), tuttavia mette in luce un aspetto che vale senz'altro per le sentenze definitive fondate su una questione e cioè che il giudice per risolvere tale questione ha verificato il fatto, individuato ed interpretato la norma applicabile ed accertato il relativo effetto giuridico. Per pronunciare sulla (in)sussistenza del diritto dedotto in giudizio occorre dunque che sia accertato l'effetto dell'eccezione fondata o del fatto costitutivo carente.

estintivo della prescrizione stessa, al *dies a quo* da cui decorre il termine, alla durata (breve o lunga), ecc.¹⁴³⁻¹⁴⁴.

L'«idoneità a definire il giudizio» è propria delle sole questioni di primo livello. A questo punto dell'analisi dovrebbe infatti risultare chiaro che la definitività¹⁴⁵ è caratteristica di quelle questioni che, se risolte in un dato senso, fondano, da sole, una pronuncia di accertamento negativo. Si prenda l'esempio in cui si discute di prescrizione ed in particolare ci si interroga sulla sua eventuale interruzione e sulla astratta prescrittibilità del credito domandato. La soluzione del primo profilo, sia in senso positivo, sia in senso negativo, non è in grado di definire il giudizio. 1) Se il giudice afferma che interruzione c'è stata, rigetterà l'eccezione di prescrizione (senza necessità di indagare il profilo dell'astratta prescrittibilità, a questo punto superfluo, posto che un credito non si è senz'altro prescritto se il relativo diritto è stato esercitato), ma con ciò non avrà esaurito il suo compito, in

¹⁴³ Come detto, il legame con il diritto fatto valere si allenta, in quanto nel mezzo si frappone la questione della prescrizione nella sua totalità. Se si procede ancora a ritroso, ci si accorge che si possono rinvenire anche questioni «di terzo livello», «di quarto livello» e così via. Ad esempio, nell'individuazione del *dies a quo*, potrebbero emergere ulteriori sotto-profili relativi alla configurabilità di certi comportamenti come esercizio del diritto. Al riguardo può essere utile confrontare la giurisprudenza che si è occupata dei profili interni della prescrizione fra cui la nota pronuncia Cass., sez. un., 25 luglio 2002, n. 10955, pubblicata, fra l'altro, in *Foro it.*, 2003, I, 879 ss., con nota di G. D'AMICO, in *Gius*, 2003, 407 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, in *Giur. it.*, 2003, 662 ss., con nota di E. CANAVESE, che ha qualificato come elemento costitutivo dell'eccezione di prescrizione (soltanto) l'inerzia del titolare del diritto, relegando gli altri profili a elementi della fattispecie i.m.e. dell'eccezione medesima.

¹⁴⁴ Cfr. al riguardo anche B. GAMBINERI, *Dell'appello*, cit., 227 quando parla di «profili di fatto e di diritto interni alle singole questioni preliminari di merito astrattamente idonee a definire il giudizio ai sensi dell'art. 187, comma 2° e 3° e 279, comma 2° n. 1 e 2 cod. proc. civ.», la quale subito dopo aggiunge: «è noto infatti che il giudice al fine di accertare la fondatezza oppure no di ogni singola questione preliminare è costretto a risolvere una questione di fatto la quale potrà essere costituita da uno o più elementi e dunque avere una struttura semplice oppure complessa ed una questione di diritto, al cui interno talvolta si rinvergono una pluralità di statuizioni».

¹⁴⁵ La definitività è un sottoinsieme della decisività. Come già accennato, la dottrina, riprendendo sul punto definizioni giurisprudenziali, ha affermato che una questione, per poter rappresentare parte di sentenza suscettibile di impugnazione (v. subito *infra*, testo e nota), deve essere decisiva, nel senso che deve riguardare circostanze che se risolte in maniera diversa potrebbero indurre ad una decisione finale diversa (cfr. R. POLI, *I limiti oggettivi*, cit., 202 s.). Senza entrare in ulteriori approfondimenti, non rilevanti in questa sede, si può dire che una questione è decisiva quando incide, in qualche modo, sul dispositivo, magari anche solo per determinare una variazione quantitativa del risultato, mentre invece è definitiva (*rectius* idonea a definire il giudizio) quando vi incide in maniera maggiore e cioè lo sorregge e quindi, a seconda di come è risolta da luogo o concorre a dar luogo ad un risultato diametralmente opposto. V. a questo riguardo M. TARUFFO, voce *Motivazione*, III) *Motivazione della sentenza (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma 1990, 3 «la soluzione di una questione può costituire una giustificazione della decisione finale solo quando la questione è decisa in modo da condurre *direttamente* ad una decisione (di rigetto) della domanda» (corsivo aggiunto).

quanto dovrà accertare la sussistenza degli altri fatti costitutivi e l'insussistenza di altri fatti i.m.e. Infatti, come meglio si dirà, ma come è già intuibile, sul piano logico perché un diritto esista è necessario che i primi sussistano tutti e dei secondi non ne sussista nessuno. 2) Se invece il giudice afferma che l'interruzione non c'è stata, dovrà interrogarsi per forza anche sulla prescrittibilità del credito; poi, se la esclude, si troverà nella situazione descritta *sub* 1), se invece la afferma potrà, accogliendo l'eccezione di prescrizione, rigettare la domanda. Il punto è che in ogni caso la questione di secondo livello non è mai idonea, da sola, a definire il giudizio.

È opportuno precisare, da ultimo, che la nozione di «questione» idonea a rappresentare l'unità minima suscettibile di essere devoluta al giudice dell'appello, affinata negli anni dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul concetto di parte o capo di sentenza, non corrisponde a quella di «questione» idonea a definire il giudizio di cui ci si sta occupando, poiché la prima, a differenza della seconda, può ricomprendere anche le questioni di livello inferiore. Infatti, la giurisprudenza maggioritaria e una parte della dottrina affermano che chi impugna ha il dovere di censurare anche i profili interni alle singole questioni (intese come quelle di primo livello), naturalmente purché rilevino (anche se indirettamente) ai fini della decisione finale (come avviene ad esempio quando viene criticato il criterio di calcolo impiegato dal giudice per sciogliere la questione relativa al *quantum* del danno risarcibile)¹⁴⁶.

Dall'indagine condotta in questo paragrafo, dunque, si sono acquisiti i seguenti punti: a) il collegamento fra la soluzione delle questioni e la risposta alla domanda dell'istante può essere più o meno stretto (si è parlato al riguardo di diversi «livelli»); b) le questioni di primo livello sono idonee a definire il giudizio *in astratto*; c) a seconda della soluzione che viene loro data possono definire il giudizio *in concreto*, rendendo superfluo l'esame e la decisione delle altre questioni; d) la soluzione delle singole questioni di secondo livello (o di livello

¹⁴⁶ Cfr. B. GAMBINERI, *Dell'appello*, cit., 228 ss., 232; R. POLI, *I limiti oggettivi*, cit., 164 s. V. anche quanto affermato alla nota precedente. Sulla nozione di parte di sentenza rilevante come unità minima suscettibile di decisione, v. R. POLI, *op. cit.*, 153 ss.; B. GAMBINERI, *op. ult. cit.*, 172 ss., spec. nt. 176, 225 ss., anche per la ricostruzione delle diverse teorie che si sono succedute nella dottrina italiana al riguardo.

inferiore), invece, può rendere superfluo l'esame e la decisione di altre questioni di pari livello, ma non rende mai superflua la soluzione di quelle di primo livello.

9. L'assorbimento delle questioni. I motivi portanti della decisione sono rappresentati dalla soluzione di tutte le questioni insuscettibili di rimanere assorbite

Nell'ultimo anello della catena delle attività relative alla formazione e all'impiego del materiale processuale si colloca il momento della decisione. Il principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato impone al giudice di decidere su tutta la domanda e quindi sulle relative questioni. Al contempo principi di logica e di buon senso escludono che il giudice debba intrattenersi sulla soluzione di questioni che non hanno alcuna valenza nel sorreggere la decisione. Per il momento merita soffermarsi sul meccanismo processuale in virtù del quale il giudice può lecitamente omettere l'esame e la decisione su certe questioni (o anche domande). Ci si riferisce naturalmente al meccanismo dell'assorbimento¹⁴⁷.

I problemi relativi all'assorbimento si palesano soprattutto in due contesti: nei giudizi di impugnativa di un atto o di un provvedimento, oppure nel passaggio della causa dal grado precedente al grado successivo: nel primo caso la questione è quella della capacità assorbente di ciascun motivo di invalidità dell'atto¹⁴⁸, mentre nel secondo il problema è quello del mezzo per il cui tramite le questioni assorbite vengono portate alla cognizione del giudice superiore¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Sul tema v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit. 419 ss., il quale analizza il tema dell'assorbimento delle domande, ma osserva che quel fenomeno si colloca in un ambito più vasto in cui in primo piano si trova l'assorbimento delle questioni. L'assorbimento può discendere o dalla proposizione delle questioni in via graduata (e qui dunque sarà rilevante la volontà delle parti) oppure dalla natura preliminare o concorrente della questione (ma si veda, più approfonditamente quanto si dirà poco oltre nel testo). Il tema dell'assorbimento delle questioni è stato approfondito anche da L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova 1980, 183 ss.

¹⁴⁸ Di questo problema, con riferimento ai motivi di impugnazione dell'atto amministrativo, si è occupata, fra l'altro, Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, in *Dir. proc. amm.*, 205 ss., con nota di L.R. PERFETTI – G. TROPEA.

¹⁴⁹ Ci si chiede in particolare quale sia l'atto d'impulso processuale necessario – tra l'impugnazione *ex art. 342 c.p.c.* e l'onere di riproposizione *ex art. 346 c.p.c.* – per portare la questione rimasta assorbita davanti al giudice di grado superiore. È il problema che affronta *ex professo* soprattutto Cass., sez. un., 12 maggio 2017, n. 11799 in *Giusto proc. civ.*, 2017, 805 ss. con nota di L. BIANCHI; *Corr. giur.* 2017, 1400 ss. con nota di C. CONSOLO – F. GODIO; *Riv. dir.*

La dottrina che si è occupata in via generale del fenomeno ha elaborato, ormai diversi anni fa, la distinzione fra assorbimento proprio e assorbimento improprio. Il primo presuppone l'esistenza di un ordine di esame delle questioni e opera quando il giudice esamina quella che, secondo tale ordine, è idonea ad essere decisa per prima, rispetto alle questioni – come si suol dire – «a valle» o subordinate; in questo caso è la natura pregiudiziale della questione «a monte» ad escludere l'esame delle altre. Diversamente l'assorbimento improprio si ha quando il giudice non è condizionato da alcun ordine di esame e decide sulla base di una sola fra le più questioni che sono parimenti idonee a sorreggere la statuizione; in questo caso le questioni sono fungibili e dunque l'esame dell'una, quale che sia, rende irrilevante e superfluo decidere sulle altre¹⁵⁰.

È stato osservato che il principio di economia processuale, principale pilastro su cui si regge il criterio della ragione più liquida¹⁵¹, «nell'ipotesi *sub* 1) [quella dell'assorbimento proprio] rafforza *ab externo* le conseguenze processuali di un fenomeno riconducibile ad un principio diverso, nell'ipotesi *sub* 2) [quella dell'assorbimento improprio] integra, ad un tempo, causa ed effetto della rimessione anticipata, in quanto, valorizzando la rilevanza specifica del requisito dell'idoneità a definire il giudizio, suggella direttamente la necessità di decisione preventiva della questione assorbente»¹⁵².

proc. 2018, 258 ss. con nota di N. RASCIO; *Riv. giur. trib.*, 2018, 695 (m), con nota di M. FANNI e di L. SALVANESCHI.

¹⁵⁰ Cfr. sulla distinzione fra assorbimento proprio e improprio L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia*, I, cit., 186 ss., spec. 190-192. Occorre far presente che i termini proprio e improprio sono utilizzati dalla giurisprudenza in un'accezione solo in parte sovrapponibile a quella della dottrina citata. Secondo Cass. sez. un., ord. 27 novembre 2019, n. 31022 – che richiama una vasta giurisprudenza conforme – si ha assorbimento in senso proprio quando la decisione sulla domanda assorbita diventa superflua per sopravvenuta carenza di interesse grazie all'accoglimento della domanda principale che ha assicurato il conseguimento della tutela richiesta nel modo più pieno, mentre si ha assorbimento in senso improprio quando la decisione assorbente esclude la necessità o la possibilità di decidere su altre questioni ovvero determina rigetto implicito di altre domande. In questa definizione si prescinde dal nesso di pregiudizialità, che è invece elemento assolutamente dirimente nell'elaborazione dottrinale citata: secondo la giurisprudenza l'assorbimento proprio è quello dato dal rispetto del vincolo di subordinazione imposto dalle parti (che è espressivo del grado di pienezza della tutela conseguibile), il quale rappresenta sì un'ipotesi di pregiudizialità (processuale) delle domande e delle questioni, ma sicuramente non l'unica. Per quanto riguarda l'assorbimento improprio, al di là del riferimento al rigetto implicito, nella parte in cui si dice che la questione assorbente «esclude la possibilità» di esaminare le altre questioni, sembra invece si faccia riferimento a nessi di pregiudizialità fra questioni, che, invece, nella teoria di Comoglio riguardano l'assorbimento proprio.

¹⁵¹ Il punto verrà approfondito più oltre (v. *infra*, Cap. 2, par. 3).

¹⁵² Così espressamente L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia*, I, cit., 192 s.

Sotto il profilo delle conseguenze, si distingue, in maniera corrispondente alla bipartizione assorbimento improprio e proprio, fra assorbimento-preclusione e assorbimento-rigetto¹⁵³: il primo ricorre quando le questioni si trovano in una relazione di piena fungibilità, ossia non sono avvinte da alcun vincolo di pregiudizialità-dipendenza logica o giuridica (assorbimento improprio). In questo caso la soluzione affermativa di una questione rende superfluo e quindi preclude l'esame delle altre, ma non determina una soluzione negativa delle stesse. Cosa che invece avviene in presenza di questioni legate da un rapporto di pregiudizialità-dipendenza (assorbimento proprio). Qui la soluzione affermativa della questione impediente determina il rigetto di quella condizionata. Per fare un esempio si può prendere l'ipotesi in cui si abbia un processo cumulativo in cui siano state proposte domanda di molestia e domanda di garanzia: se la prima è rigettata, la seconda rimane assorbita, ma tale assorbimento significa rigetto della seconda dal momento che se non esiste il rapporto principale, manca un elemento costitutivo di quello dipendente.

Alla luce di quanto si è detto si ricava che suscettibili di rimanere assorbite sono le questioni (ma lo stesso vale per le domande) che non siano pregiudiziali rispetto alla questione decisa e la cui soluzione sia superflua ai fini della statuizione¹⁵⁴.

Tutto ciò che non è assorbibile, invece, regge la decisione finale ed è perciò detto «motivo portante», con la conseguenza che la sua mancata decisione dà luogo a un'omissione di pronuncia¹⁵⁵. Questa affermazione deve essere precisata in due sensi.

¹⁵³ Cfr. L.P. COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 233 ss. Si osservi che non si tratta di una pronuncia implicita. A quest'ultima si fa riferimento infatti quando è la questione a monte che è data come risolta in un certo senso in ragione dell'espressa soluzione della questione a valle (il ragionamento che sta alla base è infatti il seguente: riconosciuta l'esistenza di un certo ordine di decisione, poiché il giudice ha esaminato e deciso le questioni «a valle», la questione «a monte», pur non essendo stata oggetto di espresso accertamento, non può che essere stata risolta in un dato senso). Per la dottrina che critica la decisione implicita v. *infra*, Cap. 3, par. 7, testo e nt. 105. Nel caso di cui si tratta, invece, si fa riferimento alle necessarie conseguenze che derivano sulla questione dipendente dalla soluzione sul capo pregiudiziale. A ben vedere si tratta della logica che sta anche alla base del meccanismo di cui all'art. 336, comma 1 c.p.c.

¹⁵⁴ Cfr. E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, cit., 1275, anche se l'Autore associa, non divisibilmente, all'assorbimento una pronuncia implicita.

¹⁵⁵ Cfr. E. GRASSO, *op. ult. cit.*, spec. 1273 ss., spec. 1274.

In primo luogo è necessario tracciarne il perimetro. È evidente che una questione richiede di essere decisa – se non assorbibile – a condizione che sia emersa, cioè che sia stata sollevata dalla parte o rilevata d’ufficio dal giudice¹⁵⁶. Se è vero che il momento della rilevazione è autonomo e precedente – logicamente e cronologicamente – a quello della dichiarazione, quando manca il primo non può sussistere nemmeno il secondo. Non bisogna dunque confondere i due momenti. Si è visto che se il giudice sospetta, ad esempio, che il contratto alla base della pretesa di pagamento fatta valere sia nullo, deve sollevare d’ufficio la questione e provocare il contraddittorio. Se non lo fa le parti potranno eccepire la nullità del contratto in sede di gravame e il giudice superiore potrà rilevarla d’ufficio, ma non sussiste un’omissione di pronuncia. Diverso è il caso in cui la questione sia emersa e sia stata discussa fra le parti, ma poi il giudice non l’abbia decisa, pur essendo tenuto, come nel caso in cui pronunci sentenza di accoglimento della domanda. In questa ipotesi, a meno di non leggere nel silenzio serbato dal giudice sul punto una decisione implicita sulla non nullità del contratto, sussiste l’omissione di pronuncia.

In secondo luogo, ma il tema è legato a quello appena trattato, è necessario tener conto dell’effetto del principio della non contestazione sulla decisione delle questioni. Un fatto che non è contestato non è bisognoso di prova, un’argomentazione giuridica che non è contestata rende più improbabile la valutazione da parte del giudice di tale aspetto. È vero che nel primo caso il giudice è tenuto a ritenere vero il fatto, mentre nel secondo caso resta libero di mettere in dubbio la ricostruzione giuridica anche quando le parti si siano trovate d’accordo, ma comunque è verosimile che il giudice non faccia menzione, in motivazione, neppure nel secondo caso, dei temi che non sono stati oggetto di discussione nel corso del processo. Tali temi, tuttavia, restano elementi portanti della decisione. Ad esempio, nell’ambito di una domanda di condanna al risarcimento per responsabilità extracontrattuale si pongono varie questioni. L’attore ha l’onere di allegare la commissione di un fatto illecito, l’entità del danno, la sussistenza del

¹⁵⁶ Cfr. al riguardo D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 19 ss., il quale sostiene che la distinzione terminologica proposta fra tema e questione (ossia quel tema che è giunto alla cognizione del giudice), si apprezzi proprio su questo piano: «il giudice non è tenuto a decidere su tutti i temi pregiudiziali astrattamente rinvenibili; è invece tenuto a decidere tutte le questioni pregiudiziali sollevate».

nesso di causalità (giuridica e materiale), la presenza dell'elemento soggettivo in capo al danneggiante. È possibile però che controverse, perché contestate, siano soltanto la commissione di un fatto *contra ius* e la verifica di un danno quantificabile; tuttavia l'eventuale pronuncia che accolga la domanda, anche se nulla dice in punto di nesso causale ed elemento soggettivo, si fonda anche sull'esistenza di tali elementi. In ciò si coglie la differenza dalla pronuncia di rigetto che sia fondata – ad esempio – sulla carenza della colpa in capo al danneggiante, dove rimangono assorbiti tutti gli altri elementi della fattispecie. La differenza fra elementi assorbiti e punti pregiudiziali (per usare la terminologia di Menestrina¹⁵⁷) sta proprio nel fatto che solo questi ultimi costituiscono motivi portanti; la circostanza che in concreto i punti pregiudiziali non abbiano costituito oggetto di specifica trattazione e non figurino necessariamente nella motivazione della sentenza deriva unicamente da ragioni di meccanica processuale e in particolare dalle conseguenze della non contestazione.

Con questa breve analisi sulla trasformazione delle questioni in motivi di decisione e sull'assorbimento si chiude la parte generale di premesse ricostruttive e si apre, senza soluzione di continuità, quella relativa al criterio della ragione più liquida quale strumento di selezione delle ragioni della statuizione. Stabilire a che condizioni la soluzione di una questione può diventare motivo unico di decisione è proprio quello che si farà nel prosieguo di questo lavoro.

¹⁵⁷ Al riguardo v. *supra*, nt. 134.

CAPITOLO II

CRITERIO DELLA RAGIONE PIÙ LIQUIDA E COMPLETEZZA DI ESAME DELLE QUESTIONI

INDICE DEL CAPITOLO: 1. Premessa; 2. Gli argomenti a sostegno dell'operatività del c.d. criterio della ragione più liquida: le giustificazioni di carattere logico e quelle di carattere normativo; 3. (Segue) Conferma nei principi di rango costituzionale; 4. Individuazione di regole generali per l'applicazione del criterio della ragione più liquida; 5. Descrizione delle singole fattispecie: decisioni di accertamento di non esistenza del diritto sostanziale; 5.1. Decisioni di rigetto di domande di accertamento di esistenza del diritto sostanziale o di condanna per violazione di un dovere di condotta da parte del convenuto; 5.2. Decisioni di accoglimento di domande di accertamento negativo; 5.3. Decisioni rese su domande di accertamento di esistenza o non esistenza di un rapporto giuridico a seguito di esercizio da parte dell'attore o del convenuto di un potere sostanziale di costituzione, impedimento, modifica o estinzione di tale rapporto; 5.4. Decisioni rese su domande di tutela «costitutiva» dirette a costituire o ad estinguere o modificare un rapporto giuridico; 6. Decisioni rese su domande fondate su più norme in concorso o su domande cumulate in via alternativa; 7. Decisioni sulla fattispecie costitutiva del diritto autodeterminato dedotto in giudizio; 8. Decisioni sui motivi di «impugnazione» di un atto sostanziale o di un provvedimento; 9. Decisioni di rigetto in rito della domanda (cenni); 10. Deroghe all'assenza del vincolo di completezza di esame delle questioni (?) (rinvio); 11. Sintesi dei risultati.

1. Premessa

Come noto e come già emerso, l'attore, con la proposizione della domanda giudiziale, dà avvio ad una serie procedimentale di attività disciplinate dal legislatore, finalizzate all'emanazione di un provvedimento che statuisce sull'esistenza o sull'inesistenza del diritto fatto valere¹.

Si è visto che nel processo di primo grado, nel corso soprattutto della fase introduttiva, ma anche in fase di trattazione, emergono una serie di questioni su cui il giudice è chiamato a decidere.

¹ Sulla situazione giuridica soggettiva come oggetto del processo v. *supra*, Cap. 1, par. 2 ss.

Nelle fasi di impugnazione, il giudicante accerta tendenzialmente quanto già portato davanti al giudice del precedente grado sia pure in misura ridotta (in considerazione dei meccanismi che sovrintendono il passaggio della lite da un grado di giudizio all'altro) e dunque ha sempre a che fare con numerose questioni.

In generale, comunque, si è in parte già visto che il giudice non è gravato da un obbligo di trattazione e decisione di tutte le questioni che gli si pongono di fronte e può fondare la decisione, alle condizioni che si vedranno in questo capitolo, anche su una sola di esse. Si tratta di una delle due caratteristiche che si possono ricavare dall'espressione «criterio» o «primato della ragione più liquida»², insieme all'assenza di un obbligo di esame e decisione delle questioni secondo un ordine prestabilito.

2. Gli argomenti a sostegno dell'operatività del c.d. criterio della ragione più liquida: le giustificazioni di carattere logico e quelle di carattere normativo

La conclusione appena enunciata poggia in primo luogo su un argomento di carattere logico: affinché il diritto dedotto in giudizio possa essere dichiarato esistente, è necessario che il giudice valuti sussistenti tutti i suoi fatti costitutivi e al contempo escluda la sussistenza di ciascun fatto i.m.e.; viceversa qualora sia statuita la non esistenza del diritto, la decisione può essere fondata sulla carenza di un solo fatto costitutivo o sulla presenza di un solo fatto i.m.e.³

² L'espressione, a quanto risulta, è stata coniata da J. GOLDSCHMIDT, *Zivilprozeßrecht*, Berlino 1932², rist. 1969, 156, che parla di «Grundsatz des Primats des liquidesten Angriffs- oder Verteidigungsmittels». In Italia essa viene riferita generalmente a F.P. LUISO, di cui si veda, da ultimo, *Diritto processuale civile, II*, cit., 67. Per riferirsi al medesimo concetto E.T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 541 utilizza l'espressione «ragione semplificante», che afferma di aver mutuato da A. Chicco, mentre W. HARMS, *Reihenfolge der Prüfung von Prozessvoraussetzungen?*, in *ZZP*, 1970 (83), 177 parla di principio di selezione (*Selektionsprinzip*).

³ Si tratta di osservazione ricorrente in dottrina: si veda, al riguardo, A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit. 1990, 406; ID., *Lezioni di diritto processuale*, cit., 77; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova 1989, 161; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, 311 s.; E. MERLIN, *Compensazione e processo, II*, cit., 110, nt. 42; EAD., *Azione di accertamento negativo*, cit., 1080 s.; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., 252; ID., voce *Eccezione*, cit., 3; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 41 ss., 58 ss., 96 ss.: l'Autore, ritenendo che fra il rito e il merito ricorra un rapporto di pregiudizialità-dipendenza molto stretto (che riconduce alla c.d. pregiudizialità logica), ricostruisce i requisiti processuali in termini di fatti impeditivi, modificativi, estintivi dell'azione in senso concreto (ossia come aspirazione ad un

Non manca tuttavia anche un riferimento normativo, che si può rinvenire nel combinato disposto degli artt. 187, commi 2 e 3 e 279, comma 2, n. 2 c.p.c.: il primo consente al giudice istruttore di «rimettere le parti al collegio [oggi, nelle ipotesi di causa affidata al giudice monocratico, si legga “in fase decisoria”] affinché sia decisa separatamente una questione di merito avente carattere preliminare, solo quando la decisione di essa può definire il giudizio» e di provvedere «analogamente se sorgono questioni attinenti alla giurisdizione o alla competenza, o ad altre pregiudiziali (...)»; il secondo ammette la decisione con sentenza del giudice «quando definisce il giudizio, decidendo questioni pregiudiziali attinenti al processo e questioni preliminari di merito». Entrambe le disposizioni confermano che la decisione del giudice può fondarsi su una sola questione e che, di conseguenza, il giudice non è obbligato ad analizzare tutte quelle emerse nel corso del giudizio.

Al contempo è possibile affermare che non esiste nel diritto positivo, né sostanziale né processuale, una regola che oneri il giudice di procedere ad un esame completo delle questioni; tale non è in particolare il principio sancito dall'art. 112 c.p.c., che, pacificamente, non è mai stato inteso nel senso di impedire l'operare del meccanismo dell'assorbimento: non si ha omissione di pronuncia se, a fronte di una pluralità di questioni, tutte idonee a sorreggere la medesima statuizione sul diritto fatto valere con la domanda, il giudice ne pone una soltanto a fondamento della

provvedimento favorevole) e perciò applica il criterio anche alle questioni di rito; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 574 s.; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 976, il quale parla più generalmente della definizione di questioni di fatto o di diritto che da sole consentono di rendere un accertamento circa l'esistenza o l'inesistenza del diritto sostanziale fatto valere. Dai richiami alla dottrina citata risulta evidente che l'argomento di carattere logico funziona, seppur con qualche aggiustamento di cui si parlerà nel corso del presente capitolo, anche se si considerano questioni diverse da quelle relative ai fatti costitutivi o i.m.e., e quindi anche rispetto alle questioni di rito, anziché di merito, o di diritto, anziché di fatto (ma con riferimento a quest'ultima coppia v. *supra*, Cap. 1, par. 8, nt. 133). La scelta di presentare, nel testo, l'argomento di carattere logico nella versione circoscritta alla *quaestio facti* deriva solamente da esigenze di semplificazione e dal fatto che in questi termini è stato di solito esposto dalla dottrina. Per considerazioni analoghe nell'ambito della dottrina tedesca v. W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz*, cit., 159; B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen*, cit., 93-94, 121-122 a proposito della sentenza di rito – che è necessariamente una pronuncia che respinge la domanda – e della sentenza di rigetto nel merito; C. ALTHAMMER, *sub § 300, Endurteil*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tubinga 2018²³, IV, 545-546; L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 59, Rn. 8; J. BLOMEYER, *Rechtskraft und Rechtsmittel bei Klagabweisung*, in *NJW*, 1969, 590-591, testo e nt. 26.

decisione⁴; diversamente si avrebbe un'abrogazione totale dei commi 2 e 3 dell'art. 187 e dell'art. 279, comma 2, n. 2 c.p.c. che non potrebbero mai operare.

Occorre però procedere subito con una precisazione: una cosa è dire che il giudice *in fase di trattazione* può evitare di esaminare e istruire tutte le questioni, tramite il meccanismo di rimessione anticipata della causa in decisione *ex art. 187*, commi 2 e 3 c.p.c., un'altra è affermare che il giudice *in fase decisoria*, pur a seguito di un'istruzione completa, può scegliere una sola questione su cui fondare la statuizione.

Quelle norme, infatti, delineano un particolare potere di gestione del giudice nell'ambito del processo e cioè la rimessione anticipata della causa in decisione sulla base della potenziale idoneità di una questione di merito o di rito a definire il giudizio, quando l'istruttoria è incompleta, viceversa nulla dicono per il caso in cui l'istruzione sia completa⁵.

In effetti la rimessione discrezionale della causa al collegio di una questione nasce come istituto pensato per la gestione della fase di trattazione e non della fase decisoria: lo dimostra la sua storia evolutiva e i lavori preparatori dell'attuale codice.

Il meccanismo di rimessione anticipata della causa in decisione da parte del giudice è comparso nel Progetto preliminare al codice di procedura civile Solmi del 1939, quando è stata introdotta la scissione fra giudice dell'istruzione (giudice unico, delegato dal presidente del collegio) e giudice della decisione (l'intero collegio). In quella sede è stato previsto (all'allora art. 309) la possibilità per il

⁴ Al riguardo v. *supra*, Cap. 1, par. 9, testo e nt. 154 s.

⁵ In questo senso sembra espressamente A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali*, cit., 193 ss., spec. 194: «il carattere che contraddistingue una questione come preliminare o avente carattere preliminare a norma dell'art. 187, 2° comma, cit. può ritenersi che sussista quando la sua soluzione si ponga come un momento dal quale dipenda la stessa possibilità (sotto il profilo della rilevanza o della utilità) di procedere all'assunzione di mezzi di prova relativamente ad altra questione non matura per la decisione») e 196: «La qualificazione di una questione di merito come «avente carattere preliminare» o «preliminare» contrassegna, dunque, la particolare posizione di una questione rispetto ad altre che non siano mature per la decisione, e quindi può aver rilievo quando si abbia la particolarità di una causa solo parzialmente matura per la decisione». Sul punto v. anche quanto osservato al Cap. 1, par. 8, testo e ntt. 136 ss.. Di contrario avviso sembra invece S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 975, nt. 3: «Per il rilievo che l'art. 187, commi 2° e 3°, c.p.c. introduce regole idonee a disciplinare, in generale, l'attività decisionale del giudice, a prescindere dal fatto che essa avvenga sulla base di rimessione su questione o di rimessione preceduta dalla trattazione completa del merito, si veda, in particolare, Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, punti 5.2.5 e 5.14.7.». A ben vedere però la posizione delle sezioni unite non pare così chiara sul punto.

giudice delegato all'istruzione di rimettere le parti davanti al collegio per la decisione di questioni relative alla «competenza o [alla] proponibilità dell'azione», lasciando però libero il giudice di rimandarne la soluzione congiuntamente al merito⁶.

Il contenuto dell'art. 309 del Progetto Solmi del 1939 è poi transitato nell'art. 187 c.p.c., dove però ha subito un arricchimento in quanto la rimessione anticipata della singola questione al collegio (o – successivamente all'introduzione del giudice monocratico per alcune controversie – in fase decisoria) è stata prevista anche per le questioni di merito. A leggere la relazione al codice di procedura attuale⁷ risulta chiara la *ratio* di questo istituto: da una parte permettere al giudice istruttore di gestire le questioni preliminari o pregiudiziali che si presentino *in limine litis* o nel corso dell'istruttoria, dall'altra evitare un'istruttoria inutile dove non ve ne sia necessità. Nel commentare in generale il ruolo dell'istruttore la relazione sottolinea i benefici di una trattazione che via via si libera del «troppo e del vano», per far emergere «il vero volto della causa», riducendo la decisione finale alle sole questioni essenziali. In questo ragionamento è insito il richiamo al principio di economia processuale.

⁶ Il progetto preliminare Solmi del 1937 (cfr. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile. Progetto e relazione*, Roma 1937, 76 s.) non prevedeva invece tale differenziazione dei ruoli e, a proposito della decisione delle questioni, dettava le seguenti norme: l'art. 167 prevedeva che per respingere «questioni pregiudiziali senza decidere il merito» il giudice dovesse utilizzare l'ordinanza; l'art. 170, relativo al contenuto delle sentenze, prevedeva che il giudice, quando pronunciava sul merito, «[dovesse] risolvere tutte le questioni e decidere definitivamente su tutti i capi della domanda», salvo poi ammettere (al secondo comma) la sentenza parziale solo però su capi della domanda e non su singole questioni. La grande novità rispetto all'ordinamento processuale precedente (quello sancito dal codice di rito del 1865) consisteva nell'eliminazione delle sentenze interlocutorie. L'attenzione del legislatore del progetto era però tutta concentrata alla soluzione delle questioni di rito. Per quanto riguardava il merito, invece, l'art. 170 si limitava a prevedere la sentenza parziale solo su capi (da intendere verosimilmente come risposte a domanda su diritti dedotti in giudizio) e non su singole questioni. I commentatori del progetto non avevano prodotto osservazioni al riguardo, essendosi limitati invece a rilevare la scorrettezza e l'inopportunità della disposizione che prevedeva la necessità di «risolvere tutte le questioni» (cfr. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Osservazioni e proposte sul progetto di codice di procedura civile*, Roma 1938, II, 236 ss. e in particolare le critiche di P. RICCI, presidente della Corte d'appello di Torino, di M.T. ZANZUCCHI, di U. ROCCO e del Sindacato degli avvocati e procuratori di Trieste). Come si diceva, con il passaggio al sistema sancito con il Progetto preliminare del 1939 (cfr. MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile. Progetto definitivo e relazione del guardasigilli On. Solmi*, Roma 1939) veniva mantenuta la disposizione dell'art. 167, trasposta nell'art. 181 (pag. 58), ma veniva anche introdotta – ed ecco la grande novità – la disposizione dell'art. 309 (pag. 97), di cui si è detto nel testo.

⁷ Cfr. Gazzetta Ufficiale del Regno d'Italia, 28 ottobre 1940, ed. straord., 4017 s.

L'esigenza di economia processuale è soddisfatta massimamente quando la ragione più pronta su cui si fonderà la decisione viene estratta dal novero delle questioni ancora da trattare e istruire, piuttosto che a istruttoria completa, quando il giudice deve scrivere la motivazione⁸.

Più avanti nell'indagine⁹ si vedrà che invece, quando la causa transita in fase decisoria, il primato della ragione più liquida perde in parte il proprio aggancio al principio di economia endo-processuale (e a quello di ragionevole durata del processo) e dunque è possibile che nella scelta del motivo di decisione, si facciano strada anche altri criteri, retti da diversi principi.

Con questo non si vuole affermare che l'art. 187, commi 2 e 3, soprattutto se letto in combinato disposto – come è corretto – con l'art. 279, comma 2, n. 4 c.p.c., non rappresenti una prova dell'operare, all'interno del nostro ordinamento processuale, del criterio della ragione più liquida anche in fase decisoria, ma si vuole fin da subito precisare che non è il caso di esaltare la significatività di quella norma. Così ragionando si evita di assolutizzare la portata del criterio in parola e si consente di valutare senza preconcetti l'operare di altri criteri di scelta del motivo.

⁸ La dottrina si esprime generalmente in questo senso. Cfr. al riguardo, P. BIAVATI, *Appunti sulla struttura*, cit., 1317 ss., spec. 1318-1319: «è evidente che la fissazione dell'ordine delle questioni (...) può avvenire, in chiave costituzionale, solo in vista del raggiungimento degli obiettivi virtuosi di fondo del processo civile. Ora, a poco varrebbe l'energica soluzione della causa in base al criterio della ragione più liquida, se ciò fosse stato preceduto da una lunga trattazione, anche istruttoria, di questioni preliminari di merito. In altre parole, il problema non è solo quello di una motivazione più essenziale, ma anche di un risparmio di forze nello sviluppo del processo»; considerazioni analoghe sebbene in forma più sintetica si trovano anche in ID., *Osservazioni sulla ragionevole durata*, cit., 2012, 484-485. Anche W. HARMS, *Reihenfolge der Prüfung*, cit., 178 ritiene che il pregiudizio dell'economia processuale sia ancor più marcato rispetto al caso in cui il giudice è costretto a redigere una motivazione più complessa, se le parti sono coinvolte sulle diverse questioni da decidere e depositano memorie o addirittura istanze istruttorie: «Prozeßökonomisch schwerer wiegt es noch, wenn auch die Parteien und ihre Vertreter in die Erörterung vorrangiger, aber entscheidungsunerheblicher Voraussetzungen hineingezogen werden. Wird dafür eine besondere Vorbereitung oder in Erörterungstermin erforderlich, dann verzögert das den Prozeß. Wenn gar Beweis erhoben werden muß, dann aktualisiert sich die von den Gesetzesverfassern befürchtete Verschleppungsgefahr mit erheblichen Nachteilen für alle Beteiligten». Cfr., ancora, E.T. LIEBMAN, *Figure e forme della rimessione*, cit., 308: «questo caso [cioè il 187, comma 2] suppone che il merito presenti più questioni diverse, e che una di esse non richiedente istruzione, possa da sola definire il giudizio, mentre le altre non sono ancora mature per la decisione»: ciò dimostra che la *ratio* dell'istituto è rappresentata, per Liebman, è rappresentata proprio dalla circostanza che il giudice può evitare di completare l'istruttoria. Al riguardo v. anche A. ATTARDI, *op. ult. cit.*, 191 ss.; E. GARBAGNATI, voce *Questioni pregiudiziali*, cit., 74 ss.; più di recente, G. COSTANTINO, *Perché ancora riforme della giustizia?*, in *Questione giustizia*, 13 luglio 2021, 12; D. DALFINO, *Questioni di diritto*, cit., 77 ss., spec. 83 ss.

⁹ Cfr. Cap. 3, par. 15.

3. (Segue) Conferma nei principi di rango costituzionale

Il canone della ragione più liquida, inteso come assenza di vincolo di completezza di esame delle questioni, trova fondamento in principi ormai da anni cristallizzati in norme di rango superiore alla legge: si tratta dei principi di ragionevole durata del processo ed economia processuale.

Cominciamo dalla ragionevole durata del processo, che ha la propria fonte non solo in norme interne, ma anche sovranazionali. Per quanto riguarda queste ultime ci si riferisce in particolare all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino (CEDU)¹⁰ e, a livello di Unione europea, all'art. 47 della Carta di Nizza¹¹, la quale in base all'art. 6 del Trattato di Lisbona ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (TUE e TFUE) e, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE), è ricognitiva di principi generali degli Stati membri.

A livello nazionale, poi, l'art. 111 Cost., nel testo novellato dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, sancisce al comma 2 che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata»¹².

La possibilità per il giudice di evitare l'esame di tutte le questioni risponde senz'altro all'esigenza di ragionevole durata del processo¹³: soprattutto se si

¹⁰ L'art. 6 CEDU sancisce il diritto ad un processo equo (*fair trial*) prevedendo che «ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza, entro un termine ragionevole, da parte di un tribunale indipendente e imparziale, costituito dalla legge, che deciderà in ordine alla controversie sui suoi diritti ed obblighi di natura civile».

¹¹ La disposizione recita: «ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice, nel rispetto delle condizioni previste dal presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente, ed entro un termine ragionevole, da un giudice indipendente, imparziale e precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ci sia necessario per assicurare l'accesso effettivo alla giustizia».

¹² Sulla portata dell'articolo 111 Cost. post-novella del 1999 e in generale sul giusto processo e sulla sua ragionevole durata cfr., fra gli altri, G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile». Le garanzie*, in M.G. CIVININI – C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile»*, Milano 2001, 255 ss.; G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.

¹³ La correlazione fra criterio della ragione più liquida e ragionevole durata del processo è affermata di frequente in giurisprudenza; fra le tante si veda, da ultimo: Cass. 16 marzo 2022, n.

considera il profilo della rimessione anticipata della causa in decisione, è evidente che in questo modo può essere risparmiato il tempo necessario a completare l'istruttoria; anche la mancanza dell'obbligo di decidere e motivare su tutte le questioni trattate produce una contrazione della durata del processo – sebbene meno marcata della precedente – in quanto permette di risparmiare il tempo della stesura di una motivazione più articolata¹⁴.

È utile però anche qui ribadire che non è il caso di esagerare la significatività dall'art. 111, comma 2 Cost. e delle altre norme che prevedono la ragionevole durata del processo; altrimenti tale principio rischia di diventare un'arma micidiale e incontrollabile di distruzione delle norme processuali¹⁵. Peraltro va ribadita la correttezza dell'interpretazione secondo cui un processo ha una durata ragionevole non quando è breve in assoluto, ma quando ha la durata minima necessaria per assicurare una giusta composizione della controversia in ragione della sua specifica complessità, tenuto conto del globale carico di lavoro del giudice e del sistema giustizia, a cui naturalmente lo Stato può mettere a disposizione un quantitativo pur sempre limitato di risorse¹⁶.

Veniamo poi al principio di economia processuale di cui la ragionevole durata rappresenta un corollario. Quest'ultima può essere definita come la proporzionalità

8489; Cass. 10 dicembre 2021, n. 39405; Cass. 26 ottobre 2021, n. 30066; Cass., sez. lav., 1° ottobre 2021, n. 26710; Cass. 21 maggio 2021, n. 14039; Cass., sez. lav., 23 febbraio 2021, n. 4905; Cass. 16 novembre 2020, n. 25870, le quali si rifanno a Cass., sez. un., 08 maggio 2014, n. 9936.

¹⁴Al riguardo v. quanto detto *supra*, par. precedente, testo e nt. 8.

¹⁵La dottrina ha fortemente criticato l'impiego giurisprudenziale del principio di ragionevole durata come norma con cui il giudice si libera delle norme sgradite, con grave lesione delle garanzie del diritto di difesa: cfr. al riguardo G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo*, cit., 505 ss., 511 ss.; R. CAPONI - D. DALFINO - A. PROTO PISANI - G. SCARSELLI, *In difesa delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2010, I, 1795 s.; E.F. RICCI, *Nooo! (La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della cassazione: da garanzia in cerca di attuazione a killer di garanzie)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 973 ss.; G. FANELLI, *Sull'ordine di esame delle questioni nel processo di cognizione*, in *giustiziavivile.com*, approfondimento del 28 novembre 2014, 6 ss. Offre invece una lettura più benevola del principio di ragionevole durata P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 484 ss. quando afferma che porta una serie di esempi in cui il principio in parola è utilizzato dalla giurisprudenza, senza causare alcuna lesione del diritto di difesa.

¹⁶Cfr. al riguardo su questa nozione di ragionevole durata legata alla proporzionalità, da ultimo, I. PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega*, cit., 585 s. Si veda anche v. P. BIAVATI, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 475 ss., spec. 478; A. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 10, che all'art. 0.8, con riferimento all'«efficienza del processo civile», aveva pensato ad un'enunciazione di tal tenore: «un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi».

fra mezzi impiegati e fini processuali perseguiti, nel senso che, in aderenza con il significato che il termine ha nel linguaggio comune, l'economia si raggiunge quando si impiegano i minimi mezzi per ottenere i massimi risultati¹⁷. La dottrina ha elaborato la distinzione, molto interessante ai fini del presente studio, fra economia endo-processuale o interna ed economia ultra- o extra-processuale o esterna. La prima è diretta a garantire il massimo risparmio di costi in termini di denaro, tempo ed energie all'interno di un medesimo processo, nel rapporto fra i singoli atti, le fasi o i gradi; la seconda invece opera al di fuori di un dato giudizio poiché «proietta al di là dello stesso giudicato l'esigenza di risparmio di attività o di spesa superflua, preoccupandosi di evitare il futuro promovimento di nuovi processi, con lo sfruttamento adeguato di quello in corso»¹⁸.

Si ritiene oggi che anche il principio di economia processuale trovi riconoscimento nella Costituzione e ciò non solo attraverso la sua riconduzione nell'alveo dell'art. 111, comma 2 nella parte in cui prevede la ragionevole durata del processo¹⁹ – in questo modo, infatti, a godere della garanzia costituzionale sarebbe solo l'economia endo-processuale – ma anche e soprattutto attraverso l'aggancio al principio di uguaglianza e, ai suoi corollari quali i principi di ragionevolezza e (appunto) di proporzionalità²⁰.

¹⁷ In questo senso cfr. L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia*, I, cit., 3 ss. e, oggi, sinteticamente, anche ID., *L'economia dei giudizi come «principio ad assetto variabile» (aggiornamenti e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 334; v. anche R. CAPONI, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389.

¹⁸ Per tale distinzione v. L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia*, I, cit., 71 del quale sono riprese anche le parole virgolettate nel testo e anche ID., *L'economia dei giudizi*, cit., 333. La distinzione è poi ripresa e utilizzata anche da C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 500 ss. e da S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 975 ss.

¹⁹ In questo senso v. G. OLIVIERI, *La «ragionevole durata» del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, secondo comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, 253-254.

²⁰ Cfr. L.P. COMOGLIO, *L'economia dei giudizi*, cit., 343 ss. e 339 ss. per riferimenti comparatistici specie al *Verhältnismäßigkeitsprinzip* elaborato dalla dottrina tedesca. Si veda però l'opinione di L.R. PERFETTI – G. TROPEA, “Heart of darkness”: *l'Adunanza Plenaria fra ordine di esame e assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 239 s., i quali, riprendendo e sviluppando lo spunto fornito da A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 286 ss., ritengono che il principio di economia processuale sia negli ultimi anni scaduto a un mero corollario della scarsità delle risorse della giustizia e dunque risponda ormai soltanto a esigenze organizzative; inoltre per alcune riflessioni critiche sulla possibilità di compiere una valutazione in chiave economica della giustizia v. l'interessante approfondimento di G. TROPEA, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli 2015, 247 ss.

Ora, se si vuole mettere in relazione il principio di economia processuale con il criterio della ragione più liquida, sotto il profilo dell'assenza del vincolo di completezza²¹, occorre tenere distinte le due forme di economia processuale di cui si è parlato sopra. Infatti mentre l'economia endo-processuale spinge a che il giudice esamini una sola questione, se questa basta a giustificare la decisione, viceversa l'economia extra-processuale agisce spesso in senso opposto. Senza entrare nello specifico di un tema che potrà essere compiutamente trattato solo dopo che si saranno studiati la portata e gli effetti del giudicato, si può sin d'ora anticipare che la giustificazione della decisione sulla base di più motivi è in grado di dettare una regola di condotta per il futuro che previene maggiormente il rischio di futuri processi sullo stesso diritto o su diritti strettamente legati²² a quello oggetto del primo giudicato. Ciò basti – per il momento – per osservare che è soltanto

²¹ La correlazione fra criterio della ragione più liquida ed economia processuale è affermata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Per la dottrina cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 478; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 62 ss.; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 975 ss.; D. DALFINO, *Case management e ordine delle questioni*, in *Studi Acone*, Napoli, 2010, II, 870-871. Interessante la dimostrazione che dà W. HARMS, *Reihenfolge der Prüfung*, cit., 177 ss. del fatto che si asseconda l'economia processuale se si accoglie il *Selektionsprinzip* (al riguardo v. anche quanto si dirà al Cap. 3, par. 1). Per una critica all'applicazione del principio di economia processuale come canone per orientare i poteri del giudice e dunque anche il potere di decidere secondo il criterio della ragione più liquida cfr. G. VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 19, 22 ss. che afferma (pag. 19): «quando, al fine di individuare i limiti del giudicato, si afferma che la giurisdizione è un servizio che non è possibile rendere a risorse illimitate, ma che deve fare i conti con le esigenze di economia processuale, si introduce un elemento spurio, in quanto si legittima, in nome della penuria delle risorse economiche, il potere arbitrario del giudice di stabilirne i limiti senza essere vincolato alle richieste delle parti e senza essere legittimato da una precisa disposizione di legge». Per la giurisprudenza, che richiama il principio di economia processuale in coppia con la ragionevole durata, cfr. le sentenze citate *supra* alla nota 13. In più v. Cass. sez. un., 26242/2014, cit., par. 5.14.7, dove si dice: «alla base di tale criterio [n.d.r. quello della ragione più liquida] (...) vi è un'evidente esigenza di una maggiore economia processuale, poiché la sua applicazione consentirà di ridurre l'attività istruttoria e quella di stesura della motivazione». Merita segnalare, in controtendenza rispetto all'orientamento maggioritario di cui sono espressione le sentenze appena richiamate, Cass. 20 aprile 2020, n. 7941, pubblicata fra le altre in *Foro it.*, 2020, I, 3592, con nota di M. ACONE e in *Giur. it.*, 2020, 2446 ss., con nota di D. AMADEI, secondo la quale «Il criterio della ragione più liquida risponde infatti, più che a ragioni di economia processuale, all'esigenza di escludere la formazione del giudicato implicito su questioni di merito diverse da quelle che sono state effettivamente esaminate e decise ai fini della definizione della controversia». Occorre precisare che la pronuncia si occupa dell'applicabilità del criterio della ragione più liquida a cavallo fra il rito e il merito e che l'affermazione riportata – che non pare il frutto di un ragionamento ponderato – è funzionale a corroborare la tesi negativa sposata. Per approfondimenti sulla pronuncia si veda, se si vuole, E. BORSELLI, *Il criterio della ragione più liquida nel rapporto rito-merito: «giudicato implicito» e giudizio d'impugnazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 447 ss. Conformi: Cass. 29 settembre 2020, n. 20556 e Cass. 29 settembre 2020, n. 20557.

²² Per l'individuazione dei quali v. *infra* Cap. 3, par. 10 s.

l'economia endo-processuale a sorreggere il principio della ragione più liquida sotto il profilo dell'assenza di un vincolo di completezza²³.

4. Individuazione di regole generali per l'applicazione del criterio della ragione più liquida

Occorre a questo punto osservare più da vicino il criterio della ragione più liquida. In questo capitolo ce ne occupiamo non come strumento di scelta dello specifico motivo su cui il giudice fonda la decisione, ma come strumento per evitare di esaminare ogni questione emersa nel corso del processo. Sotto questo profilo è pensabile un controllo sul corretto impiego del criterio: se infatti – abbiamo detto – è un principio logico a chiarire che la decisione basata su un solo motivo è possibile²⁴, sempre secondo un ragionamento di carattere logico si può stabilire anche *quando* è possibile. In altre parole l'*applicabilità* del criterio della ragione più liquida non è soggetta a un potere discrezionale del giudice – a differenza del profilo della scelta del motivo – ma soggiace a regole di logica definibili a priori.

²³ V. in questo senso S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 982, nt. 15, che nell'individuare – non a caso – le deroghe al principio del primato della ragione più liquida, sebbene sotto il profilo della scelta del motivo di decisione, afferma che l'allungamento del giudizio in corso è ripagato dall'economia extra-processuale che si ottiene tramite l'impedimento di futuri nuovi processi; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 508, 519 il quale anche mette in evidenza i benefici all'economia extra-processuale derivanti dall'imposizione di un vincolo di subordinazione delle allegazioni ponendo per prima quella più preclusiva. Se poi si sposta l'indagine nell'ambito del diritto amministrativo sostanziale e processuale si possono ricavare dati interessanti: qui a proposito dei fatti costitutivi del potere della pubblica amministrazione di emanare un atto, è stata sostenuta l'esistenza di un vincolo di completezza di esame di tali fatti costitutivi tanto in capo all'amministrazione nella fase procedimentale quanto in capo al giudice nella fase di accertamento dell'illegittimità dell'atto. Ebbene, afferma M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989, 196: «è agevole osservare come, complessivamente, ciò che si guadagna, secondo la concezione tradizionale, in termini di tempo e risorse nella prima fase del procedimento [quella che porta all'emanazione del primo atto amministrativo], per il fatto che sulla pubblica amministrazione non grava l'onere di dar conto di tutti gli elementi che giustificano l'emanazione dell'atto, si perde inevitabilmente nelle due fasi successive [cioè quella davanti al giudice amministrativo al termine della quale viene annullato l'atto e quella successiva di emanazione di un nuovo atto scevro del vizio individuato dalla sentenza]. Nella concezione che si ritiene preferibile la maggior pesantezza della prima fase procedimentale è controbilanciata dalla minor probabilità di un contenzioso successivo»; nella giurisprudenza amministrativa la sentenza Cons. Stato, ad. plen., 5/2015, cit., par. 9.3.4.3., individua una deroga al vincolo di completezza di esame dei motivi di ricorso, che di regola grava sul giudice amministrativo, nell'economia processuale, intesa evidentemente come interna al processo.

²⁴ V. *supra*, par. 2.

Solitamente si afferma, appunto come regola generale, che il criterio della ragione più liquida può essere utilizzato nelle pronunce di rigetto²⁵, salvo poi precisare che sarebbe più corretto parlare di pronunce che dichiarano la non esistenza del diritto dedotto in giudizio²⁶, e da parte di taluni si aggiunge che può essere anche impiegato per l'accoglimento di una domanda relativa a diritti autodeterminati allo scopo di selezionare uno dei più fatti costitutivi concorrenti²⁷.

In realtà, come dimostra anche – ma non solo – l'esperienza applicativa che emerge dai repertori della giurisprudenza, tale definizione, anche nella versione precisata e arricchita, abbraccia soltanto una parte del fenomeno. Si ritiene invece utile in questa sede prendere in esame tutte le ipotesi in cui il giudice può usare questo strumento per selezionare una delle più ragioni su cui fondare la decisione e dunque per sfrondare il numero di questioni da esaminare e/o decidere.

Abbandonato il riferimento alla pronuncia di rigetto, si può dire, in maniera ancora molto generica, che ciò che rileva è l'attitudine di una decisione ad essere sorretta da uno solo fra più motivi. Questi ultimi presentano dunque in tal caso il carattere della *concorrenza*²⁸ e della *fungibilità*. Il profilo della concorrenza, che esprime la sufficienza di un solo motivo a reggere la decisione, guarda quindi all'aspetto quantitativo, mentre quello della fungibilità, che ricorre quando la statuizione può, indifferentemente, essere giustificata sulla base dell'uno o

²⁵ Per la considerazione per cui parlare di accoglimento o rigetto della domanda ha un significato convenzionale in quanto si postula che il risultato sia valutato nella prospettiva dell'attore e in particolare rispetto alla «domanda di giustizia dell'attore» v. A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli 2006, 91 testo e nt. 39.

²⁶ Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale*, II, cit., 67; M. BOVE, *Lineamenti di diritto*, cit., 215; D. DALFINO, *Case management*, cit., 870; non parlano espressamente del primato della ragione più liquida ma esprimono lo stesso concetto: A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 405 s.; A. ATTARDI, *Diritto processuale*, I, cit., 489; v. inoltre Cass. sez. un. 26242/2014, cit., par. 5.14.7.

²⁷ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 978; ID. - A. MOTTO, *Art. 2909*, cit., 54, testo e nt. 100; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 473-474.

²⁸ Con questo termine non si fa riferimento al concetto di difese concorrenti ripreso e utilizzato da F.P. LUISO, *Principio di eventualità*, cit., 208 ss. per distinguerle da quelle dipendenti dagli attacchi sferrati dall'avversario. In quel contesto infatti ci si riferisce alla circostanza che una parte possa spendere un insieme di mezzi tutti in una determinata fase poiché non traggono la loro ragion d'essere da quelli della controparte. Qui invece si usa il termine concorrenti per indicare che i motivi della decisione sono ciascuno idoneo di per sé a sorreggere la decisione.

dell'altro²⁹⁻³⁰, guarda all'aspetto qualitativo. La concorrenza si apprezza sul terreno della completezza di esame delle questioni mentre la fungibilità su quello dell'ordine di esame. Se è vero che più motivi fungibili sono anche concorrenti, tuttavia può non essere vero il contrario: infatti più questioni che pur astrattamente sono ugualmente idonee a fondare la decisione potrebbero essere soggette ad un ordine di esame e perciò perdere la loro fungibilità.

Prima però di entrare nel vivo dell'indagine casistica occorre svolgere una considerazione preliminare. Non di rado è possibile imbattersi in pronunce, specie dei giudici di merito, in cui la menzione al principio del primato della ragione più liquida ha il sapore di una formula di mero stile, che non ha una reale funzione selettiva delle questioni da esaminare e decidere. Da questo punto di vista anche la collocazione topografica all'interno del provvedimento è indicativa: tale menzione si trova in apertura o in chiusura della motivazione e rappresenta una sorta di *disclaimer* con cui il giudice intende proteggersi dall'eventuale censura di omessa pronuncia sulle argomentazioni o difese (intese in senso lato) proposte dalle parti negli atti di causa. In queste ipotesi soprattutto non è raro trovare un riferimento all'art. 132, comma 1 n. 4 c.p.c. (in coppia con l'art. 118 disp. att. c.p.c.) per cui «la sentenza deve contenere la concisa esposizione delle ragioni di fatto e diritto della decisione», specificato nel senso che l'enunciato «legittima il Giudice a concentrarsi solo sui punti nodali della controversia cogliendone il nocciolo essenziale»³¹.

²⁹ Cfr. J. BLOMEYER, *Rechtskraft und Rechtsmittel*, cit., 590-591, nt. 26: «Dies aber bedeutet, daß die Fragen nach dem Vorliegen dieser Voraussetzungen (z. B. Rechtsverletzung, Schaden, Kausalität und Verschulden beim Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB) unbedingte Vorfragen nur für die Klagstattgabe, für die Klagabweisung aber alternative, *austauschbare* Vorfragen darstellen über konkurrierende Anspruchsverneinungsgründe» (corsivo aggiunto).

³⁰ La distinzione fra motivi fungibili e infungibili emerge in maniera indiretta quando si distingue fra assorbimento proprio e assorbimento improprio (v. *supra*, Cap. 1, par. 9).

³¹ In questo senso da ultimo, Trib. Parma 6 maggio 2019, n. 658, dove peraltro nella motivazione della pronuncia, di accoglimento di una domanda di risarcimento danni da diffamazione a mezzo stampa, si decide della sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento del danno. L'espressione fatta propria recentemente dal giudice parmense è mutuata da centinaia di provvedimenti delle sezioni I e IV civili del Tribunale di Monza, emanati fra il 2013 e il 2016. La ricorrenza di tale espressione all'interno di un preciso ufficio giudiziario, in un arco di tempo circoscritto e contenuta in provvedimenti dal contenuto estremamente variabile è altamente indicativo del suo carattere prettamente ornamentale. Un fenomeno simile si può osservare anche presso il Tribunale di Milano, dove si registrano una serie di provvedimenti, tutti a firma del medesimo magistrato, nei quali in apertura compare la seguente proposizione: «l'esame delle questioni seguirà il criterio della ragione più liquida (Cass. SU 8.5.2014 n. 9936; Cass. 28.5.2014 n. 12002; Cass. 19.8.2016 n. 17214)». Tale formula è impiegata a fronte di statuizioni di differente tipo

In siffatte ipotesi riferirsi al criterio della ragione più liquida equivale a non farlo. È infatti evidente che il giudice, ogni volta che si trova a redigere la motivazione, difficilmente può prendere posizione su ciascun argomento speso dalle parti negli atti processuali. Se si abbandona una prospettiva inutilmente astratta e non realistica della redazione del provvedimento e si considera la motivazione per quello che è – un discorso argomentativo in cui il giudice giustifica la propria decisione³² – si capisce come tale discorso, per risultare leggibile e coerente, non possa dar conto di ogni singolo profilo emerso nel corso del processo³³; è quanto in effetti afferma l'art. 132, comma 1, n. 4 c.p.c. Il criterio della ragione più liquida è invece un'altra cosa: se gli si vuole attribuire una qualche utilità e autonomia concettuale, occorre riferirlo a quei temi che, preliminari alla

e anche in questo caso è indipendente dall'effettivo impiego del criterio con lo scopo di evitare l'esame di tutte le questioni. In questo senso, tra le più recenti: Trib. Milano 17 dicembre 2021, n. 10531; Trib. Milano 24 settembre 2021, n. 7676; Trib. Milano 3 gennaio 2021, n. 638; Trib. Milano 19 febbraio 2020, n. 1575; Trib. Milano 11 febbraio 2020, n. 1214; Trib. Milano 4 settembre 2019, n. 7969; Trib. Milano 15 maggio 2019, n. 4640; Trib. Milano 26 novembre 2018, n. 11862. Si tratta di sentenze rese su domande di condanna al pagamento di una somma di denaro in materia di responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

Un altro importante esempio di come il riferimento al principio della ragione più liquida non trovi poi effettiva corrispondenza nella motivazione può essere osservato in Trib. Piacenza 26 febbraio 2019, n. 124: dopo essersi dilungata in premessa sull'opportunità di far uso del criterio della ragione più liquida e aver fatto riferimento agli artt. 132, comma 1 n. 4 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c., la pronuncia passa in rassegna tutte le eccezioni di rito sollevate e tutti i motivi di merito di censura dell'impugnata delibera condominiale, salvo quelli rispetto ai quali è cessata la materia del contendere.

³² A questo proposito è fondamentale lo studio di M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1974, 30 ss., in particolare 57 ss., dove si definisce la motivazione della sentenza come un discorso che si inserisce nel panorama giuridico, poiché è emessa da un soggetto particolare (il giudice) ed è disciplinata nel suo procedimento di formazione (anche se in maniera limitata) da norme giuridiche. Inoltre (pag. 118 ss.) l'Autore precisa che la motivazione non è il reportage dei processi mentali che hanno il giudice ad assumere una certa decisione. Quest'ultimo infatti si compone di intuizioni, ipotesi di lavoro poi scartate, tutte cose che non compaiono nella motivazione. In conclusione Taruffo (pag. 207 ss.) arriva a tracciare una chiara distinzione fra *context of discovery* che attiene al momento in cui il giudice assume la propria decisione e *context of justification* che attiene al momento in cui il giudice motiva sul perché ha deciso in un certo modo (in tedesco la terminologia è rispettivamente *Entscheidung* e *Begründung*). Conseguentemente i parametri per valutare la razionalità della scelta devono essere necessariamente diversi a seconda che attengano all'uno o all'altro momento. Una volta definita la decisione come una concatenazione di scelte (l'una connessa all'altra) tra più alternative, occorre distinguere: la razionalità della decisione va valutata *ex ante* e cioè facendo riferimento alla miglior soluzione per risolvere la questione che si pone al giudice; la razionalità della motivazione va valutata *ex post* e cioè come la scelta della miglior giustificazione alla decisione assunta.

³³ V. M. TARUFFO, voce *Motivazione*, cit., 4, dove afferma «Al riguardo, si può dire che la motivazione è completa se anche non giustifica il rigetto di prove, deduzioni, eccezioni e difese, solo quando la natura della decisione e delle giustificazioni espressamente addotte per essa consente di escludere che gli elementi trascurati dal giudice fossero idonei a fondare una decisione diversa»; S. EVANGELISTA, voce *Motivazione*, I) *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, Milano 1977, 163.

decisione sul diritto fatto valere, raggruppano una unità minima in grado di costituire motivo di decisione³⁴. L'esortazione del legislatore alla redazione della sentenza in maniera «concisa» o «succinta» riguarda solamente l'aspetto stilistico e non incide sul profilo di interesse di questo lavoro, quello dell'individuazione dei motivi portanti della decisione. È evidente che tale esortazione non può significare legittimazione ad omettere elementi rilevanti della statuizione, altrimenti si porrebbe in aperto contrasto con il principio espresso all'art. 112 c.p.c.

Nell'analisi che segue ci si occuperà delle ipotesi in cui il canone della ragione più liquida rappresenta una vera e propria tecnica di selezione del materiale decisorio.

5. Descrizione delle singole fattispecie: decisioni di accertamento di non esistenza del diritto sostanziale

La decisione di non esistenza del diritto oggetto del processo è sicuramente idonea ad essere sorretta da uno fra più motivi; si tratta, a ben vedere, del caso paradigmatico in cui opera il principio logico per cui l'accertamento negativo può essere fondato su un solo fatto qualora esso sia sufficiente a far dichiarare l'attuale inesistenza del diritto azionato³⁵.

Occorre ribadire che si ha a che fare con una pronuncia di merito a tutti gli effetti. Essa attribuisce lo stesso tipo di tutela che avrebbe accordato la decisione di esistenza della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio³⁶. Certo, è

³⁴ Al riguardo v. *supra*, Cap. 1, par. 8.

³⁵ Viceversa qualora la sentenza accerti l'esistenza del diritto dedotto in giudizio non vi è spazio per l'applicazione del criterio della ragione più liquida, come afferma espressamente Cass. 30 settembre 2021, n. 26541. Il giudice dell'appello accoglieva una domanda di rilascio di un immobile senza esaminare l'*exceptio doli generalis* proposta dal convenuto, affermando che in forza del primato della ragione più liquida la questione poteva essere tralasciata. Nella motivazione della sentenza della Cassazione si legge: «Si profila, dunque, un intento elusivo riconducibile ad ipotesi di abuso del diritto, la cui valutazione è esplicitamente quanto immotivatamente tralasciata in sentenza attraverso un improprio richiamo al principio della ragione più liquida. Converterà in proposito rammentare che a tale opzione motivazionale può accedersi in quanto la questione ritenuta di più agevole soluzione, ancorché logicamente subordinata, renda non necessario l'esame delle altre perché "assorbite"».

³⁶ Si noti che non si tratta necessariamente di una pronuncia a favore del convenuto: ciò infatti significherebbe instaurare una corrispondenza biunivoca fra sentenza di non esistenza del diritto dedotto in giudizio e sentenza di rigetto. Come si vedrà nei prossimi paragrafi, una tale

possibile che le utilità conferite siano inferiori (ciò deriva – come si vedrà³⁷ – proprio dal fatto che la decisione di accertamento negativo può fondarsi su di un solo motivo), ma si tratta in ogni caso di una pronuncia che accerta la volontà della legge sostanziale ed enuncia una regola di condotta per il futuro comportamento delle parti³⁸. Una volta riconosciuto che dall'accertamento stesso deriva il precetto, non vi è motivo di limitare tale funzione alle sole sentenze dichiarative dell'esistenza del diritto sostanziale³⁹.

Per tornare al discorso di partenza, si può dire che l'ipotesi in esame è quella in cui la questione – di merito – su cui è basata la decisione è idonea a definire il giudizio, secondo la formula utilizzata dagli artt. 187, comma 2 e 279, comma 2

corrispondenza non esiste potendo risultare la prima anche da una decisione di accoglimento di una domanda di accertamento negativo.

³⁷ V. *infra*, Cap. 3, par. 10 ss.

³⁸ Ampia dimostrazione dell'assunto si trova in A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 66 ss., che afferma in particolare: «quel che deve essere posto in luce, a nostro avviso, è che il precetto contenuto nella sentenza scaturisce direttamente dall'accertamento (...). Il comando discendente dalla sentenza consiste nella qualificazione dei comportamenti futuri delle parti relativamente alla relazione giuridica in rilievo; la regola di condotta così enunciata è la medesima regola che la norma, nel prevedere la situazione giuridica, prescrive mediante l'imputazione di facoltà e doveri in capo ai soggetti». In modo conforme v. precedentemente B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto*, cit., 71 ss.. 184 ss.; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., 62 ss., 69 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale*, I, cit., 434; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 830-831; E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., Milano 1962, cit., 23, 39; in Germania, da ultimo, C. ALTHAMMER, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, IV, Tubinga 2018²³, 838.

³⁹ Cfr., in questo senso, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 370; A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 68, nt. 19. Una diversa tesi era stata espressa da E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1309 ss.; ID., voce *Sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano 1989, *passim*, spec. 1248, secondo il quale la sentenza di rigetto (intesa chiaramente quale sentenza di accertamento di non esistenza del diritto oggetto del processo) è da considerare sentenza di rito in quanto «consiste nel “rifiuto” di emettere – perché il giudice non ne ha riscontrato gli estremi – un provvedimento giurisdizionale in senso stretto (o di merito); è l'opposto del provvedimento di merito, e incide, appunto, sul solo processo». Pienamente condivisibili le critiche avanzate a questa tesi da A. MOTTO, *op. loc. ult. cit.*, di cui si ritiene opportuno riportare integralmente le osservazioni: «Sembra infatti agevole dedurre che, pur nel caso di declaratoria di inesistenza della situazione giuridica, la sentenza contiene una regola precettiva, la quale, tuttavia, è di segno negativo: la sentenza non dichiara l'esistenza delle facoltà e dei doveri connessi alla situazione sostanziale, bensì la loro inesistenza, con la conseguenza che i comportamenti futuri delle parti sono regolati, alla stregua dell'ordinamento giuridico, nel seguente modo: non sussistendo le facoltà ed i doveri che sussisterebbero se la situazione giuridica esistesse, le attività che sarebbero doverose, non sono imposte (la loro omissione quindi è lecita e non illecita), mentre le attività che sarebbero oggetto di una facoltà, se compiute, a seconda del contenuto dell'accertamento e della tipologia di situazione giuridica dichiarata inesistente, sono, a seguito della pronuncia, o prive di qualificazione giuridica (ad esempio, la declaratoria di inesistenza del diritto di proprietà sulla *res* lascia impregiudicata la liceità del godimento della *res* ad opera dell'attore, che potrebbe averne diritto in forza di un diverso titolo), oppure illecite (ad esempio, la declaratoria di inesistenza del diritto di credito rende illecita l'aggressione esecutiva dell'attore, così come il vanto stragiudiziale della titolarità del diritto di credito)».

c.p.c.: tale questione può riguardare un fatto costitutivo – carente – o un fatto i.m.e. – esistente – del diritto dedotto in giudizio; è sufficiente che la sua definizione esaurisca l’oggetto della cognizione e spogli il giudice del potere/dovere di decidere. In questo caso, dunque, la ragione più liquida (quell’unico motivo posto a fondamento della decisione) regge il dispositivo della pronuncia e non la mera soluzione di un passaggio interno della motivazione.

Quanto affermato vale senz’altro per il giudizio di prime cure, ma vale anche per il grado d’appello? La risposta è sostanzialmente positiva: non è tanto il rigetto o l’accoglimento dell’impugnazione a determinare la possibilità di utilizzo della ragione più liquida con riferimento al merito, quanto se il diritto verrà dichiarato esistente o inesistente. Questo perché il giudizio d’appello non può essere configurato come un giudizio di mero annullamento del provvedimento impugnato, in cui la ragione più liquida funzionerebbe solo come strumento di selezione di uno dei più eventuali motivi di censura⁴⁰; si tratta invece di un giudizio composto dalla fase rescindente, di eliminazione della decisione impugnata ma anche da quella rescissoria, di sostituzione di tale decisione: ne deriva che l’oggetto resta lo stesso diritto fatto valere in primo grado⁴¹.

⁴⁰ Ma per l’applicazione della ragione più liquida anche con la funzione di selezione (interna) del motivo d’impugnazione v. quanto si dirà *infra*, par. 8.

⁴¹ L’effetto sostitutivo della sentenza d’appello si ha a prescindere dalla natura di rito o di merito della decisione di secondo grado e tanto nel caso in cui l’appello sia accolto e quindi la sentenza di primo grado riformata, quanto nel caso in cui sia rigettato e dunque la sentenza di prime cure sia confermata. Tale effetto, dunque, si verifica anche se nella sentenza del giudice d’appello non si trova la disciplina del caso concreto. L’effetto sostitutivo si desume dal disposto dell’art. 393 c.p.c., norma invero dettata con riferimento al giudizio di rinvio, che recita: «se la riassunzione non avviene entro il termine di cui all’articolo precedente o si avvera successivamente ad essa una causa di estinzione del giudizio di rinvio, l’intero processo si estingue ma la sentenza della corte di cassazione conserva il suo effetto vincolante anche nel nuovo processo che si è instaurato con la proposizione della domanda». Ora, che cada la sentenza di appello è abbastanza comprensibile: se c’è stato rinvio vuol dire che la Corte di cassazione ha accolto il ricorso proposto e quindi ha annullato lei stessa la sentenza di appello, rimettendo la causa al giudice del rinvio. Il fatto però che cada anche la sentenza di primo grado («l’intero processo si estingue») presuppone che questa decisione già non esistesse più: questo, evidentemente, perché la sentenza di appello ha sostituito quella di primo grado. Il giudice d’appello, dunque, chiamato a pronunciarsi sullo stesso rapporto giuridico controverso in primo grado, emana in tutti i casi - conferma o riforma - una sentenza che sostituisce quella precedente (a tal proposito v. B. GAMBINERI, *Dell’appello*, cit., 173 ss., ivi ampi riferimenti di dottrina sull’oggetto del giudizio d’appello; EAD., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano 2008, 54, testo e nota 110, 80). Si è parlato dell’ipotesi in cui il giudice d’appello emetta una decisione di merito – di non esistenza del diritto oggetto del processo – ma anche per quanto riguarda l’eventualità che pronunci sentenza di rito, valgono le stesse regole del giudizio di primo grado (v. *infra*, par. 9). Le ipotesi particolari degli artt. 353 e 354 c.p.c. in cui il giudice dell’appello svolge eccezionalmente di fronte a sé solo la fase rescindente, rientrano anch’esse nei casi di pronuncia su questione di rito di cui si parlerà al par. 9.

Per schematizzare, combinando le possibili decisioni di primo grado con le possibili statuizioni del giudice d'appello, si hanno le seguenti quattro ipotesi: a) se il diritto dedotto in giudizio era stato dichiarato esistente, a₁) per accogliere l'impugnazione, dichiarando l'inesistenza di tale diritto, può essere impiegata la ragione più liquida⁴²; mentre a₂) per rigettare l'impugnazione non può essere utilizzato il criterio della ragione più liquida, perché, da una parte, vanno analizzati tutti i motivi di gravame per escludere che ve ne sia uno fondato e, dall'altra, devono essere esaminati tutti i fatti costitutivi e tutti i fatti i.m.e. del diritto (ovviamente – per una questione di preclusioni in fase d'impugnazione – nei limiti in cui essi siano stati portati alla cognizione del giudice d'appello tramite l'apposito atto di impulso – artt. 342-343 e 346 c.p.c. – o siano rilevabili d'ufficio – art. 345 c.p.c.)⁴³; se invece

⁴² Un esempio è rappresentato da Trib. Nocera Inf. 3 luglio 2019, n. 858, resa a seguito di un'azione di risarcimento danni per interruzione del servizio idrico. La domanda era accolta in primo grado. Veniva poi proposto appello: «i motivi di appello della Go. S.p.A. sono l'omessa pronuncia del Giudice a quo sul sollevato difetto di competenza del Giudice Ordinario, in favore del Tribunale per le Acque Pubbliche e sull'eccezione di nullità dell'atto di citazione, la riconosciuta legittimazione attiva dell'attore e legittimazione passiva della Go., visto che l'interruzione della fornitura idrica era dipesa dallo scoppio della tubatura dell'acquedotto regionale e che, quindi, l'eventuale responsabilità era addebitabile alla Regione proprietaria dell'acquedotto»; il tribunale dapprima esaminava e respingeva tutti i motivi di rito (evidentemente ritenendo di essere soggetto ad un rigido ordine rito-merito di esame e decisione delle questioni) e poi accoglieva l'appello rigettando nel merito la domanda originaria sulla base dell'esistenza di uno dei fatti impeditivi del diritto: l'assenza di colpa in capo all'altro contraente, il somministratore del servizio idrico; un altro esempio è rappresentato da App. Firenze, 5 dicembre 2018, n. 2835, resa a seguito di un'azione di annullamento del contratto per abuso di rappresentanza ex art. 1394 c.c. con domanda di risarcimento del danno per impossibilità da parte del reale proprietario del bene oggetto del contratto di percepire un canone di locazione per il tempo intercorrente fra la consegna e la restituzione dell'immobile. Le domande erano entrambe accolte in primo grado. Veniva proposto appello da parte di uno dei convenuti soccombenti, diretto (almeno così parrebbe, vista la confusionaria formulazione dei motivi di censura messa in luce dallo stesso giudice dell'impugnazione) a ottenere la riforma della condanna al risarcimento del danno. Il gravame era fondato su una serie di motivi attinenti alla causa pregiudiziale di annullamento del contratto e su alcuni motivi attinenti agli altri fatti costitutivi del diritto al risarcimento, in particolare legati alla mancata prova del pregiudizio subito. La Corte pronunciava l'accoglimento dell'appello e dunque rigettava la domanda di risarcimento sulla base della ragione più liquida consistente nella mancata prova del danno da lucro cessante.

⁴³ App. Napoli 7 novembre 2019, n. 5356 rappresenta un esempio di questa ipotesi. Era stata proposta in primo grado una domanda di pagamento di una somma di denaro. La convenuta si costituiva eccependo un vizio nel conferimento della procura alle liti, la carenza della legittimazione a contraddire, la prescrizione del diritto azionato e la carenza dei fatti costitutivi del diritto. Il Tribunale accoglieva la domanda. Il convenuto in primo grado proponeva appello avverso la sentenza di primo grado fondato su tre motivi: a) mancata pronuncia di inammissibilità della domanda per difetto di procura; b) mancato rigetto della domanda per intervenuta prescrizione del diritto; c) mancata pronuncia di «infondatezza del diritto». La Corte d'appello per rigettare l'impugnazione esaminava ciascun motivo di ricorso e affermava l'esistenza di tutti i fatti costitutivi e l'infondatezza delle eccezioni riportate davanti al giudice di secondo grado, in maniera conforme alla sentenza di prime cure.

b) il diritto era stato dichiarato inesistente in primo grado, b₁) per accogliere l'impugnazione non può essere utilizzata la ragione più liquida per dichiarare esistente il diritto, poiché devono essere esaminati tutti i fatti costitutivi e tutti i fatti i.m.e. (di cui il giudice d'appello può conoscere)⁴⁴⁻⁴⁵; mentre b₂) per rigettare l'impugnazione, con conseguente conferma dell'inesistenza del diritto oggetto del processo, può essere utilizzata la ragione più liquida⁴⁶.

A questo punto è possibile avviare un'analisi casistica prendendo in considerazione diversi tipi di azione per osservare se e come può operare il criterio della ragione più liquida, come strumento per decidere sulla base di un solo motivo.

⁴⁴ Il criterio della ragione più liquida può essere utilizzato per selezionare il motivo di annullamento della sentenza di grado precedente, ma questa ipotesi fuoriesce dal caso in esame in quanto quel motivo reggerebbe non la decisione (finale) dell'inesistenza del diritto oggetto del processo, ma soltanto un segmento (interno) della statuizione.

⁴⁵ Cfr. App. Lecce 27 febbraio 2020, n. 228. La causa trae origine da una domanda del cliente nei confronti di una Banca volta a ottenere la restituzione delle somme investite ed il risarcimento del danno subito a causa della sottoscrizione della polizza Index Linked. L'attore deduceva la nullità del contratto di assicurazione o finanziamento (era infatti dubbia la qualificazione di tale contratto) per varie ragioni. Il giudice rigettava la domanda affermando la validità del contratto. Proponeva appello l'attore in primo grado deducendo i seguenti vizi: a) omessa qualificazione del contratto; b) erronea valutazione circa la mancata applicazione della normativa TUF, data la natura di prodotto finanziario del contratto; c) omessa valutazione circa il mancato rispetto da parte della banca degli obblighi informativi; d) omesso esame da parte del Tribunale della violazione dell'art. 1337 e dell'art. 1338 c.c. in relazione ai doveri informativi ed al rispetto del canone di buona fede e correttezza. La Corte d'appello affermava di redigere la sentenza sulla base della ragione più liquida e perciò esaminava la questione della nullità del contratto selezionando uno dei più profili di invalidità, dopodiché accoglieva la domanda di ripetizione delle somme e risarcimento del danno. Rispetto alla domanda dipendente di restituzione delle somme corrisposte alla Banca in esecuzione del contratto nullo e di risarcimento del danno può essere osservato lo schema b₁): in primo grado la domanda è stata rigettata per carenza di un fatto costitutivo del diritto alla ripetizione e al risarcimento e in specie l'invalidità del rapporto contrattuale. L'appello veniva accolto e il diritto in questione era dichiarato esistente: l'impiego della ragione più liquida infatti veniva utilizzato al solo fine di selezionare il profilo di invalidità del contratto e dunque operava all'interno della domanda di nullità; diversamente rispetto alla domanda di ripetizione e risarcimento non operava.

⁴⁶ Il giudice d'appello potrà scegliere lo stesso fatto utilizzato dal giudice del provvedimento impugnato per dichiarare inesistente il diritto oppure un altro, purché ovviamente rientrante tra quelli di cui il giudice dell'appello può conoscere. Come esempi dell'ipotesi b₂) v. App. Ancona 21 ottobre 2019, n. 1498, resa all'esito di un'azione revocatoria fallimentare di pagamenti ex art. 67 l. fall. Il giudice di primo grado rigettava la domanda ritenendo fondata l'eccezione di decadenza in cui sarebbe incorso l'attore per un presunto vizio della notifica dell'atto di citazione. Il soccombente impugnava facendo valere l'infondatezza della decisione di primo grado e riproponeva tutte le questioni già avanzate in primo grado. Il giudice d'appello, pur dando conto del fatto che la notifica era stata correttamente eseguita, rigettava l'impugnazione sulla base della ragione più liquida, selezionando tra le questioni riproposte (tra cui vi era l'assoggettabilità del tipo di pagamento alla revocatoria fallimentare, il fatto che il pagamento non fosse avvenuto secondo i termini d'uso e la *scientia decoctionis* in capo al soggetto poi dichiarato insolvente) quella della non assoggettabilità a revocatoria fallimentare degli specifici pagamenti effettuati. In realtà paiono essere due le (sotto)questioni relative alla revocabilità dei pagamenti, una riguardante i termini e l'altra le modalità; la Corte le analizza entrambe stante la loro stretta interconnessione. Si tratta comunque di un'ipotesi di applicazione del criterio della ragione più liquida alle questioni di primo livello.

5.1. Decisioni di rigetto di domande di accertamento di esistenza del diritto sostanziale o di condanna per violazione di un dovere di condotta da parte del convenuto

Il primo gruppo di ipotesi che si prende in considerazione è eterogeneo nel senso che ricomprende pronunce rese a seguito di richieste di tutela di mero accertamento e di condanna. L'elemento che le accomuna – in ragione del quale sono trattate congiuntamente nella classificazione proposta – consiste nella circostanza che la decisione del giudice è resa a seguito di una domanda dell'attore volta a ottenere la declaratoria di esistenza del diritto dedotto in giudizio. Anche quando la tutela richiesta è di condanna, infatti, la sentenza favorevole in cui confida l'attore conterrà comunque l'accertamento dell'esistenza della situazione giuridica soggettiva, accertamento che – si usa dire tradizionalmente – costituisce il nocciolo duro di ciascun tipo di tutela⁴⁷⁻⁴⁸. Gli effetti ulteriori, quelli tipici delle sentenze di condanna (e costitutive), si producono in quanto è la legge stessa a prevederli, collegandoli all'emanazione del provvedimento⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 131; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., I, 329; M. BOVE, *Lineamenti di diritto*, cit., 9-10; A. ATTARDI, *Diritto processuale*, cit., I, 5-6; ID., *In tema di limiti oggettivi*, cit., 477; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, cit., 24 s.; E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, cit., 23; in Germania B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen*, cit., 108.

⁴⁸ Inoltre, secondo la teoria prevalente, l'effetto di accertamento si identifica con il giudicato sostanziale una volta che la sentenza in cui è contenuto abbia acquisito una determinata stabilità. Sul punto è fondamentale lo studio di A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, I, *L'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1961, I ss., 38 ss., spec. 43 ss. e II, *Il concetto e la natura*, *ivi*, 197 ss., 201 ss.; cfr. da ultimo A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 60 ss., anche per ampi riferimenti di dottrina conforme; in Germania, C. ALTHAMMER, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., 832. È noto che invece E.T. LIEBMAN, *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, I, 237 ss. e ID., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1962, rist. 1983, 9 ss., 26 ss. ha elaborato la teoria del giudicato non come effetto autonomo di accertamento della pronuncia, ma come qualità degli effetti (di accertamento, esecutivi e costitutivi): «l'autorità di cosa giudicata non è un effetto della sentenza come postula l'unanime dottrina, ma solo un modo di manifestarsi e di prodursi degli effetti della sentenza medesima, qualche cosa che a questi effetti si aggiunge per qualificarli e rafforzarli in un senso ben preciso» (così alla pag. 28). La sentenza produrrebbe gli stessi effetti prima e dopo il passaggio in giudicato (c.d. efficacia), ma solo dopo tale momento essi acquisterebbero un maggior grado di immutabilità e definitività (c.d. autorità). Per una critica alla teoria in parola che confonderebbe il piano dell'atto con quello del rapporto v., per tutti, A. ATTARDI, *opp. locc. ult. cit.*; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., 413; A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 70, nt. 21.

⁴⁹ Per la dimostrazione che la sentenza è atto dichiarativo cui la legge ricollega gli effetti giuridici e non ha alcun rilievo la volontà del giudice che la emana v. A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 60

Se però la decisione accerta la non esistenza del diritto dedotto dall'attore, che è l'ipotesi che qui interessa, essa sarà in ogni caso di mero accertamento, dovendosi escludere che si producano gli ulteriori effetti tipici della condanna (o della sentenza costitutiva) che l'attore aveva richiesto ma che non possano operare mancando il diritto soggettivo alla cui esistenza sono legati⁵⁰.

Nei casi in esame è corretto affermare che la pronuncia di non esistenza del diritto dedotto in giudizio, fondata sulla ragione più liquida, è sempre di *rigetto* della domanda. Nell'ambito della tutela di mero accertamento l'attore chiede al giudice di dichiarare che egli è titolare di una determinata situazione giuridica di vantaggio o che egli o la controparte è titolare di un dato *status* giuridico o che tra le parti ricorre un certo rapporto; ebbene la sentenza che si fonda sull'accertamento di non esistenza di un fatto costitutivo o di esistenza di un fatto i.m.e.⁵¹

ss. e ivi ampi riferimenti di dottrina; successivamente, anche A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 519 ss. Si noti peraltro che accogliere la tesi che identifica l'effetto di accertamento con il giudicato sostanziale non significa negare che gli effetti ulteriori (delle sentenze di condanna o costitutivi) possono prodursi anche prima del passaggio in giudicato della sentenza: la legge, ad esempio, prevede all'art. 282 c.p.c. che l'effetto esecutivo, tipico delle pronunce di condanna, segua all'emanazione della sentenza di primo grado.

⁵⁰ V., per tutti, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., 181; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, cit., 622; nonché, seppur con qualche precisazione, A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 87 ss. Anche in Germania si osserva la stessa cosa a proposito della sentenza di rigetto di una domanda di condanna (*Leistungsklage*) o costitutiva (*Gestaltungsklage*): v. C. ALTHAMMER, sub § 322, *Materielle Rechtskraft*, cit., 861 per le prime («das klageabweisende Urteil stellt also seinem Inhalt nach ein Feststellungsurteil dar») e 864 per le seconde; H. ROTH, sub § 256 in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tubinga 2018²³, III, 868.

⁵¹ Così, ad esempio, di recente, Trib. Cassino, 26 febbraio 2021, n. 276 a proposito di un'azione confessoria di servitù di passaggio *ex art. 1079 c.c.* Il convenuto eccepeva l'estinzione del diritto di servitù (e chiedeva anche, in via riconvenzionale, l'accertamento della non più esistenza del diritto di servitù). Il giudice affermava di decidere sulla base della ragione più liquida, rilevata d'ufficio, consistente nell'inesistenza del titolo costitutivo del diritto. Si trattava di una questione che presentava al suo interno tutta una serie di sotto-questioni di varia natura che il giudice doveva esaminare: rilevabilità d'ufficio della non esistenza del titolo costitutivo del diritto non eccepeva dall'attore, mezzi di conoscenza del vincolo di servitù da parte del proprietario del fondo servente quando la servitù non risulta dalla trascrizione dell'atto di trasferimento di tale fondo, esistenza di un riconoscimento implicito – e dunque accettazione – della servitù derivante dalla domanda di estinzione della servitù. Tramite la decisione della prima questione (e giocoforza anche dei suoi vari sotto-profili), tuttavia, il giudice evitava quantomeno l'esame dell'altra – e cioè l'estinzione del diritto di servitù – che rimaneva assorbita; Trib. Roma 5 febbraio 2019, n. 2533, resa all'esito di un'azione per la dichiarazione dell'acquisto della proprietà a seguito di intervenuta usucapione del terreno adiacente l'immobile di proprietà dell'attore. Il convenuto Comune di Roma contestava la sussistenza dei requisiti per l'acquisto, in capo all'attore, della proprietà del bene e affermava che il terreno appartenesse al demanio o al patrimonio indisponibile, donde non fosse acquistabile a mente dell'art. 1158 cc. Il giudice rigettava la domanda per carenza del fatto costitutivo consistente nel possesso esclusivo per oltre vent'anni del bene; App. Venezia 2 agosto 2018, n. 2211, rappresenta invece un esempio di solo apparente applicazione del criterio della ragione più liquida. Infatti a seguito della dichiarazione di fallimento di un'impresa, veniva proposto reclamo ai sensi dell'art.

necessariamente respinge la domanda dell'attore. Lo stesso avviene nell'ambito della tutela di condanna, dove l'attore chiede che sia riconosciuto il diritto a che il convenuto tenga il comportamento imposto dalla legge e il giudice lo nega⁵².

art. 18 l.f. Il reclamo era fondato su tre motivi: mancato raggiungimento delle soglie di "fallibilità" cui all'art. 15 l.f.; mancata prova degli asseriti debiti esattoriali allegati dal PM; carenza dello stato di insolvenza. Per quanto vi sia richiamo alla ragione più liquida, dalla lettura della motivazione risulta che il giudice ha proceduto ad esaminare tutti i motivi di reclamo, poiché lo stesso è respinto ed è confermata la dichiarazione di fallimento. Trattandosi infatti di una sentenza che dichiara lo *status* di fallito del resistente non può il giudice esimersi dall'esame dell'intera fattispecie. Cfr., a proposito dell'oggetto della sentenza e del giudicato fallimentare, F. DE SANTIS, *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare diretto da V. Buonocore – A. Bassi, I, I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordate*, Padova 2010, 454 ss. L'oggetto della pronuncia di accoglimento è esteso, secondo l'Autore, allo *status* di fallito del debitore, ai suoi requisiti soggettivi e alla sussistenza dell'insolvenza (pag. 455). Si noti dunque che anche per le pronunce che accertano la sussistenza di un determinato *status* giuridico vale la regola per cui la sentenza di inesistenza della situazione giuridica dedotta in giudizio è una sentenza di rigetto della domanda dell'istante.

⁵² Gli esempi sono innumerevoli. Molti derivano dal settore del risarcimento del danno. Cfr., ad esempio Trib. Pisa, 24 marzo 2020, n. 330 relativa a un'azione risarcitoria promossa dal sedicente cliente di un avvocato nei confronti di quest'ultimo che, non comparendo all'udienza in un procedimento di sfratto per morosità, non impediva l'emanazione dell'ordinanza di convalida. Il tribunale fondava la decisione sulla sola questione della mancata prova del danno; App. Venezia, 21 novembre 2019, n. 5219, resa all'esito di un'azione di responsabilità promossa dalla curatela fallimentare nei confronti di amministratori, sindaci, revisori legali e soci. L'azione veniva rigettata. In appello due *ex soci* della società fallita, criticavano la decisione del Tribunale per non aver ravvisato la temerarietà dell'azione di responsabilità proposta dalla curatela fallimentare ai sensi dell'art. 96, comma 1 e 96 comma 3 c.p.c. Il giudice affermava di pronunciare sulla base della ragione più liquida. Secondo la Corte d'appello elemento costitutivo della pretesa risarcitoria di cui all'art. 96 comma 1 era rappresentato dalla sopportazione di un pregiudizio, che nel caso di specie non si era verificato. Riteneva invece che ricorressero i presupposti per la condanna al pagamento della somma di cui al terzo comma dell'art. 96 c.p.c. in quanto – secondo quanto emerge da un orientamento consolidato in giurisprudenza – l'applicazione della norma in questione non richiede la prova del danno; Trib. Trani, 18 settembre 2019, n. 1698 relativa a un'azione di risarcimento danni nei confronti del datore di lavoro per *mobbing*, rigettata per carenza dell'illiceità del comportamento datoriale; Trib. Milano, 10 settembre 2019, n. 8076 relativa ad azione di risarcimento per responsabilità precontrattuale, rigettata per mancanza della violazione degli obblighi informativi; Trib. L'Aquila, 9 luglio 2019, n. 522 relativa ad un'azione di risarcimento danni contro l'amministrazione penitenziaria, rigettata per carenza del nesso di causalità; Trib. Latina, 4 giugno 2019, n. 1454 resa a seguito di un'azione di risarcimento danni da inadempimento contrattuale nei confronti del commercialista (*rectius* del suo erede). Il tribunale rigettava la domanda perché riteneva non provato il conferimento dell'incarico professionale – essendo, naturalmente, il rapporto contrattuale elemento costitutivo del diritto al risarcimento del danno *ex art. 1218 c.c.*; Trib. Napoli, 24 luglio 2019, n. 7445, resa all'esito di azione di risarcimento per sinistro stradale esercitata dagli eredi della persona deceduta nell'incidente. La decisione di rigetto veniva fondata sulla carenza dell'elemento costitutivo della colpa in capo al danneggiante; Trib. Napoli, 25 maggio 2019, n. 5160, resa a seguito di un'azione risarcitoria nei confronti del Comune per un danno patito dall'attore cadendo in una buca lungo la strada. Ragione più liquida era considerata l'inesistenza del nesso di causalità; Trib. Cosenza, 15 maggio 2019, n. 1019, resa all'esito di un'azione per far valere la responsabilità per l'interruzione del servizio elettrico che avrebbe causato danni all'attore. Accolta in primo grado, la domanda veniva rigettata in appello sulla base della ragione più liquida consistente nella mancata prova del danno; Trib. Torino, sez. imprese, 27 febbraio 2019, n. 942, resa nell'ambito di un giudizio proposto da una società a tutela di un modello ideato dal proprio legale rappresentante Ing. M. per determinare la valutazione dei rischi. In particolare veniva chiesto il risarcimento del danno per l'utilizzazione di tale modello. La

Questa prima ipotesi trattata non presenta profili problematici e pertanto non è necessario indugiarvi ulteriormente. Si ritiene opportuna una sola precisazione: l'elemento su cui è basata la decisione può essere un mero fatto o un fatto-diritto. Come già accennato, questi ultimi, oltre a rientrare nella fattispecie costitutiva o impeditiva, modificativa, estintiva del diritto oggetto del processo, sono a loro volta gli effetti giuridici di un'autonoma fattispecie, situazioni giuridiche che potrebbero costituire oggetto di un distinto processo⁵³. Rispetto ai fatti-diritti una parte della dottrina e della giurisprudenza distingue fra quelli che si pongono in rapporto di pregiudizialità c.d. tecnica e quelli che si pongono invece in rapporto di pregiudizialità c.d. logica: i primi non rientrano nell'oggetto del processo e per essere accertati con autorità di giudicato necessitano dell'esplicita domanda di parte (o della espressa previsione di legge) in base al disposto dell'art. 34 c.p.c., mentre i secondi sono automaticamente ricompresi nell'oggetto del processo e dunque sono accertati con autorità di giudicato a prescindere da una qualsiasi istanza in tal

causa era decisa poiché mancava il "fatto illecito", in quanto il documento ideato dal legale rappresentante non era tutelato dalla legge sul diritto d'Autore; App. Roma 20 novembre 2018, n. 7318, resa all'esito di un'azione di risarcimento del danno promossa dai nipoti della zia deceduta in un sinistro stradale. La domanda era rigettata in primo grado in quanto il comportamento del pedone investito avrebbe spezzato il nesso causale fra condotta e evento. La Corte d'appello respingeva l'impugnazione confermando il rigetto della domanda sulla base della ragione più liquida consistente nella carenza di titolarità del diritto al risarcimento del danno. Il giudice dell'appello riteneva infatti di aderire all'orientamento della Cassazione per cui il diritto al risarcimento non patrimoniale per la perdita di un congiunto in tanto può essere accordato in quanto vi sia convivenza con tale congiunto; convivenza che nel caso di specie non sussisteva.

Fuori dall'ambito del diritto al risarcimento del danno, cfr. Trib. Milano, 24 febbraio 2020, n. 184 relativa a un'azione per ottenere il pagamento degli straordinari asseritamente effettuati, rigettata per mancanza di prova circa l'effettiva prestazione di tali straordinari; Trib. Asti, 15 gennaio 2019, n. 23, resa su domanda di ripetizione dell'indebito di somme versate ad una banca dal suo cliente, che lamentava irregolarità nei rapporti di conto corrente. La domanda veniva rigettata in base alla ragione più liquida consistente nella mancata prova dell'indebito pagato, prova che doveva essere fornita tramite il deposito dei contratti di conto corrente e dei relativi estratti conto (in termini simili cfr. Trib. Parma, 8 gennaio 2019, n. 37; Trib. Roma, 27 novembre 2018, n. 18281; Trib. Roma, 27 novembre 2018, n. 18263); Trib. Modena 3 giugno 2019, n. 43, dove, insieme ad altre, veniva proposta domanda per il pagamento di differenze retributive dovute a straordinari. Il giudice la rigettava per la genericità dell'allegazione e la lacunosità della prova offerta circa lo svolgimento del lavoro straordinario (ragione più liquida); Trib. Cassino, 19 marzo 2019, n. 362 riguarda un'azione di rivendica, rigettata perché l'attore non provava il titolo di acquisto del diritto di proprietà (in particolare la serie ininterrotta di trasferimenti del bene immobile ovvero l'acquisto a titolo originario).

⁵³ V., al riguardo, D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti*, cit., 42 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, rist., Milano 1992, 67 ss., spec. 69; G. FABBRINI, *L'eccezione di merito*, cit., 258; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 112; A. CERINO CANOVA, *Sul contenuto delle sentenze non definitive*, cit., 256; V. DENTI, *Sentenze non definitive*, cit., 216 s..

senso⁵⁴. Ora in questa fase dell'indagine non è necessario prendere posizione a favore o contro tale tesi: infatti, se anche si ritenesse che i fatti-diritti non rientrano in nessun caso nel perimetro dell'oggetto del giudizio e del giudicato, varrebbe sempre la conclusione per cui la decisione può fondarsi sulla loro esistenza o inesistenza, poiché gli stessi rientrano senza dubbio, al pari di qualunque fatto condizionante il diritto dedotto in giudizio, nel perimetro dell'oggetto della cognizione.

5.2. Decisioni di accoglimento di domande di accertamento negativo

Il secondo gruppo di esempi che si prende in considerazione è rappresentato dalle decisioni rese su domande di accertamento negativo, intendendo questa espressione come riferita a tutte le ipotesi in cui le posizioni dell'attore e del convenuto si invertono rispetto al caso più comune in cui è il primo a far valere l'esistenza del diritto soggettivo e il secondo a sostenerne l'inesistenza. Si tratta, insomma, dell'ipotesi speculare rispetto a quella analizzata nel paragrafo precedente, con l'unica differenza che qui il tipo di tutela richiesta dall'attore non può che essere di mero accertamento.

In generale occorre premettere che il tema della domanda di accertamento negativo pone problemi molto grossi anche con riferimento all'oggetto del processo⁵⁵, di cui da anni si discute soprattutto in dottrina. In questa sede non è possibile darne conto in maniera analitica. Si tenterà soltanto di mettere in luce alcuni punti, senza pretesa di esaustività, al solo fine di un più consapevole inquadramento della problematica di cui ci si occupa in questo studio.

⁵⁴ Sulla teoria della pregiudizialità c.d. logica e dell'espansione dell'oggetto del processo al rapporto fondamentale v. per alcuni cenni, *surpa*, Cap. 1, par. 2 e, più approfonditamente, *infra*, Cap. 3, par. 7. Sulla definizione di rapporto pregiudiziale v. *supra*, Cap. 1, nt. 138.

⁵⁵ Un'altra questione fortemente problematica con riferimento all'azione di accertamento negativo è quella relativa alla ripartizione dell'onere della prova: a tal riguardo v. per tutti, G. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 386 ss.; G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., 523 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, cit., 655 ss.; E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo*, cit. 1101 ss.; A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 412 ss.; C. CARIGLIA, *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino 2013, 115 ss.

La teoria secondo cui l'oggetto del processo è rappresentato anche in questo caso dal diritto soggettivo (stavolta però ne è il convenuto il titolare) è diffusa in dottrina⁵⁶. Per chi vi aderisce è naturale affermare che l'accoglimento della domanda di accertamento negativo equivale al rigetto della domanda di accertamento positivo e che il rigetto della domanda di accertamento negativo – ed è questo il profilo da cui scaturiscono i dubbi su cui fa leva il contrapposto orientamento dottrinale – equivale all'accoglimento di una domanda di accertamento positivo, con la precisazione che nel caso che ci occupa il provvedimento emanato non può conferire le utilità tipiche della tutela di condanna o di quella costitutiva⁵⁷.

Esiste tuttavia anche un'opposta teoria, autorevolmente sostenuta in dottrina, per cui l'oggetto del processo nelle ipotesi in esame sarebbe rappresentato dalle sole singole questioni dedotte dall'istante. Infatti ciò che l'attore in accertamento negativo fa valere sono comunque eccezioni e di conseguenza «dall'attore e dall'oggetto di giudizio da lui introdotto *non può pretendersi di più* di quanto implicato dalla decisione su un'eccezione e dunque da una decisione che solo *eventualmente* (per il caso cioè che l'eccezione sia *fondata* ed assorba il giudizio sui restanti elementi della fattispecie) può comportare la definizione della lite sull'esistenza del diritto controverso» (corsivo dell'Autrice)⁵⁸. Quanto agli effetti

⁵⁶ In questo senso cfr. A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 658-659; A. ATTARDI, *Diritto processuale*, I, cit., 95; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, cit., 25 s.; E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, cit., 26; ampiamente A. ROMANO, *op. cit.*, 263 ss.; C. CARIGLIA, *op. cit.*, 88 ss.; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 658 ss. e R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., 60 ss.

⁵⁷ Ma su questo specifico punto v., in senso contrario, A. CHIZZINI, *op. ult. cit.*, 661, in coerenza con la propria ricostruzione sull'oggetto delle sentenze dichiarative, costitutive e di condanna (cfr. *supra*, Cap. 1, par. 2, nt. 6).

⁵⁸ Così E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo*, cit., 1089. L'Autrice riprende e sviluppa lo spunto di V. TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 21 ss. il quale, partendo dalla teoria per cui l'oggetto del giudizio consisterebbe nell'accertamento sui fatti dedotti dall'attore e sulla loro idoneità/efficacia a produrre un determinato effetto giuridico, conclude che nell'ipotesi di domanda di accertamento negativo, si ha un giudizio che non va oltre i singoli fatti costitutivi dichiarati inesistenti o i singoli fatti estintivi dichiarati esistenti. E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 1083 s. critica la ricostruzione per cui l'oggetto del giudizio si determinerebbe in ragione dei fatti costitutivi dedotti dall'attore, in quanto tale teoria confonde l'oggetto della cognizione con l'oggetto del giudizio: se la regola dell'onere di allegazione vieta al giudice di conoscere fatti diversi da quelli introdotti in giudizio dalle parti, essa non circoscrive l'oggetto del giudizio (e ciò in linea con la dottrina assolutamente maggioritaria in Italia richiamata dall'Autrice alla nota 44; sono infatti eccezionali le ipotesi in cui il fatto allegato svolge una funzione individuatrice della domanda; v. *supra*, Cap. 1, par. 5). Tuttavia Merlin, facendo leva sulla considerazione per cui il materiale cognitivo del giudice è in questo caso limitato, conclude che l'unica soluzione è immaginare un giudizio su questioni, in quanto non si potrebbe pensare che si

della pronuncia emanata a conclusione del processo, la cifra della teoria in parola si coglie non tanto rispetto alla sentenza di accoglimento della domanda di accertamento negativo, che produce un effetto analogo a quello che ha per i sostenitori della tesi opposta (accerta la non esistenza del diritto soggettivo del convenuto), bensì rispetto alla sentenza di rigetto della domanda di accertamento negativo dove, essendo il materiale cognitivo del giudice limitato, non si potrebbe pensare ad una pronuncia, sul diritto soggettivo, con effetti preclusivi rispetto a eccezioni (intese come fatti i.m.e.) o fatti costitutivi che non potevano essere oggetto di cognizione da parte del giudice. Certo, è vero che quanto più numerose sono le eccezioni o la carenza di fatti costitutivi dedotti dall'attore, tanto più – di fatto – la decisione avrà efficacia estesa, paragonabile a quella di una decisione di rigetto di domanda di accertamento positivo, ma ciò deriva da una mera contingenza e cioè il numero di questioni che le parti hanno deciso di portare in giudizio.

A sostegno della tesi maggioritaria, tuttavia, sono stati messi in evidenza i seguenti argomenti: a) in generale dal sistema si ricava il principio per cui il giudicato si forma su diritti e non su meri fatti e non ci sono ragioni per ritenere che ciò non valga anche per il settore – non certo esiguo – delle azioni di accertamento negativo⁵⁹; b) le disposizioni che contemplano due importanti ipotesi tipiche di azioni di accertamento negativo (gli artt. 949, comma 1 c.c. e 615, comma 1 c.p.c.) collegano la domanda al diritto soggettivo⁶⁰; c) aderendo alla teoria criticata sarebbe violato il principio di parità delle armi «poiché l'una [parte] rischia tutto, l'altra nulla (se non le spese di giudizio)»⁶¹.

crei un giudicato con effetti preclusivi rispetto a eccezioni o fatti costitutivi che non potevano essere oggetto di cognizione da parte del giudice. La tesi in parola era stata sostenuta anche da alcuni Studiosi che si sono occupati di un tipo specifico di azione di accertamento negativo: l'opposizione all'esecuzione. Costoro affermano che l'oggetto del giudizio di opposizione sarebbe rappresentato non dal diritto di credito, ma dal singolo motivo speso dall'opponente (cfr. in questo senso R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sistematica di dir. proc. civ. diretta da A. Proto Pisani*, Torino 1983, 76 ss. e spunti anche in G. VERDE, *L'onere della prova*, cit., 532 ss.). Per approfondimenti sulla natura e sull'oggetto del processo di opposizione all'esecuzioni v. *infra*, in questo paragrafo, nel testo e in nota, mentre per altri riferimenti dottrinali sulla configurabilità in generale nel nostro ordinamento di un giudizio su questioni v. *supra*, Cap. 1, par. 2, nt. 2. Per un'ampia ricostruzione dell'evoluzione delle diverse teorie relative alla funzione dell'azione di accertamento negativo e al suo oggetto v. C. CARIGLIA, *Profili generali dell'azione*, cit., 28 ss.

⁵⁹ C. CARIGLIA, *op. cit.*, 89 ss., 113 s.

⁶⁰ A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 268 ss.

⁶¹ A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 660; v. anche A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 272, che afferma «promovendo il giudizio in forma negativa, il destinatario del vanto intende conseguire

L'obiezione della tesi minoritaria per cui il giudice adito con domanda di accertamento negativo avrebbe una cognizione solo parziale dei fatti costitutivi e dei fatti i.m.e. può essere superata riflettendo sull'onere di allegazione dei fatti da parte del presunto soggetto passivo del diritto soggettivo: costui, infatti, se convenuto in giudizio, ha l'onere di proporre tutte le contestazioni specifiche relative ai fatti costitutivi e tutte le eccezioni deducibili contro il diritto fatto valere (onere speculare a quello dell'attore di dedurre tutti i fatti costitutivi del diritto che aziona). Lo stesso, però, deve valere anche se il medesimo soggetto anziché essere convenuto, decide di farsi attore⁶². Al riguardo è interessante riflettere⁶³ sul parallelismo, riferito dalla stessa dottrina minoritaria, fra la situazione di cui si discute (azione di accertamento negativo fondata solo sulla contestazione di alcuni fatti costitutivi o su alcune eccezioni) e l'ipotesi di una domanda di accertamento positivo relativa ad un diritto suscettibile di fondarsi su una pluralità di fatti costitutivi concorrenti. «Anche in tal caso, infatti – si dice – l'allegazione del fatto costitutivo concorrente è meramente eventuale e può ben darsi che l'attore faccia valere solo un determinato fatto costitutivo, senza allegare gli altri. Ma non vi è in tal caso alcuna necessità che il fenomeno si traduca in una restrizione dell'oggetto del giudizio e del giudicato (che investe comunque il diritto in sé). Il giudice può ben rigettare la domanda e dichiarare inesistente il diritto con effetto di preclusione del deducibile quanto ai fatti costitutivi non allegati, come già si diceva sopra. Infatti, la declaratoria di inesistenza di un diritto (a differenza della declaratoria di esistenza cui si vorrebbe equiparare il rigetto della domanda di accertamento

[potremmo anche dire: “non può che conseguire”] esattamente la medesima utilità che gli avrebbe assicurato una pronuncia di rigetto nel merito, qualora il processo fosse stato direttamente iniziato dal sedicente soggetto attivo del diritto, ed il supposto soggetto passivo vi fosse invece stato convenuto».

⁶² Per la dimostrazione di tale assunto cfr. A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, 289 ss.; A. CHIZZINI, *op. ult. cit.*, 661 s. che afferma «in realtà, opera, anche nel caso, quel generale principio di semplificazione della fattispecie che caratterizza tutto il diritto processuale e la dinamica del processo nel suo interno, come comprova la eminentemente pratica nozione di fatto impeditivo (...). È, quindi, onere dell'attore dedurre quei fatti che reputa rilevanti e compiere tutte quelle affermazioni che sono necessari per convincere il giudice a decidere per l'inesistenza del diritto. È questo il rischio che si corre con l'agire in accertamento negativo, pertanto se la questione circa l'esistenza di un fatto costitutivo non è stata affrontata in giudizio *imputet sibi*».

⁶³ Soprattutto ai fini del presente studio che si concentra sulle diverse ipotesi in cui può verificarsi l'assorbimento delle questioni a seguito della decisione fondata su una sola ragione.

negativo), non presuppone alcun “nucleo minimo di accertamento”⁶⁴. Questo ragionamento non pare convincente, nel caso in cui il criterio della ragione più liquida venga impiegato per selezionare uno dei fatti costitutivi concorrenti: nelle domande di accertamento positivo di diritti autodeterminati, infatti, il criterio in parola opera – come si è già accennato⁶⁵ e come meglio si vedrà⁶⁶ – per accogliere la domanda; mentre invece se il giudice intende respingerla, una volta verificato che manca uno dei più fatti costitutivi concorrenti, deve procedere ad esaminare la ricorrenza degli altri (ecco che ricompare il «nucleo minimo di accertamento»). Se non lo fa perché non sono stati allegati gli altri fatti costitutivi, l’attore sopporta le conseguenze del mancato soddisfacimento del proprio onere, il che è esattamente quello che succede al soggetto passivo del diritto che agisce in accertamento negativo e si vede respingere la domanda, con dichiarazione di esistenza del diritto altrui, pur in mancanza dell’allegazione di tutte le eccezioni. Sono quelle appena esposte le ipotesi da comparare: siccome sono perfettamente speculari e siccome nessuno dubita che nella prima l’oggetto del processo sia il diritto soggettivo e non la questione relativa alle conseguenze giuridiche prodotte dal singolo fatto costitutivo allegato, non dovrebbero esservi dubbi nemmeno riguardo alla seconda.

Sul piano pratico, tuttavia, l’adesione all’una o all’altra tesi non ha grosse ripercussioni sull’utilizzo del criterio della ragione più liquida⁶⁷: il giudice, stante il divieto di utilizzazione del proprio sapere privato, si troverà sempre a scegliere fra i fatti costitutivi o i.m.e. allegati dalle parti e poco cambia che si considerino essi stessi oggetto del processo ovvero li si reputi rilevanti ai fini dell’esistenza o inesistenza del diritto soggettivo cui si riferiscono. Forse la teoria del giudizio su questioni potrebbe sollevare l’interrogativo circa la possibilità di usare il criterio della ragione più liquida come strumento di selezione tra diverse questioni non legate dalla preliminarità al diritto soggettivo, dato che quest’ultimo – nell’ambito

⁶⁴ Così E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo*, cit., 1090, nt. 58, ma il tema viene sviluppato anche nel testo alla stessa pagina e *supra*, 1084.

⁶⁵ V. *supra*, par. 4, testo e nt. 27 dove sono riportati i riferimenti agli Autori che affermano la possibilità di utilizzare la ragione più liquida (e dunque di fondare la decisione su un solo motivo) nelle pronunce di accoglimento della domanda.

⁶⁶ V. *infra*, par. 7.

⁶⁷ Semmai un più forte impatto lo può avere sugli effetti del giudicato, argomento che sarà trattato al Cap. 3, par. 6 ss.

di questa teoria – scompare dalla scena⁶⁸; tuttavia si potrebbe abbastanza agevolmente concludere che, se la ragione più liquida può essere impiegata per selezionare una tra le più domande (su diritti) cumulate, tendenti al medesimo risultato economico⁶⁹, lo stesso potrebbe avvenire tra le più questioni (di nuovo cumulate e tendenti allo stesso risultato economico).

Comunque, partendo dalla ricostruzione maggiormente condivisa per cui l'oggetto del processo è in tutte le ipotesi in esame il diritto soggettivo⁷⁰, è possibile osservare alcuni esempi di impiego del criterio della ragione più liquida come mezzo per individuare quel solo motivo su cui si regge la decisione⁷¹. Si avrà sempre a che fare con una pronuncia di *accoglimento* della domanda, poiché quest'ultima, come si è detto in apertura, è diretta ad ottenere la dichiarazione di non esistenza del diritto altrui o del rapporto giuridico fra le parti.

Tra gli esempi ci sono l'azione di nullità e l'azione di simulazione, dove la decisione di non esistenza del negozio giuridico può fondarsi, appunto, sulla riscontrata presenza di un fatto impeditivo del perfezionamento dello stesso⁷²⁻⁷³.

⁶⁸ Anche se non del tutto: in qualche modo rimane sullo sfondo, essendo indispensabile per selezionare le questioni giuridiche rilevanti.

⁶⁹ Sull'applicazione del criterio della ragione più liquida a cavallo tra più domande v. *infra*, par. 6.

⁷⁰ Si parte da questa ricostruzione non solo perché è la tesi maggiormente condivisa e più convincente sul piano sistematico, ma anche per esigenze espositive, dal momento che, come si è appena detto, le conclusioni sul tema attualmente oggetto di analisi non sarebbero molto diverse se si partisse dalla tesi opposta.

⁷¹ Cfr. A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 297 s., 308.

⁷² Cfr. I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 245 ss.; S. MENCHINI, *Nullità contrattuale e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 352, 360 i quali osservano che i fatti che danno luogo a nullità sono fatti impeditivi dell'efficacia del contratto; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 94; R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ., Suppl.*, 2008, 59 ss.; v. anche C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 215 ss. dove il raffronto fra azione di nullità e simulazione e azioni di impugnativa negoziale fa emergere la natura di azioni di accertamento negativo (del contratto) delle prime (espressamente in questo senso pag. 286). La tesi opposta, per cui tali azioni avrebbero ad oggetto mere questioni preliminari era invece stata sostenuta da E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, cit., 20 e ID., *Sull'accertamento della nullità e della simulazione*, cit., 652 ss., con echi in E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo*, cit., 1107 ss., e M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.*, cit., 137 ss.

⁷³ A tal riguardo v. App. L'Aquila 8 aprile 2020, n. 537, dove era proposta domanda per la dichiarazione di nullità del contratto "4You" da parte della cliente contro la Banca. L'attrice denunciava una serie di profili di nullità del contratto. Il giudice di primo grado disattendeva uno ad uno i profili di invalidità del contratto e dunque respingeva la domanda. La Corte d'appello, avanti la quale era impugnato il provvedimento del Tribunale, accoglieva l'appello e dunque dichiarava nullo il contratto sulla base dell'affermata illiceità della causa dello stesso, selezionando uno dei più motivi di invalidità.

Può essere interessante aggiungere, in questa sede, un ulteriore argomento a sfavore della teoria della domanda di accertamento negativo come fondativa di un giudizio su questioni. È opportuno

Un altro esempio dell'ipotesi in esame è rappresentato dall'opposizione al precetto o all'esecuzione. Quest'ultima, considerata dalla dottrina maggioritaria azione di accertamento negativo⁷⁴, ha ad oggetto, secondo la formula dell'art. 615 c.p.c., «il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata». In questa espressione si intendono ricompresi il diritto processuale di azione esecutiva sui beni del debitore e, eventualmente, qualora nell'opposizione siano spesi motivi relativi alla non esistenza del credito su cui si fonda il titolo esecutivo, anche, appunto, il (pregiudiziale) diritto di credito⁷⁵. Con riferimento ad entrambi i profili

tener presente che spesso con la domanda di nullità vengono cumulate domande di annullamento o risoluzione dello stesso contratto, in quanto il risultato che ha di mira l'attore è la caducazione del negozio, con conseguente liberazione dagli obblighi da esso derivanti. Le domande di annullamento e risoluzione sono considerate dalla dottrina tradizionale azioni costitutive; per queste non è stato necessario elaborare la teoria del giudizio su questioni, sebbene anche qui venga esercitata «un'eccezione in veste di azione»: nelle azioni costitutive, infatti, una parte ancora consistente della dottrina rinviene l'oggetto del processo nel diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale e dunque rintraccia in esso il diritto soggettivo da porre ad oggetto del processo. La conseguenza sarebbe che nei processi in cui sono fatti valere profili di nullità e di annullamento (o risoluzione o rescissione) si avrebbe un processo con un (singolare) oggetto complesso: con riferimento ai primi un giudizio su questioni e con riferimento ai secondi un giudizio sul diritto potestativo a ottenere l'invalidazione del negozio. L'opposta teoria, per cui in entrambi i casi (domanda dichiarativa di nullità e domanda costitutiva di impugnativa negoziale) l'oggetto del processo è costituito dalla esistenza o inesistenza della situazione giuridica scaturita dal contratto pare invero più lineare. In questa prospettiva, cioè se il diritto soggettivo fatto valere è lo stesso, i profili di nullità o annullabilità (o risolubilità o rescindibilità) divengono tutti motivi su cui, alla pari, il giudice può fondare la sua decisione di non esistenza del diritto (a condizione che sia stato esercitato il potere di parte dove richiesto): il criterio della ragione più liquida opera come strumento per selezionare una delle più questioni, tutte contenute nel perimetro dell'oggetto del giudizio. Il tema sarà comunque ripreso e approfondito al par. 5.4, dove saranno indicati anche i riferimenti di dottrina alle tesi citate e la giurisprudenza recente.

⁷⁴ In questo senso v., fra molti, C. FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze 1942, 140 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli 1957, 337 ss.; R. ORIANI, voce *Opposizione all'esecuzione*, in *Dig. disc. priv.*, XIII, Torino 1995, 601 ss. al quale si rinvia per ulteriori riferimenti; A. ROMANO, *L'azione*, cit., 136 ss.; nonché, da ultimo, D. MICALI, *L'opposizione all'esecuzione come azione in giudizio. Struttura e funzione del rimedio esecutivo*, Napoli 2020, 173 ss. A onor del vero occorre segnalare che si registrano opinioni difformi (v., in particolare E. GARBAGNATI, voce *Opposizione all'esecuzione (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino 1965, 1071 ed E.T. LIEBMAN, *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma 1936, 188 ss.) per cui il giudizio d'opposizione all'esecuzione avrebbe natura costitutiva; tuttavia è stato rilevato come si tratti di una disputa priva di significativi risvolti applicativi (cfr. R. VACCARELLA, *Titolo esecutivo*, cit., 266; A. ROMANO, *L'azione*, cit., 137 nt. 164).

⁷⁵ Cfr., da ultimo, D. MICALI, *L'opposizione all'esecuzione*, cit., 175 e 211 ss., spec. 220 ss., 241 ss.; ivi ulteriori riferimenti di dottrina. L'Autore sostiene che il giudizio di opposizione all'esecuzione è un giudizio che, allorché siano sollevati motivi relativi al «merito» e cioè al diritto di credito, ha necessariamente oggetto duplice: il diritto di azione esecutiva e il diritto di credito. Nella sua ricostruzione fra i due diritti non ricorre una relazione di pregiudizialità dipendenza, come invece afferma la dottrina maggioritaria. Il dibattito non ha tuttavia una rilevante importanza pratica: infatti anche tra i fautori della teoria della pregiudizialità, si osserva come esigenze di carattere pratico impongono di considerare il diritto di credito come una di quelle questioni pregiudiziali che ai sensi dell'art. 34 c.p.c., per volontà di legge, devono essere accertate dal giudice con autorità di cosa giudicata (v. in questo senso A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 700).

l'opponente chiede un accertamento di non esistenza; la sua domanda potrà essere *accolta* sulla base della carenza di un solo fatto costitutivo di uno di questi due diritti o sulla base della sussistenza di un fatto estintivo⁷⁶.

L'ultima ipotesi di domanda di accertamento negativo che si prende qui in considerazione è rappresentata dall'opposizione a decreto ingiuntivo per inesistenza del credito il cui pagamento è stato ingiunto⁷⁷. È senz'altro da segnalare che questo caso viene solitamente trascurato negli studi che si occupano delle cause di accertamento negativo e dei suoi problemi⁷⁸. Il motivo risiede nel fatto che tale

⁷⁶ Come mostra la casistica che si riporta di seguito sia che l'opponente deduca motivi relativi al diritto di azione esecutiva, sia che deduca motivi relativi al credito sottostante, la pronuncia di non esistenza di tali diritti è una pronuncia di accoglimento dell'opposizione. V. come esempio di applicazione del criterio della ragione più liquida, Trib. Avezzano 26 agosto 2019, n. 410 dove l'opponente deduceva la nullità del contratto di mutuo fondiario su cui era fondato il precetto per una serie di motivi fra cui anche la carenza dell'elemento della *traditio* o della messa a disposizione del denaro. Il giudice accoglieva l'opposizione sulla base di questo motivo; v. anche App. Ancona 27 dicembre 2018, n. 3093, resa a seguito di un'azione di opposizione a precetto fondata su due motivi: la nullità del precetto per mancanza di procura conferita al difensore che aveva sottoscritto l'atto e l'inidoneità dell'ordinanza presidenziale *ex art. 708 c.p.c.* a costituire titolo esecutivo. Il giudice di primo grado rigettava l'opposizione, salvo ridurre l'ammontare del credito in quanto nel frattempo era intervenuto il pagamento di una *tranche*; per far ciò, infatti, esaminava e respingeva entrambe le eccezioni. Veniva poi proposta impugnazione da parte dell'opponente in primo grado che riproponeva i motivi già sollevati. Il giudice dell'appello ricorreva al criterio della ragione più liquida selezionando il motivo dell'inidoneità dall'ordinanza presidenziale *ex art. 708 c.p.c.* a costituire titolo esecutivo per accogliere l'opposizione dichiarando l'inefficacia dell'atto di precetto e dunque l'inesistenza del diritto di azione esecutiva. Come esempio in negativo v. invece Trib. Benevento, 18 settembre 2020, n. 1254 che si occupa di un'opposizione all'esecuzione in cui venivano sollevati una serie di motivi, tanto di rito (relativi al titolo esecutivo) quanto di merito (una serie di questioni relative all'inesistenza del credito). Il giudice rigettava l'opposizione e per far ciò affermava espressamente l'infondatezza di ciascun motivo. Il riferimento contenuto in motivazione al criterio della ragione più liquida appare funzionale soltanto a selezionare profili interni alle singole questioni; oppure App. Milano 28 febbraio 2019, n. 62, resa all'esito di un'opposizione a precetto fondata su due motivi: l'esistenza di precedente precetto relativo allo stesso credito cui non era seguita esecuzione forzata e la carenza del requisito della liquidità del credito. In primo grado il Tribunale di Lodi rigettava l'opposizione esaminando e superando entrambi i motivi. In appello venivano proposte due censure relativamente alle medesime questioni e il giudice dell'appello era di nuovo costretto a esaminare entrambi i profili per rigettare l'opposizione. Di fatto, dunque, nonostante quanto affermato, non veniva fatto alcun impiego del criterio in parola.

⁷⁷ Diverso il caso in cui il giudice revochi il decreto ingiuntivo per mancanza dei requisiti speciali di ammissibilità dello strumento *ex art. 633 c.p.c.* trattandosi in questo caso di una pronuncia di rito che non statuisce sull'esistenza di un diritto.

⁷⁸ V. apertamente A. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, cit., 123-124: «Si possono pertanto serenamente trascurare (...) le domande d'accertamento negativo proposte attraverso strumenti d'impugnazione sostitutiva, le quali – com'è noto – mirano non già ad ottenere la dichiarazione d'inesistenza d'un diritto soggettivo fino ad allora vergine di cognizione giurisdizionale, bensì a prevenire il consolidarsi di una statuizione giudiziale positiva, compiuta in altra fase, cui intendono sovrapporre un *decisum* di segno contrario (come ad esempio può accadere per l'appello e come sempre accade per l'opposizione a provvedimento monitorio)». Rispetto all'appello (oppure, ad esempio, nell'ambito del processo di impugnazione del licenziamento secondo il rito stabilito dalla l. 92/2012, rispetto alla fase di opposizione successiva all'ordinanza provvisoria che accoglie o respinge la domanda del lavoratore), ciò che caratterizza il giudizio di

ipotesi non solleva né il problema dell'oggetto del processo poiché esso corrisponde pacificamente al diritto di credito che era già stato dedotto in giudizio con il ricorso introduttivo della fase monitoria, né il problema del riparto degli oneri probatori poiché – si afferma comunemente – nella fase di opposizione al provvedimento d'ingiunzione si ha un'inversione solo formale delle posizioni delle parti. Si tratta pertanto di un'ipotesi (più semplice, ma pur sempre) di domanda di accertamento negativo. Di conseguenza il criterio della ragione più liquida potrà essere impiegato per *accogliere* la domanda di non esistenza del credito per il quale era stata emanata l'ingiunzione⁷⁹.

opposizione al decreto ingiuntivo – ed è il motivo per cui l'ipotesi viene qui trattata – è la circostanza che solo in quest'ultimo caso con l'atto che apre la fase a cognizione piena viene sempre proposta una domanda di non esistenza del diritto sostanziale. In ogni caso per l'inserimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo fra le ipotesi di azioni di accertamento negativo v. C. CARIGLIA, *Profili generali*, cit., 11 s.

⁷⁹ Come esempio si consideri Trib. Roma 8 ottobre 2019, n. 19173, resa all'esito di un'azione di opposizione a decreto ingiuntivo da parte del proprietario di un immobile in comunione; all'opponente era ingiunto a favore della comunione il pagamento di una somma di denaro così come approvata dall'assemblea. L'opponente denunciava vizi relativi alla costituzione dell'assemblea (in particolare la sua mancata convocazione) e affermava anche l'inesistenza del credito della comunione. Il Tribunale accoglieva l'opposizione e dunque l'impugnazione della delibera assembleare sulla base della ragione più liquida individuata nel vizio di costituzione dell'assemblea; in questo modo rimanevano assorbite tutte le questioni relative all'inesistenza del credito. Si noti che qui la ragione più liquida opera sia come criterio di selezione del motivo su cui fondare la decisione di accoglimento dell'impugnazione della delibera assembleare (ipotesi di cui, per esigenze espositive, si parlerà *infra*, al par. 5.4) sia come criterio di selezione del motivo su cui fondare la decisione di accoglimento dell'opposizione al decreto ingiuntivo. Infatti il diritto al pagamento della somma ingiunta, oggetto della domanda di accertamento negativo proposta dall'opponente, è in questo caso dipendente dalla questione della validità della delibera; di conseguenza la pronuncia di invalidità funziona da motivo unico su cui si regge la decisione sul credito e determina l'assorbimento delle altre questioni; Trib. Nocera Inf. 29 agosto 2019, n. 1030, dove, dopo l'emanazione di un decreto ingiuntivo richiesto da un mediatore per il pagamento della provvigione, era stata proposta opposizione al decreto. L'opponente eccepiva innanzitutto la carenza di legittimazione attiva della agenzia immobiliare opposta, che non avrebbe ricevuto alcun incarico da parte dei promittenti alienanti dell'immobile ed inoltre deduceva che l'affare non poteva dirsi concluso per effetto dell'attività dell'opposta ma bensì grazie all'attività di una diversa agenzia immobiliare (la quale veniva fra l'altro chiamata in causa). Il giudice accoglieva l'opposizione sulla base della ragione più liquida, consistente nella mancata prova del nesso causale fra attività del primo mediatore e conclusione dell'affare, con assorbimento della questione dell'effettivo conferimento dell'incarico al primo mediatore; Trib. Milano 6 dicembre 2018, n. 12376, resa a seguito della proposizione di un'opposizione a decreto ingiuntivo con cui era condannato il fideiussore al pagamento del debito per cui garantiva. L'opponente eccepiva che: a) plurime rinegoziazioni del mutuo garantito operate dall'opposta in assenza di previo esame e delibera da parte del garante lo avrebbero esposto a rischi maggiori rispetto alla pattuizione originaria determinando l'assoluta inoperatività della garanzia prestata per l'originario mutuo e quindi il venir meno dell'obbligo fideiussorio; b) sarebbe intervenuta la decadenza *ex art.* 1957 c.c. dell'opposta dal diritto di credito asseritamente maturato nei suoi confronti, visto che non erano state avanzate istanze alla debitrice nel termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale (la questione presenta a sua volta una sotto-questione preliminare consistente nella qualificabilità del contratto *de quo* come contratto di fideiussione o come contratto autonomo di garanzia); c) vi sarebbe stata infine

5.3. Decisioni rese su domande di accertamento di esistenza o non esistenza di un rapporto giuridico a seguito di esercizio da parte dell'attore o del convenuto di un potere sostanziale di costituzione, impedimento, modifica o estinzione di tale rapporto

L'ipotesi che sarà esaminata in questo paragrafo, così come quella successiva, meritano un trattamento separato in quanto il problema dell'applicabilità del criterio della ragione più liquida è (di nuovo) condizionato da peculiari problematiche relative all'oggetto del processo. La disputa al riguardo deriva dal fatto che fra i fatti costitutivi o i.m.e. e l'effetto giuridico «finale» si frappone il c.d. diritto potestativo sostanziale (sull'*an*), o potere che dir si voglia,⁸⁰ che deve essere

difetto di competenza territoriale del Tribunale adito, sussistendo, per contro, la competenza del Tribunale di Roma. Il giudice accoglieva l'opposizione sulla base della ragione più liquida consistente nell'intervenuta decadenza *ex art.* 1957 c.c. dopo aver qualificato il contratto in esame come contratto di fideiussione; Trib. Roma 25 ottobre 2018, n. 20453, dove si riferisce di un correntista che aveva proposto opposizione avverso un decreto ingiuntivo con cui alla banca veniva accordata tutela del suo credito come risultante dal saldo debitore del conto corrente. Nell'opposizione si faceva valere: 1) la nullità del decreto ingiuntivo per carenza dei presupposti per la concessione del provvedimento monitorio; 2) il difetto di legittimazione attiva dell'opposta; 3) l'estinzione del diritto azionato per prescrizione. Il giudice riteneva che la prova dell'esistenza del diritto di credito non fosse stata raggiunta non essendo stati prodotti gli estratti conto fin dall'origine del rapporto dall'opposta, «come era suo onere trattandosi di attore in senso sostanziale». Il giudice accoglieva l'opposizione sulla base della carenza della fattispecie costitutiva del diritto; similmente accade in Trib. Roma 10 ottobre 2018, n. 19316, dove l'opposizione al decreto ingiuntivo era fondata sulle seguenti ragioni: «1) la nullità del decreto ingiuntivo per incompetenza territoriale del giudice che lo ha emesso; 2) la l'inesigibilità del credito azionato per mancata verifica di una condizione essenziale contrattualmente prevista; 3) la insussistenza del credito azionato da B.S. per vizi delle forniture». L'opposizione veniva accolta sulla base della ragione più liquida consistente nella mancata prova dei fatti costitutivi dell'esistenza del credito.

⁸⁰ Il diritto potestativo può essere definito come la situazione giuridica di vantaggio che permette al titolare, per assecondare un proprio interesse, di esercitare un potere che incide sulla sfera giuridica del suo destinatario, il quale nulla può fare per impedirne l'esercizio e nulla deve fare per permettere all'altra parte di esercitarlo. Il soggetto passivo si trova, come si suol dire, in una situazione di soggezione. La nozione di diritto potestativo è figlia della elaborazione tedesca (del c.d. *Gestaltungsrecht*) ed è stata importata in Italia da G. CHIOVENDA di cui v. *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, rist., Milano 1993, 20 ss., testo e note; ID., *Principii di diritto processuale*, cit. 40 ss. La figura (sulla quale v. anche G. MESSINA, *Diritti potestativi*, in *Noviss. dig. it.*, V, Torino, 1960, 737 ss.) è stata al centro di ampi dibattiti, tanto che, di recente, la dottrina processualcivilistica che si è occupata a fondo del potere e del suo rapporto con la tutela giurisdizionale ha deciso di abbandonare il riferimento al «diritto potestativo» per assumere la più generica e meno problematica espressione «potere»: cfr. A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 10 ss. Quest'ultimo Autore (pag. 23 ss.) in particolare attacca alcune connotazioni tipiche – secondo la dottrina che ne fa uso – del diritto potestativo e in particolare: A) che il diritto potestativo ricorra solo laddove sussista una precedente relazione fra le parti; B) che il diritto potestativo sia solo sull'*an* (l'esercente può scegliere solo se mantenere lo stato esistente o quello esattamente predeterminato dalla legge); C) che il diritto potestativo, una volta esercitato, si estingue per consumazione e non – come ritiene corretto – per il raggiungimento dell'obiettivo, cioè la modificazione della situazione giuridica su cui era destinato a incidere. In particolare i punti A) e B)

esercitato affinché si produca l'effetto giuridico. Tale diritto è stato paragonato, con metafora molto efficace, ad un interruttore, funzionale ad attribuire rilevanza giuridica ai fatti in questione⁸¹. La necessità di tale intermediazione e l'importanza che il diritto potestativo sostanziale riveste nella fattispecie costitutiva del diritto soggettivo⁸² hanno fatto sì che quest'ultimo sia stato posto da alcuni ad oggetto del processo⁸³. La dottrina maggioritaria è invece dell'avviso che l'oggetto del processo sia rappresentato dalle situazioni giuridiche finali costituite o (più spesso) modificate o estinte grazie all'esercizio del potere sull'*an*⁸⁴.

Alcuni esempi di diritto potestativo sostanziale possono aiutare a chiarire: diverse norme nel libro IV del codice civile, con riferimento ai contratti tipici, e nel libro V del codice civile, con riferimento ai rapporti fra soci e società di persone o di capitali, prevedono che, al verificarsi di determinati fatti, un contraente possa svincolarsi unilateralmente dal contratto o un socio possa uscire dalla società; l'art. 1454 c.c. prevede, in ipotesi di inadempimento grave di una delle parti di un contratto a prestazioni corrispettive, che il contraente fedele abbia il potere di provocare la risoluzione del contratto attraverso la c.d. diffida ad adempiere; l'art.

si contrappongono alla concezione del diritto potestativo come potere solo sull'*an* espressa e sostenuta in particolare da A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, 63 s. nt. 9, 76, per distinguerlo dal potere della p.a. – in occasione dell'esercizio di un potere discrezionale ampio – o dall'autonomia privata. Anche a ritenere, con Motto, quest'ultima classificazione, soltanto tendenziale e non assoluta, essa risulta comunque di grande utilità ed ha il pregio di mettere in evidenza il collegamento che c'è fra i fatti e l'effetto giuridico (v. sul punto anche *infra*, nt. 87).

⁸¹ Così Cass. sez. un. 26242/2014, cit., par. 4.2.1.

⁸² Infatti tra gli schemi di produzione degli effetti giuridici la sequenza di cui ci si occupa è la seguente: norma – fatto – potere sull'*an* – effetto giuridico, dove dunque il diritto potestativo diviene essenziale per la produzione dell'effetto.

⁸³ V. ad esempio V. ANDRIOLI, *Diritto processuale*, I, cit., 336 ss., 269 ss., spec. 271-272, che afferma che i diritti potestativi esercitati al di fuori del processo (come si vedrà esiste anche il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale, per cui v. *infra*, par. successivo) possono costituire oggetto del giudizio di accertamento quando sulla produzione dei loro effetti sorga contestazione. Il dibattito si ripropone (in maniera ancora più accesa) a proposito dell'oggetto del processo costitutivo dove, come si vedrà diversi Autori considerano oggetto del processo il diritto potestativo stavolta, però, a necessario esercizio giudiziale. Si rinvia dunque al prossimo paragrafo per ulteriori approfondimenti al riguardo.

⁸⁴ V. in questo senso S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 324 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 78 ss. anche per le critiche alla tesi contraria; con riferimento all'ipotesi del licenziamento, ma con un ragionamento che si estende a tutti i poteri sostanziali anche C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. II, Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 571, 593 ss., il quale partendo dalla considerazione che nell'ipotesi dell'«impugnazione del licenziamento» siamo al cospetto non di un'azione costitutiva, ma di mero accertamento, pone ad oggetto del giudizio il persistente rapporto di lavoro fra le parti; R. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, Padova 2003, 42, 97 ss.; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 753.

1456 c.c. prevede, per il caso in cui le parti di un contratto a prestazioni corrispettive abbiano convenuto che il contratto si risolva «nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite», che la parte interessata possa far valere tale clausola risolutiva; in tema di società di persone l'art. 2286 c.c. prevede il potere della maggioranza di escludere un socio che abbia commesso «gravi inadempienze»; in tema di licenziamento del lavoratore da parte del datore di lavoro la l. n. 604/1966 prevede che, se si verificano i fatti integranti la giusta causa ex art. 2119 c.c. o il giustificato motivo (oggettivo) ex art. 3 l. n. 604/1966 il datore di lavoro abbia il potere di risolvere il rapporto di lavoro (c.d. atto di licenziamento); varie ipotesi (ad esempio l'art. 732 c.c. – prelazione ereditaria –, l'art. 8 l. n. 590/1965 – prelazione agraria – e gli artt. 38 e 39 l. n. 392/1978 – prelazione urbana) prevedono che se si è verificata una violazione del diritto di prelazione (mancata denuncia dell'intenzione di alienare i beni), il titolare di tale diritto possa riscattare i beni (c.d. potere di retratto); in base alle norme sulla comunione forzosa del muro (artt. 874 e 875 c.c.), quando il muro del vicino è eretto sul confine o ad una distanza inferiore a quella legale, il proprietario del fondo contiguo può decidere di usufruire del muro altrui e dunque chiederne la comunione forzosa, a condizione che gli paghi un indennizzo⁸⁵. In tutti questi casi risulta che

⁸⁵ Per ulteriori esempi v. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 74 s.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 593 ss.; R. ORIANI, *Diritti potestativi*, cit., 45 ss. Probabilmente non rientrano nell'ipotesi in parola i poteri che talvolta (seppur di gran lunga più raramente) l'ordinamento accorda ad un soggetto di estinguere un rapporto giuridico a prescindere dal verificarsi di fatti predeterminati: si pensi, su tutti, al recesso *ad nutum*. Per approfondimenti su questa categoria di poteri sostanziali v. le tesi, tra loro contrapposte, di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 313, nt. 45 e A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 95 ss.

Per quanto attiene alle ipotesi di cui agli artt. 874 e 875 c.c. si registrano interpretazioni contrastanti sia sul piano sostanziale che processuale. A livello sostanziale, secondo una prima ricostruzione tali norme rappresenterebbero ipotesi di obblighi legali a contrarre, con la conseguenza che in assenza dell'accordo si potrebbe ricorrere al rimedio di cui all'art. 2932 c.c. In base ad una seconda ricostruzione, invece, si sarebbe in presenza di diritti potestativi sostanziali ad ottenere la comunione forzosa del muro (cfr., in questo senso, S. PULEO, *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, Milano 1959, 5 ss., spec. 27 ss. e B. CARPINO, *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli 1977, 45 ss., spec. 52 ss.). Non è mancato poi chi ha affermato che il diritto alla comunione sorge, a mente dell'art. 874 c.c., al mero verificarsi dei presupposti di legge e dunque l'intervento del giudice è limitato a dichiarare la loro sussistenza, con la conseguenza che non si inserisce alcun diritto potestativo all'interno della fattispecie costitutiva (cfr. F. DE MARTINO, *sub art. 874*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Sialoja e G. Branca, Della proprietà, Art. 810-956*, Bologna 1976, 282 ss.; in generale per riferimenti alle diverse ricostruzioni v. oltre a S. PULEO e B. CARPINO, *opp. locc. citt.*, più di recente R. TRIOLA, *sub art. 874*, in *Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger, F.D. Busnelli*, Milano 2013, 90 ss., spec. 94 ss.). Sul piano processuale vi è chi sostiene che il diritto ad ottenere la comunione forzosa del muro ha natura di diritto potestativo sostanziale (così, espressamente, A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 25, 619) e chi invece sostiene

l'effetto finale di costituzione, estinzione o modificazione del rapporto si verifica non al semplice occorrere dei fatti previsti dalla legge, ma solo a condizione che il titolare del diritto potestativo intenda avvalersene, attribuendo loro rilevanza giuridica.

Come si diceva in apertura, non è chiaro quale sia il diritto oggetto del processo in tali casi: si è affacciata la convinzione che questo fosse rappresentato dallo stesso diritto potestativo. In effetti il dubbio è alimentato dalla caratteristica propria dei giudizi in cui vengono in rilievo queste fattispecie: ciò che dà origine alla crisi di cooperazione e dunque di cui si discute nel processo è di solito rappresentato da «a) l'esistenza dei fatti cui l'esercizio del potere pretende dare rilevanza o, b) la legittimità formale (o procedimentale se del caso) delle modalità di esercizio del potere»⁸⁶. Questo fa sì che le altre questioni relative all'esistenza o all'inesistenza della situazione giuridica finale non siano oggetto di discussione, in quanto meri punti pregiudiziali su cui vi è concordanza fra le parti. Inoltre, qualcuno intende i fatti a cui l'esercizio del potere dà rilevanza non come fatti costitutivi o i.m.e. del diritto sostanziale finale, ma come fatti costitutivi (o anche i.m.e.) dello

che ha natura di diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale (cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 141; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 757). Per quanto attiene invece al retratto, l'opinione largamente maggioritaria della giurisprudenza e della dottrina è nel senso della natura sostanziale del relativo potere (sul punto v. R. ORIANI, *op. ult. cit.*, 73 ss.; A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 616 ss. testo e nt. 693).

⁸⁶ Così A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 77. Si veda poi R. ORIANI, *op. ult. cit.*, 109 ss. che si pone l'interessante interrogativo del soggetto che ha interesse a rivolgersi al giudice dopo l'esercizio del diritto potestativo.

stesso diritto potestativo⁸⁷: si tratta del resto del presupposto imprescindibile per considerare quest'ultimo oggetto del processo⁸⁸.

Rinviando alle riflessioni di chi si è occupato a fondo del tema per la critica a tale concezione dell'oggetto del giudizio⁸⁹, ci si limita ad una sola osservazione: che l'istante miri, in fondo, ad una declaratoria sulla situazione giuridica finale risulta evidente dalle stesse conclusioni formulate negli atti di parte, dove, alla richiesta di accertarsi l'esistenza dei fatti cui è collegato il potere e le modalità del suo esercizio, segue di regola la richiesta di accertarsi «per l'effetto» l'esistenza o l'inesistenza della situazione incisa dal potere stesso⁹⁰.

A questo punto occorre tentare di delineare, in maniera auspicabilmente completa, una rosa delle ipotesi in cui può trovare applicazione il criterio della

⁸⁷ Cfr. in questo senso A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 39 ss. (ivi ulteriori riferimenti di dottrina), 95 ss. La ricostruzione del potere sostanziale come effetto giuridico di un'autonoma fattispecie è funzionale alla tesi dallo stesso sostenuta. In sintesi l'Autore ritiene che l'esercizio del potere già esistente al momento del referente temporale non sia precluso dal giudicato reso sulla situazione sostanziale su cui può incidere il potere: quest'ultimo scoglierebbe i fatti che ne legittimano l'esercizio dall'effetto giuridico finale. Per la tesi opposta, cui si è fatto riferimento più volte sopra, nel testo e in nota, v. di nuovo A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, 72 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., passim, in particolare 245 ss., 266 ss., 276 ss., 295 ss. a proposito del potere di far valere i vizi del contratto che danno luogo ad annullamento, 315 ss., 374 ss., a proposito del potere di far valere l'inadempimento per ottenere la risoluzione, 423 ss., 434 ss. sul potere di far valere i vizi del contratto che danno luogo a rescissione. L'Autrice (come meglio si dirà al paragrafo successivo) ricostruisce tali poteri come diritti potestativi sostanziali e non ad esercizio giudiziale. Il potere è sempre considerato lo strumento per il cui tramite dare rilevanza ai fatti impeditivi o estintivi; molto efficacemente, infatti, parla di mezzo per «liberare» gli effetti conseguenti al fatto in questione (l'espressione è ripresa da E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 303); R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., 135; anche la giurisprudenza che ha indagato il tema pare in linea con quest'ultimo orientamento: v. Cass. sez. un. 26242/2014, par. 4.2.1. Il dibattito si è svolto, senza che si sia arrivati ad una soluzione definitiva, anche in Germania: cfr. C. ALTHAMMER, *sub § 322, Materielle rechtskraft*, cit., 907 ss. testo e note 534 e 535 per ulteriori riferimenti di dottrina e di giurisprudenza.

⁸⁸ Ciò però non avviene nella ricostruzione di A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 549 ss., il quale, nonostante sia sostenitore della tesi per cui la fattispecie prevista dalla norma è costitutiva dello stesso potere (v. *supra*), precisa che l'oggetto del processo è la situazione giuridica finale che si è venuta a creare a seguito dell'esercizio di quest'ultimo. L'Autore riporta l'esempio del licenziamento: quando il lavoratore agisce, ha di mira la dichiarazione di esistenza del rapporto di lavoro; poi, il fatto che le difese siano incentrate sulle modalità o sui presupposti dell'esercizio del potere deriva dalla circostanza che il potere ha dato origine al conflitto. L'esercizio del potere viene perciò accertato come questione preliminare di merito.

⁸⁹ V. in particolare A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 78 ss. e I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 288 ss.

⁹⁰ V. ad esempio Trib. Roma 3 luglio 2020, n. 10115, dove, a seguito della risoluzione del contratto di locazione provocata da Roma Capitale nei confronti della società controparte negoziale, veniva proposta da quest'ultima una domanda di accertamento dell'invalidità della clausola risolutiva espressa in quanto generica e di accertamento dell'assenza dei presupposti per l'attivazione della stessa; dopodiché – si legge nelle conclusioni dell'attore riportate nella sentenza – veniva chiesto «per l'effetto e in ogni caso, accertare e dichiarare la piena validità e efficacia del contratto di locazione (...)».

ragione più liquida. L'operazione è tutt'altro che agevole posto che dalla casistica giurisprudenziale⁹¹ non si ricavano indicazioni utili.

Occorre innanzitutto distinguere a seconda che si ritenga l'oggetto della domanda (e del processo) costituito dal diritto potestativo o dalla situazione giuridica finale. La prima opzione rende il compito che ci si è prefissati molto più semplice. Qui i fatti a cui il potere è in grado di dare rilevanza sono considerati alla stregua di fatti costitutivi della sua esistenza e le modalità di esercizio del potere come fatti costitutivi del suo efficace esercizio⁹². In quest'ottica il criterio della ragione più liquida (a prescindere dal se il potere sia costitutivo o modificativo-estintivo) viene impiegato per rigettare la domanda di esistenza/efficacia del diritto

⁹¹ Per quanto riguarda l'ipotesi in cui la domanda si fonda sull'esistenza/efficacia del diritto potestativo v. App. Bari 4 aprile 2019, n. 261, resa all'esito di un'azione in cui il diritto di riscatto agrario veniva esercitato direttamente in giudizio dalla coltivatrice diretta del fondo, la quale sosteneva di aver subito la violazione del proprio diritto di prelazione ai sensi dell'art. 8, l. n. 590/1965. Il Tribunale rigettava la domanda. La Corte d'appello confermava il rigetto sulla base della ragione più liquida consistente nella mancata qualifica soggettiva richiesta per l'esercizio del riscatto. Veniva dunque accertato che non era titolare del diritto di prelazione e che mancando tale fatto-diritto costitutivo, l'attore non era neppure titolare del diritto di riscatto agrario; in termini simili Trib. Massa 12 novembre 2018, n. 796, resa all'esito di un'azione dove di nuovo il diritto di riscatto veniva esercitato direttamente in giudizio tramite citazione, a seguito della violazione del diritto di prelazione ex art. 38 l. n. 392/1978. La domanda veniva respinta sulla base della ragione più liquida consistente nella circostanza che non il diritto di prelazione non ricorre laddove la cessione a terzi ha ad oggetto una sola quota indivisa del bene.

Per quanto riguarda invece l'ipotesi in cui la domanda si fonda sull'inesistenza/inefficacia del diritto potestativo v. App. Milano 6 dicembre 2018, n. 2005: in primo grado il Tribunale di Milano accoglieva il ricorso di alcuni lavoratori licenziati, ritenendo i licenziamenti viziati sia sotto il profilo procedurale (per violazione dei termini fissati dall'art. 4, commi 6 e 7, legge 23 luglio 1991 n. 223 sull'esperimento della procedura di confronto sindacale), sia per violazione dei criteri di scelta ex art. 5 legge 23 luglio 1991 n. 223. Accordava dunque ai lavoratori la tutela reintegratoria ex art. 18, comma 4, l. n. 300/1970. Avverso tale sentenza veniva proposto appello fondato su tre motivi: a) con il primo la Società datrice di lavoro censurava la decisione del Tribunale per aver ravvisato il vizio procedurale citato; b) con il secondo lamentava che il giudice avesse esercitato un illegittimo potere di controllo sulle ragioni organizzative del lavoro sulla scelta del personale da licenziare; c) con il terzo censurava la pronuncia poiché aveva considerato i verbali di intesa con le organizzazioni sindacali inidonei ad integrare gli atti conclusivi della procedura di licenziamento collettivo. Il collegio conferma la sentenza di primo grado ritenendo illegittima la scelta dei lavoratori da licenziare; V. anche Trib. Roma 10115/2020 cit., dove, si ricorda, a seguito della risoluzione del contratto di locazione provocata da Roma Capitale nei confronti della società controparte negoziale, veniva proposta da quest'ultima una domanda di accertamento dell'invalidità della clausola risolutiva espressa in quanto generica e di accertamento dell'assenza dei presupposti per l'attivazione della stessa, oltretutto di accertamento della validità ed efficacia del contratto di locazione. Il giudice sceglieva come ragione più liquida per affermare l'inesistenza del diritto potestativo di risoluzione, la nullità della clausola risolutiva espressa ed affermava l'esistenza e l'efficacia del rapporto contrattuale fra le parti.

⁹² Come si è accennato più sopra, infatti, così ragionando è più facile scivolare nella tesi che considera oggetto del processo il solo diritto potestativo.

potestativo o per accogliere la domanda di inesistenza/inefficacia di tale diritto: sono tutte e solo queste le decisioni di accertamento negativo.

Se invece si ritiene che l'oggetto del processo sia rappresentato dalla situazione giuridica finale, come pare più corretto e come sostenuto dai più, il ventaglio delle possibilità si arricchisce.

Partiamo dal caso a) in cui l'attore chiede l'accertamento dell'esistenza della situazione giuridica incisa dal potere; qui occorre ulteriormente distinguere l'ipotesi a₁) in cui il potere sia congegnato per dar rilevanza ad un fatto costitutivo, dall'ipotesi a₂) in cui il potere sia congegnato per dar rilevanza a fatti modificativi o estintivi del diritto. Nell'ipotesi a₁) in cui l'attore chiede, ad esempio, che il giudice accerti che egli ha efficacemente riscattato un bene (o costituito una comunione forzosa del muro, a condizione che si ritenga di essere in presenza di un diritto potestativo sostanziale), il rigetto della domanda potrà reggersi sulla carenza di un fatto costitutivo o sulla sussistenza di un fatto i.m.e. oppure sullo scorretto esercizio del potere (ad esempio perché oltre il termine o in una forma errata); il criterio della ragione più liquida opera pertanto senza limiti anche a cavallo fra i fatti e le modalità di esercizio del potere. Invece, nell'ipotesi a₂) (di più frequente verifica nella pratica) in cui, ad esempio, l'attore chiede che il giudice accerti che l'attivazione della clausola risolutiva espressa o il licenziamento intimato dalla controparte non hanno prodotto effetto e il contratto o il rapporto di lavoro sono ancora in piedi, il rigetto della domanda potrà reggersi sulla carenza di un fatto costitutivo o sulla presenza di un fatto i.m.e., ma, in quest'ultimo caso, a condizione che il potere di attribuire loro rilevanza sia stato esercitato correttamente (se infatti così non fosse non si sarebbe prodotto l'effetto estintivo e la domanda andrebbe accolta perché la situazione giuridica finale sarebbe ancora esistente); qui, pertanto, il criterio della ragione più liquida non può operare a cavallo fra i fatti e le modalità di esercizio del potere, perché la decisione fondata sugli uni o sull'altro porta a risultati opposti e dunque i motivi non sono tra loro concorrenti. Qualora il giudice accerti invece che il potere non è stato esercitato correttamente, accoglierà la domanda (affermando che il rapporto persiste), lasciando aperta la questione dell'esistenza del fatto modificativo o estintivo (ad esempio la condotta costituente giusta causa di licenziamento); si tratta di un'ipotesi eccezionale in cui, pur a fronte

di una pronuncia di accertamento positivo di una situazione giuridica, la decisione di una questione determina comunque l'assorbimento di un'altra o di altre.

C'è poi il caso b) in cui l'attore chiede l'accertamento della non esistenza della situazione giuridica incisa dal potere; anche qui occorre ulteriormente distinguere l'ipotesi b₁) in cui il potere sia congegnato per dar rilevanza ad un fatto costitutivo, dall'ipotesi b₂) in cui il potere sia congegnato per dar rilevanza a fatti modificativi o estintivi del diritto. Nell'ipotesi b₁) in cui, ad esempio, l'attore chiede che il giudice dichiari che la controparte non ha efficacemente riscattato un bene, l'accoglimento della domanda potrà reggersi sulla carenza di un fatto costitutivo o sulla sussistenza di un fatto i.m.e. oppure sullo scorretto esercizio del potere (ad esempio perché oltre il termine o in una forma errata); il criterio della ragione più liquida opera pertanto senza limiti anche a cavallo fra i fatti e le modalità di esercizio del potere. Invece nell'ipotesi b₂) (che peraltro è di difficile verifica pratica) l'attore chiede, ad esempio, che il giudice accerti che l'attivazione della clausola risolutiva espressa o il licenziamento intimato da parte sua hanno prodotto effetto e il contratto o il rapporto di lavoro non esistono; qui l'accoglimento della domanda potrà reggersi sulla carenza di un fatto costitutivo (del contratto o del rapporto) o sulla presenza di un fatto i.m.e., ma a condizione che il potere di attribuire loro rilevanza sia stato esercitato correttamente (se infatti così non fosse, non si sarebbe prodotto l'effetto estintivo e la domanda andrebbe rigettata perché la situazione giuridica finale sarebbe ancora esistente); in questo caso, pertanto, il criterio della ragione più liquida non può operare a cavallo fra i fatti e le modalità di esercizio del potere, per lo stesso motivo esposto sub a₂)⁹³. Per lo stesso motivo esposto sub a₂) è anche vero che il giudice potrà rigettare la domanda dichiarando che il potere non è stato esercitato correttamente e lasciando aperta la questione dell'esistenza del fatto modificativo o estintivo.

⁹³ Si osservi, con riferimento ai casi sub a₂) e b₂), che se i fatti a cui il potere dà rilevanza fossero considerati fatti costitutivi del potere, l'esercizio di quest'ultimo rappresenterebbe un'unica questione preliminare (v. A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 556) a sua volta composta da una serie di sotto-questioni (appunto l'esistenza dei singoli fatti costitutivi o di fatti i.m.e.). In questo caso si dovrebbe giungere a conclusioni solo apparentemente diverse: infatti, il criterio della ragione più liquida potrebbe operare tra le sotto-questioni relative all'esistenza del potere e tra agli altri eventuali fatti costitutivi e i.m.e. della situazione giuridica finale, ma comunque non a cavallo fra i due gruppi.

Si ritiene opportuna soltanto una precisazione. È possibile che il criterio della ragione più liquida sia stato impiegato per selezionare uno dei più sotto-profili attinenti alla (scorretta) modalità di esercizio del potere. In questo caso il motivo selezionato fonda direttamente la statuizione sull'inefficacia del potere e indirettamente anche la statuizione sulla situazione giuridica finale.

5.4. Decisioni rese su domande di tutela «costitutiva» dirette a costituire o a estinguere o modificare un rapporto giuridico

Anche con riferimento all'ipotesi ora in esame si sono posti forti dubbi in merito all'oggetto del processo. Si tratta di un tema attentamente studiato dalla dottrina italiana ed esaminato anche sotto il profilo teorico pure dalla giurisprudenza (in particolare dalle sezioni unite della Cassazione nelle più volte citate sentenze trattato del dicembre 2014)⁹⁴. Non si ha dunque la pretesa di offrire un contributo alla soluzione dei gravi problemi che si agitano intorno a questo tema, ma si intende solo fornire alcuni brevi riferimenti per tentare di ricostruire il corretto impiego del criterio della ragione più liquida.

Per anni la dottrina italiana, sulla scia della teorizzazione tedesca e dell'autorevole elaborazione di Chiovenda⁹⁵, ha inteso l'oggetto del processo costitutivo come il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale. Per

⁹⁴ Per gli studi della nostra dottrina sulla tutela costitutiva si rinvia, tra i più importanti, a: G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 181 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., I, 168 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 139 ss.; ID., *Potere sostanziale*, cit., 803 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 2 ss.; EAD., *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione. Ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia sulla risoluzione*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di C. Consolo, I. Pagni, S. Pagliantini, V. Roppo, M. Maugeri, Bologna 2018, 75 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 60 ss.; ID., *La trascrizione delle domande*, cit., 124 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 246 ss.; ID., voce *Domanda giudiziale*, cit., 79 ss.; ID., *Della risoluzione per inadempimento, anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli articoli 1454 e 1456) ... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di C. Consolo, I. Pagni, S. Pagliantini, V. Roppo, M. Maugeri, Bologna 2018, 33 ss.; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova 1955, 153 ss. e soprattutto 259 ss.; ID., *In tema di limiti oggettivi*, cit., 518 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 146 ss.; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino 1994, 123 ss.; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino 1999; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 56 ss.; 189 ss. 242 ss.; 508 ss.; 587 ss.

⁹⁵ V. G. CHIOVENDA, *opp. locc. ultt. citt.*

comprendere di cosa si tratta, occorre considerare che il legislatore, quando delinea le fattispecie nelle quali una parte di un rapporto può incidere unilateralmente sulla sfera dell'altra, può scegliere se far sì che il potere di modificazione della realtà giuridica operi immediatamente a seguito di semplice dichiarazione (seppur rispettosa di certe forme), oppure solo tramite l'accertamento giurisdizionale dei suoi presupposti⁹⁶. Si tratta di una scelta politica che privilegia nel primo caso la celerità e nel secondo la certezza delle situazioni giuridiche. Secondo la dottrina di gran lunga maggioritaria e la giurisprudenza alcuni esempi di diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale sono rappresentati dal diritto di chiedere l'«esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto» ex art. 2932 c.c., il diritto di chiedere la costituzione di servitù coattive, il diritto di chiedere l'annullamento, la rescissione o la risoluzione giudiziale dei contratti o dei negozi unilaterali, il diritto di agire in revocatoria ex art. 2901 c.c., il diritto di chiedere la pronuncia di nullità del matrimonio e, con qualche maggiore incertezza, il diritto di chiedere il disconoscimento della paternità o maternità⁹⁷.

Una variante della prima teoria è quella che pone ad oggetto del processo la pretesa alla modificazione della realtà giuridica che però l'attore vanterebbe non nei confronti della controparte ma nei confronti dello Stato⁹⁸.

⁹⁶ Dunque nella fattispecie costitutiva dell'effetto giuridico rientrano, in questo caso, non solo i fatti e il diritto potestativo (stavolta a necessario esercizio giudiziale), ma anche il provvedimento del giudice. In sintesi lo schema è il seguente: norma – fatto – potere sull'an – accertamento giudiziale – effetto. Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 81 ss.,

⁹⁷ Cfr., anche per una ricca esemplificazione, A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 594 ss., 619 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, cit., 36 ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale*, I, cit., 347 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale*, I, cit. 110 ss. A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 757 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 85 ss., il quale però, come meglio si dirà nel prosieguo sottopone la categoria delle azioni costitutive ad una significativa revisione critica. Come noto, i confini della categoria delle sentenze costitutive sono stati tracciati in Italia, per primo, da G. CHIOVENDA, di cui si veda *Principii di diritto processuale*, cit., 179 ss., spec. 190 ss.

⁹⁸ In questo modo i sostenitori di questa impostazione abbracciano giocoforza la tesi dell'azione in senso concreto (come diritto a un provvedimento favorevole) con riferimento all'azione costitutiva. V., in questo senso C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 253 ss.; ID., voce *Domanda giudiziale*, cit., 83; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale*, cit., I, 1979, 350; M. FORNACIARI, *Situazioni potestative*, cit., 109 ss.; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 103; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., 51, sebbene solo con riferimento alle azioni costitutive c.d. necessarie (impugnazioni matrimoniali e azione di disconoscimento della paternità); A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 269 ss., il quale pone l'accento sulla circostanza che la modificazione giuridica si produce, nel campo dell'impugnativa negoziale, solo a seguito della sentenza costitutiva e afferma appunto che il cittadino vanta un diritto verso lo Stato a ottenere una pronuncia che accerti la sussistenza dei presupposti e produca l'effetto richiesto; in questo modo evita il ricorso al diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale; S. MENCHINI – ID., *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 82,

Con il tempo una parte della dottrina si è allontanata dalle concezioni restrittive, virando verso una ricostruzione più ampia dell'oggetto del processo; quest'ultimo corrisponde al rapporto giuridico sul quale la modificazione verificatasi a seguito dell'intervento del giudice è destinata a produrre effetti⁹⁹.

Si è già dato conto delle spinte all'allargamento dell'oggetto del processo, anche provenienti dall'ordinamento europeo; occorre aggiungere che con specifico riferimento alle azioni di impugnativa negoziale – che senza dubbio costituiscono

nt. 162, che però precisano che il potere «ancorché descrivibile come azione concreta, non costituisce l'oggetto del processo e del vincolo del giudicato».

⁹⁹ Un primo passo nella direzione dell'allargamento dell'oggetto del processo era stato compiuto già da A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 155 ss., secondo il quale l'oggetto del giudizio costitutivo si determina alla luce non del fatto costitutivo del potere, ma del solo effetto finale prodotto. Il diritto potestativo rimane, ma si individua sulla base del risultato che l'istante vuole ottenere: si avrebbe quindi, ad esempio, in tema di impugnative negoziali, un diritto potestativo di annullamento, uno di rescissione, uno di risoluzione. La tesi esposta nel testo è stata poi sostenuta da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 139 ss., spec. 179 ss., che sostiene che il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale permane come diritto distinto rispetto al diritto d'azione, tuttavia esso non è idoneo a costituire oggetto del processo, ma solo questione preliminare; v. anche ID. – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 80 ss. La tesi è condivisa da A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 401 ss.; ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 83 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 347 s. e soprattutto EAD., *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 76 ss., spec. 78. Maggiori approfondimenti sulla ricostruzione proposta da quest'ultima Autrice si trovano nel prosieguo di questo capitolo (testo e note). La posizione di A. MOTTO in *Poteri sostanziali*, cit., non pare così netta: l'Autore (pag. 189 ss.) da un parte afferma che tutto il discorso viene svolto lasciando aperto il problema dell'oggetto del giudicato costitutivo e dall'altra teorizza la possibilità che con l'azione costitutiva possa essere superato il precedente giudicato di accertamento di una situazione giuridica, anche quando il potere di proporre tale modificazione sussisteva prima del referente temporale del giudicato. Il risultato è che è dato per scontato che quest'ultimo possa essere superato da un successivo esercizio di un diritto potestativo. In realtà la tesi estensiva del giudicato costitutivo nasce proprio con lo scopo di escludere tale possibilità. Ragionando come l'Autore, di fatto, si ha l'effetto di restringere l'oggetto del processo (come in effetti pare risultare alle pagg. 269 ss. citate sopra). In giurisprudenza la tesi è stata accolta, come già segnalato, dalle sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 2014, che, per la precisione, si occupano di una delle categorie tradizionalmente ricondotte alle azioni costitutive e cioè le azioni di impugnativa negoziale; cfr. Cass. sez. un. 26242/2014, par. 4.2.1.: «Appare decisiva l'obiezione di chi ha sostenuto che ricondurre l'oggetto del processo alla fattispecie del diritto potestativo (sostanziale tout court, ovvero “a necessario esercizio giudiziale”) risulta viziata da un eccesso di concettualismo, destinato, anziché aiutare a spiegare la realtà, i.e. a identificare quale sia il bene della vita oggetto della disputa tra le parti, ad offuscarla inutilmente, volta che il diritto potestativo civilistico inteso quale autonoma situazione soggettiva potrebbe al più costituire oggetto del processo prima del suo esercizio, e mai dopo: una volta esercitato, in via giudiziale o stragiudiziale, il diritto potestativo è destinato a estinguersi per consumazione, mentre, a seguito del suo esercizio, la contesa delle parti nel processo non è più sull'esistenza o meno del diritto potestativo, bensì sull'esistenza o meno dei fatti modificativi-impeditivi-estintivi ai quali l'esercizio di quel diritto ha preteso di dare rilevanza, ossia le situazioni soggettive sostanziali»; punto 4.8: «Nelle azioni di impugnativa negoziale l'oggetto del giudizio è dunque costituito dal negozio, nella sua duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica, e (con esso) dal rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce»; e punto 4.9: «Non può pertanto condividersi, oggi, la tesi che individua l'oggetto del processo in una *Rechtsfrage*, il cui oggetto è rappresentato dal diritto potestativo fondato sul singolo motivo (di annullamento, rescissione, risoluzione, nullità) dedotto in giudizio».

il sottoinsieme più importante delle azioni costitutive, per coloro che le considerano tali – l’impulso all’abbandono delle teorie restrittive è sorto dalla necessità di evitare il proliferare dei giudizi sulla stessa situazione giuridica sostanziale e cioè sullo stesso rapporto negoziale. Il rischio, ad esempio, è che l’eventuale giudicato di rigetto di una domanda di annullamento del contratto per errore non precluda la proposizione di una seconda domanda di annullamento fondata stavolta sul dolo o di una seconda domanda di risoluzione per inadempimento ecc. Non è questa la sede per stabilire se, per ovviare a siffatti problemi, l’allargamento dell’oggetto del processo sia l’unica soluzione o la migliore sul piano dogmatico¹⁰⁰; è qui sufficiente solo rilevare che tale soluzione, complice anche la sua semplicità applicativa, è ormai dominante, una volta che è stata sposata anche dalla giurisprudenza. Un’unica considerazione al riguardo. L’allargamento dell’oggetto del processo al rapporto giuridico scaturente dal contratto (ma il discorso potrebbe essere impostato in termini simili per le ipotesi di creazione di una situazione giuridica prima inesistente, ad esempio nell’ipotesi dell’art. 2932 c.c.) pare preludere ad una necessaria ricostruzione delle azioni di impugnativa negoziale in chiave di azioni di mero accertamento (negativo). Secondo una parte minoritaria della dottrina, infatti, il diritto potestativo non produce i suoi effetti sul piano processuale, ma unicamente sul piano sostanziale, con la conseguenza che la sentenza accerta la realtà come già modificata dal potere e non è essa stessa a produrre la modificazione giuridica¹⁰¹. Altri Autori e le sezioni unite della Cassazione, invece, pur sostenendo

¹⁰⁰ Per una approfondita analisi critica della tesi in parola, ricca fra l’altro di riferimenti dottrinali, si rinvia a C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 246 ss.

¹⁰¹ È questa la tesi di I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., passim, la quale, a seguito di un’approfondita analisi storica della nullità e dell’annullamento, ricostruisce il sistema delle impugnative negoziali (annullamento, rescissione e risoluzione del contratto, con allargamento dell’indagine anche all’impugnativa delle delibere assembleari e alle azioni di invalidità matrimoniale) come azioni dichiarative: la sentenza del giudice è considerata in tutti i casi esaminati non deputata a modificare la realtà giuridica ma ad accertare effetti già prodottisi sul piano sostanziale; alla base vi è l’intuizione per cui il potere che è esercitato con l’azione di annullamento, rescissione, risoluzione è lo stesso che è alla base delle relative eccezioni. La posizione è stata esposta di recente anche in EAD., *Il «sistema» delle impugnative negoziali*, cit., 78, e, soprattutto con riferimento particolare all’azione di risoluzione, in EAD., *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione*, cit., 75 ss. Con questi contributi viene ripreso e sviluppato lo spunto di A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 81; un’altra opinione conforme è quella di M. DELLACASA, *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 40 ss.; in termini simili v. anche E. ALLORIO, *L’ordinamento giuridico*, cit., 110 per il quale l’effetto di annullamento, rescissione, risoluzione si produce con la sola manifestazione della volontà del soggetto cui è riconosciuto il potere, manifestazione che però deve rivestire la forma della domanda o dell’eccezione, con la conseguenza che la sentenza, di mero accertamento della modificazione

una tesi estensiva dell'oggetto del giudizio, ritengono che il processo conservi la sua natura costitutiva¹⁰². In questo modo si perde la linearità del sistema: stretta infatti pare l'alternativa tra conservare il diritto potestativo come oggetto del processo (con l'ausilio poi del vincolo al motivo portante della decisione per evitare contrasti quasi-pratici fra giudicati e disarticolazioni del diritto sostanziale) oppure accettare la natura dichiarativa delle azioni di impugnativa in materia negoziale¹⁰³. Tuttavia, nell'analisi che segue si farà comunque principale riferimento alla tesi che considera oggetto del processo il contratto e i suoi effetti ma attribuisce natura costitutiva a tali azioni¹⁰⁴. Infatti, l'intento di questo lavoro – come più volte ribadito – è quello di partire dalle tesi che raccolgono un più ampio consenso, in modo tale da individuare soluzioni che possano trovare effettiva applicazione.

Per maggior completezza si svolgono alcune brevi osservazioni, utili per il caso in cui si consideri oggetto del processo il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale: il criterio della ragione più liquida può essere impiegato in questo caso sempre e solo per rigettare la domanda di tutela costitutiva, a

giuridica già avvenuta, non entra a far parte della fattispecie; per un cenno in senso conforme cfr. anche V. DENTI, *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 26; infine, vicina quanto ai risultati, ma non del tutto coincidente quanto alle premesse, è la teoria proposta da A. PIRAS, *Interesse legittimo e diritto potestativo. II, L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano 1962, 151 ss., secondo il quale il mutamento giuridico si realizzerebbe per effetto del venire in essere dei fatti previsti dalla norma, ma l'effetto rimarrebbe in uno stato di quiescenza finché non viene accertato dal giudice; nella prospettiva dell'Autore – ed è questo il punto che segna la distanza dalla tesi di Pagni – il potere non può attribuire rilevanza giuridica ai fatti al fine di produrre un mutamento che si è già realizzato sul piano sostanziale.

¹⁰² Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 139 ss.; ID., *Nullità contrattuale e processo*, cit., 371; ID. *Potere sostanziale*, cit., 803 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 257 ss., sebbene con la precisazione svolta *supra*, nt. 99, il quale pur tributando alla teoria dichiarativa rilievo e importanza, esclude che *de iure condito* possa essere accolta.

¹⁰³ V., espressamente C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato, I*, cit., 270, 280 ss., per cui, appunto, o si elimina la figura del diritto potestativo (con richiamo alla ricostruzione di Piras) e allora il ragionamento è di per sé coerente, oppure se si vuole conservare la figura del diritto potestativo, non basta, come fa Menchini, estrometterla dall'oggetto del processo. Infatti – sempre per l'Autore – ciò non è sufficiente a costruire un giudicato in grado di impedire l'esercizio di quei poteri sostanziali di modificazione che, pur esistenti e conosciuti, non erano stati esercitati in sede giudiziale. In senso diverso v. però C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, cit., 71 ss., 209 ss., spec. 222 ss., il quale tenta di tenere insieme il giudicato sia sul diritto potestativo sia sul rapporto: «nelle sentenze costitutive l'accertamento dell'esistenza dei "presupposti di legittimità del provvedimento" comprende anche l'accertamento del dovere giudiziale di far luogo al mutamento giuridico richiesto dalla parte e quindi, in definitiva, che l'area del giudicato si estende all'effetto costitutivo che l'adempimento di tale dovere ha necessariamente prodotto» (così alla pag. 235). Ferri, infatti, osserva che il giudicato sul solo dovere del giudice di produrre il mutamento giuridico è inutile, in quanto ha un'efficacia preclusiva troppo ristretta.

¹⁰⁴ Per questo motivo della fattispecie si tratta in questo paragrafo. Se invece si ritenesse il potere di modificazione giuridica un potere sostanziale e l'azione di mero accertamento, varrebbero le considerazioni svolte nel paragrafo precedente.

prescindere dalla natura del potere, ovvero sia esso volto a costituire – nel senso stretto del termine – un rapporto giuridico oppure a modificare o estinguere un rapporto in essere. La decisione di non esistenza del diritto potestativo si potrà reggere sull'inesistenza di un suo fatto costitutivo, sull'esistenza di un suo fatto i.m.e o sull'inesistenza/scorretto esercizio del potere (estinto per rinuncia o per decorrenza del termine).

Ad esempio, se l'attore propone domanda di risoluzione del contratto per inadempimento, il giudice può rigettare la domanda sulla base del solo motivo consistente nell'avvenuto adempimento da parte del convenuto (l'inadempimento può essere considerato alla stregua di un fatto costitutivo del diritto potestativo ad esercizio giudiziale). In questo caso non è possibile immaginare una domanda di accertamento negativo: proprio perché l'effetto giuridico si produce solo a seguito dell'esercizio del potere in via giudiziale e della sentenza, prima di tale momento non vi può essere incertezza circa l'avvenuta modificazione della realtà giuridica.

Passiamo ora a trattare il problema dell'applicazione del criterio della ragione più liquida nella prospettiva più interessante, ovverosia quella in cui si considera oggetto del processo la situazione giuridica finale, prodottasi a seguito dell'esercizio del diritto potestativo e dell'emanazione della sentenza. Qui occorre distinguere a seconda che il provvedimento costitutivo richiesto sia diretto a a) costituire – nel senso stretto del termine – un rapporto giuridico, oppure b) modificare o estinguere un rapporto in essere.

Partiamo dal caso *sub a*), se la domanda dell'attore viene rigettata, con conseguente emanazione di una sentenza dichiarativa della non esistenza della situazione giuridica che si voleva costituita, il giudice potrà selezionare, tramite il criterio della ragione più liquida, il motivo su cui fondare la decisione; tale motivo potrà consistere tanto nell'inesistenza o nel cattivo esercizio del potere stesso¹⁰⁵

¹⁰⁵ Come messo bene in luce da S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit. 156 ss., occorre distinguere fra diritto d'azione e potere di provocare il mutamento giuridico; a questa conclusione si giunge inevitabilmente se si considera il diritto d'azione non in senso concreto ma, più correttamente, come diritto ad un provvedimento di merito quale ne sia il contenuto. Tale distinzione è provata – sempre secondo l'Autore – dalla circostanza che il diritto potestativo ha propri fatti costitutivi come l'inadempimento rispetto alla risoluzione del contratto (anche se come più volte messo in luce sembra più corretto considerare l'inadempimento come fatto a cui il potere attribuisce rilevanza) e soprattutto modificativi-estintivi, come la rinuncia o la perdita del potere per scadenza del termine. Si tratta di circostanze da cui non deriva la perdita del diritto d'azione, tant'è che se il diritto al mutamento è ad esempio stato rinunciato, il giudice dovrà emanare una sentenza di merito e non di

(che è elemento della fattispecie costitutiva) quanto nella carenza di un altro fatto costitutivo ovvero nella sussistenza di un fatto impeditivo¹⁰⁶.

Il caso sub b) invece è più complesso: il giudice, per emanare una pronuncia che produce il venir meno¹⁰⁷ della situazione giuridica soggettiva, almeno di quella originaria, potrebbe selezionare, quale motivo su cui fondare la decisione, uno dei fatti modificativi o estintivi posti alla base della domanda, ma a condizione che il potere di attribuire loro rilevanza sia stato esercitato correttamente. Come rilevato

rito come nel caso in cui manchi il diritto d'azione. Sulla distinzione fra potere d'azione e potere che l'attore esercita per ottenere il provvedimento costitutivo v. anche A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 532.

¹⁰⁶ Come esempi si vedano: Cass. 26 agosto 2020, n. 17807: davanti al Tribunale di Lecce il promissario acquirente di un immobile proponeva domanda di esecuzione in forma specifica del contratto *ex art. 2932 c.c.*, oltretutto domanda risarcitoria per il ritardo nella stipula del contratto definitivo e domanda di revocatoria *ex art. 2901 c.c.* nei confronti dei terzi a cui il promissario venditore aveva trasferito l'immobile oggetto del preliminare. Per quanto riguarda la domanda *ex art. 2932 c.c.*, il giudice di primo grado la rigettava poiché la stipula del definitivo era da considerarsi impossibile stante la cessione a terzi intervenuta con atto trascritto prima [pare di capire] della stipula dello stesso preliminare e pertanto a quest'ultimo opponibile. La pronuncia era confermata dalla Corte d'appello e anche dalla Corte di cassazione, che considerava il profilo dell'impossibilità come ragione più liquida; Cass. 7 giugno 2018, n. 14807, resa all'esito di una complessa vicenda processuale che si può riassumere, nei tratti che qui interessano, come segue. Gli eredi di Tizia, promissaria venditrice della nuda proprietà di un immobile con riserva di usufrutto, erano citati in giudizio dal promissario acquirente per l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre. In via riconvenzionale i convenuti chiedevano l'annullamento del contratto preliminare *ex art. 428 c.c.* per incapacità della loro dante causa al tempo della stipula del negozio. Il Tribunale accoglieva la domanda riconvenzionale *ex art. 428 c.c.* e dunque sulla base di tale motivo rigettava la domanda originaria *ex art. 2932 c.c.* La Corte d'appello invece pronunciava anch'essa il rigetto della domanda originaria, ma sulla base di un diverso motivo: a seguito della stipula del preliminare che aveva ad oggetto il trasferimento della nuda proprietà dell'appartamento, prima dell'introduzione del giudizio, Tizia era deceduta e dunque non poteva disporsi il trasferimento coattivo della piena proprietà del bene (in tal modo – secondo i giudici di merito ed in conformità con l'orientamento della Suprema Corte – si sarebbe intervenuti sull'oggetto del contratto, modificando le volontà contrattuali espresse dalle parti). In Cassazione i promissari acquirenti, fra l'altro, censuravano – come omissione di pronuncia – il mancato esame della domanda di annullamento *ex art. 428 c.c.* La Corte di cassazione dichiarava infondato il motivo di ricorso in quanto legittimamente la Corte d'appello aveva individuato come ragione più liquida di decisione il decesso della promittente alienante la nuda proprietà come fatto impeditivo dell'esistenza dell'obbligo alla stipula del definitivo; App. Brescia 1° aprile 2021, n. 410, resa all'esito di una vicenda processuale complessa dove – per quanto interessa in questa sede – era stata proposta anche una domanda di esecuzione in forma specifica del contratto *ex art. 2932 c.c.* I convenuti eccepevano la prescrizione dell'obbligo a contrarre e la carenza dei presupposti per la richiesta di esecuzione in forma specifica, stante la mancata offerta della propria prestazione da parte dei promittenti alienanti. Il Tribunale rigettava la domanda poiché il diritto a ottenere la stipula del definitivo si era prescritto, qualificando tale fatto estintivo come ragione più liquida. La Corte d'appello confermava sul punto la decisione di primo grado.

¹⁰⁷ Si ricordi che si è scelta la prospettiva che mantiene la tradizionale qualificazione di giudizio costitutivo. Tuttavia, ai fini dell'applicazione del criterio della ragione più liquida e salvo alcune precisazioni che si faranno nelle note a seguire, non emergono grosse differenze se ci si pone nella prospettiva di Pagni e altri, che considerano l'azione come di accertamento negativo e dunque la sentenza come una pronuncia dichiarativa della non più esistenza della situazione giuridica originaria, già venuta meno per effetto dell'esercizio del potere sul piano sostanziale.

nel paragrafo precedente per i casi sub a₂) e b₂), il criterio della ragione più liquida non può operare a cavallo fra i fatti e l'esistenza e le modalità di esercizio del potere, perché la decisione fondata sugli uni o sull'altro porta a risultati opposti e dunque i motivi non sono né concorrenti né fungibili¹⁰⁸⁻¹⁰⁹. In alternativa il giudice potrebbe

¹⁰⁸ Inoltre anche in questo caso come osservato con riferimento ai casi sub a₂) e b₂) nel paragrafo precedente, se i fatti a cui il potere dà rilevanza fossero considerati non come fatti i.m.e. della situazione giuridica finale («attivati» dall'esercizio del diritto potestativo), ma come fatti costitutivi del potere, l'esercizio di quest'ultimo rappresenterebbe un'unica questione preliminare, a sua volta composta da una serie di sotto-questioni (appunto l'esistenza dei singoli fatti costitutivi o di fatti i.m.e.). Come già rilevato le conclusioni sarebbero solo apparentemente diverse: in questo caso il criterio della ragione più liquida potrebbe operare tra le sotto-questioni relative all'esistenza del potere e tra agli altri eventuali fatti costitutivi e i.m.e. della situazione giuridica finale, ma comunque non a cavallo fra i due gruppi.

¹⁰⁹ La schematizzazione proposta ha come principale riferimento le azioni in materia contrattuale. Esempi giurisprudenziali dell'applicazione del criterio della ragione più liquida in ipotesi di impugnativa del contratto verranno riportati successivamente e in particolare nelle note a seguire. Si riportano invece subito alcuni esempi in materia di impugnazione delle delibere assembleari (dell'assemblea dei soci o dell'assemblea dei condomini). Il fenomeno può essere ricondotto nell'ambito dell'impugnativa negoziale, come dimostra I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 505 ss., spec. 531, pur con i distinguo posti dalla stessa Autrice (occorre infatti tener presente che nel panorama giuridico italiano le caratteristiche del negozio vengono ricavate dal contratto). Il fenomeno associativo-societario ha caratteristiche peculiari: innanzitutto la formazione degli atti è regolata in maniera precisa e soggiace al principio maggioritario e non alla regola dello scambio del consenso e inoltre, per quanto riguarda l'invalidità degli atti, si fanno sentire delle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche tali per cui vengono limitati gli effetti dell'invalidità della delibera o a seguito del passaggio del tempo o dopo che vi è stata esecuzione della medesima. I vizi che determinano l'invalidità della delibera sono attinenti talvolta al procedimento che conduce alla sua approvazione, talaltra al contenuto stesso dell'atto. L'Autrice conclude (pag. 593 ss.) nel senso che l'azione di annullamento della delibera è di accertamento negativo degli effetti. Si ritiene che i risultati cui perviene Pagni per le delibere di assemblea di società possano essere estesi, ai limitati fini del tema di cui ci si occupa, anche alle delibere di assemblea di condomini. In ogni caso possono trovare applicazione le osservazioni sul criterio della ragione più liquida svolte nel testo: v. ad esempio, Trib. Roma, 6 dicembre 2019, n. 21241, resa all'esito di un'azione proposta due *ex* comproprietari contro il condominio. I primi chiedevano l'annullamento della delibera in forza della quale era stato richiesto agli attori di pagare una somma di denaro. La domanda era giustificata dal fatto che l'assemblea non sarebbe stata regolarmente costituita in quanto agli attori non era stata regolarmente notificata la convocazione, oltretutto su altri vizi relativi all'informativa (l'importo da pagare non era stato inserito nel rendiconto). Il convenuto eccepeva l'inammissibilità dell'impugnazione della delibera per avvenuta decadenza del potere di impugnare e l'infondatezza della domanda. Il giudice riteneva tempestiva la domanda (più precisamente la mediazione previamente esperita) rispetto al momento in cui i due *ex* condomini erano venuti a conoscenza della delibera dell'assemblea condominiale, dopodiché annullava la delibera sulla base del difetto di notificazione della convocazione, inteso come ragione più liquida; v. anche Trib. Roma, 18 febbraio 2019, n. 3755, dove l'impugnazione della delibera dell'assemblea di condominio era fondata, anche in questo caso, su di un vizio di costituzione dell'assemblea (mancata convocazione del condomino) e sulla circostanza che le spese non sarebbero state equamente suddivise. La domanda veniva accolta sulla base del primo motivo di censura. Invece Trib. Torre Annunziata, 3 luglio 2019, n. 1703, rappresenta un diverso esempio di applicazione della ragione più liquida ad un'azione di impugnativa della delibera; poiché qui il motivo selezionato, su cui si regge la decisione, attiene alla mancanza del diritto potestativo, l'esito è un rigetto della domanda. Come infatti si diceva nel testo si tratta di un motivo infungibile con i vizi della delibera il cui accertamento di esistenza avrebbe condotto all'accoglimento dell'azione. In particolare l'azione di impugnativa si fondava sull'illegittima convocazione dell'assemblea. Il condominio

dichiarare inesistente la situazione giuridica che si voleva modificata o estinta, ma per un motivo diverso da quelli spesi dalle parti, naturalmente, purché tale motivo sia acquisito al processo e a condizione che sia rilevabile senza il necessario potere di intermediazione di parte: il che potrebbe avvenire in presenza di un fatto impeditivo operante *ipso iure* (come ad esempio un vizio che dà luogo alla nullità del contratto) oppure quando mancano i fatti costitutivi (come ad esempio nelle ipotesi di inesistenza del contratto).

Riprendiamo l'esempio fatto sopra della domanda di risoluzione per inadempimento e vediamo quali sono i possibili epiloghi se si ragiona considerando oggetto del processo la situazione giuridica finale e dunque la (non più) esistenza del contratto e i suoi (cessati) effetti. Se il giudice intende accogliere la domanda, può fondare la decisione, ad esempio, sull'esistenza del fatto inadempimento, a condizione che sia stato speso correttamente un potere esistente di estinzione del contratto; trova dunque applicazione, in questi termini, il criterio della ragione più liquida. Se invece la domanda (strettamente intesa come pretesa alla risoluzione per inadempimento) deve essere rigettata, si apre un bivio: il rigetto può dipendere dal fatto 1) che il contratto è valido e produttivo di effetti, oppure 2) che il contratto non esiste o non produce effetti ma per un motivo diverso rispetto a quello o quelli dedotti dall'attore.

Il primo caso: se risulta che adempimento vi è stato, la domanda di risoluzione può essere rigettata, ma, poiché l'oggetto del processo comprende anche l'esistenza e il modo d'essere del contratto, anche tutte le altre questioni entrano a far parte del materiale processuale da prendere in esame, come succede ogni volta che ci si trovi in presenza di una pronuncia di accertamento positivo; in altre parole il criterio della ragione più liquida non può operare¹¹⁰. Può ben accadere che, in concreto, gli altri

convenuto eccepiva la decadenza dal potere di impugnare dovuta alla tardiva comunicazione al condominio della domanda di mediazione e la mancata partecipazione della parte alla mediazione. Il giudice afferma: «va premesso che, in virtù del principio della ragione più liquida, sarà esaminata prima la questione della decadenza dal potere di impugnare perché dirimente, mentre per ragioni di ordine logico dovrebbe essere analizzata con priorità la questione della partecipazione personale della parte al procedimento di mediazione, che diventa, però, irrilevante alla luce della fondatezza dell'eccezione di decadenza».

¹¹⁰ L'esempio proposto è portato come questione problematica, bisognosa di approfondimento, da S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale*, cit., 942, dove si dice: «in questo modo [cioè nella ricostruzione delle sezioni unite in particolare sul rapporto fra oggetto del giudizio e del giudicato], però, sono eccessivamente valorizzati il principio della ragione più liquida e del giudicato sul motivo di rigetto, mentre sono del tutto perse di vista le

punti non vengano effettivamente discussi dalle parti e trattati dal giudice, ma ciò deriva unicamente da ragioni di meccanica processuale (i fatti pacifici non hanno bisogno di essere provati) e non comporta comunque l'assorbimento di tali punti, che restano invece motivo portante della decisione.

Il secondo caso: se invece risulta che l'inadempimento non vi è stato, ma che comunque il contratto non è valido o è inesistente, la domanda di risoluzione deve esse rigettata, ma deve essere dichiarato nullo o inesistente il contratto in motivazione¹¹¹. A questo epilogo si può giungere perché ad esempio l'attore aveva chiesto l'annullamento del contratto ma poi è stata rilevata, anche d'ufficio, una

esigenze di diritto sostanziale, cui le stesse sezioni unite hanno riconosciuto valore primario, al fine di determinare l'oggetto del giudizio e del giudicato (i c.d. valori funzionali a più riprese richiamati). Sono poste in crisi, cioè, le premesse del ragionamento svolto, ossia che il frazionamento processuale di ciò che è, sul piano sostanziale, unitario porta con sé la (inaccettabile) frammentazione e deformazione della vicenda sostanziale litigiosa. Se la domanda di risoluzione è respinta, in quanto vi è stato esatto adempimento, significa che il contratto ha ricevuto esecuzione; allorché il convenuto, vincitore nel primo processo, chieda la condanna della controparte ad eseguire la controprestazione (esempio, consegna del bene, avendo egli, come ha stabilito il primo giudice, regolarmente pagato il corrispettivo dovuto), non può essere affermata la nullità del contratto, in quanto sul piano sostanziale il venditore non può trattenere il prezzo e, contemporaneamente, non consegnare il bene venduto. Il canone della ragione più liquida non può snaturare e sovvertire i nessi funzionali tra diritti o, secondo diversa ma complementare prospettiva, non può fornire discipline non armonizzate a più frazioni dello stesso e unitario rapporto complesso». Il caso prospettato, in realtà, può non presentare le problematiche descritte se si considera quanto segue: a parte il fatto che probabilmente (ma la questione sarà ripresa al Cap. 3, parr. 8 e 11) una risposta adeguata al rischio di disarticolazione della realtà sostanziale potrebbe venire dall'applicazione della teoria del vincolo al motivo portante e degli effetti attributivi del giudicato, ma poi, come si è detto nel testo, se si considera l'oggetto del processo (e dunque anche della sentenza) il contratto (e i suoi effetti) – come anche l'Autore fa – il rilevato adempimento non è da solo sufficiente a reggere la pronuncia di esistenza del rapporto contrattuale; in questo caso, in breve, non trova applicazione il criterio della ragione più liquida.

¹¹¹ V. a questo riguardo E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 320; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 464 ss., il quale osserva che tale possibilità per il giudice deriva dalla circostanza che i fatti posti a fondamento della domanda di risoluzione (nel nostro esempio o di impugnativa, in generale) non sono individuatori; S. MENCHINI, *Nullità contrattuale e processo*, cit., 374, che svolge anche considerazioni sull'efficacia del relativo giudicato; considerazioni che saranno prese in considerazione *infra*, al Cap. 3, par. 11. L'ipotesi in esame è quella del Trib. Milano 29 gennaio 2019, n. 868, resa all'esito di una domanda di risoluzione di un contratto di *franchising* per inadempimento della società convenuta, proposta da altra società operante nel medesimo settore, a cui era stata cumulata una domanda di restituzione di quanto corrisposto in adempimento del contratto risolto (royalties) e di risarcimento dei danni. La convenuta si difendeva affermando di aver esattamente adempiuto al contratto e chiedeva a sua volta, in via riconvenzionale, la risoluzione del contratto e il pagamento delle royalties dal momento dell'illegittima interruzione della corresponsione delle stesse da parte dell'attrice. Il giudice rilevava d'ufficio la questione della nullità del contratto di *franchising* in quanto carente di uno dei requisiti prescritti dalla legge e in particolare quello richiesto dall'art. 4, comma 4, lett. d) l. 129/2004, ossia «la specifica del know-how fornito dall'affiliante all'affiliato». Tale è la ragione più liquida che determina il *rigetto* delle domande di risoluzione avanzate dalle parti.

causa di nullità¹¹². Come si diceva ci si trova di fronte ad una particolare ipotesi di sentenza di rigetto che comunque soddisfa l'interesse dell'attore.

Resta da svolgere una considerazione di carattere generale sul concorso di più motivi di invalidità del contratto. Se si parte dalla teoria ampia dell'oggetto del giudizio, anche a non voler considerare la domanda come di accertamento negativo dell'esistenza ed efficacia del contratto, bisogna comunque ritenere che il giudice possa passare da un motivo di invalidità ad un altro (chiaramente nel rispetto del divieto di utilizzazione del sapere privato e, se si tratta di motivi non operanti *ipso iure*, a condizione che sia stato speso il necessario potere di dar loro rilevanza giuridica). In questi casi il criterio della ragione più liquida opera comunque tra i vari motivi di invalidità (e dunque anche a cavallo fra le più domande¹¹³)¹¹⁴ in

¹¹² Come insegnano le sezioni unite nelle sentenze gemelle del 2014 (Cass. sez. un. 26242/2014 cit.); contra E. GRASSO, *op. ult. cit.*, 321 ss. secondo cui in questa ipotesi, se si permettesse al giudice di rigettare la domanda sulla base della nullità, si avrebbe violazione del disposto dell'art. 112 c.p.c. Infatti, diversamente dal caso dell'azione di risoluzione dove il giudice può rilevare la nullità in quanto l'invalidità esclude il realizzarsi della fattispecie del contratto risolubile, qui la presenza di un vizio che dà luogo alla nullità non è incompatibile con un'altra forma di invalidità del contratto (sui poteri del giudice di scelta del motivo di decisione in presenza di più motivi di invalidità/risolubilità v. anche Cap. 3, par. 14).

¹¹³ Cfr. in questo senso E.T. LIEBMAN, *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Torino 1962, 61.

¹¹⁴ Se per l'azione di impugnativa del contratto si ragiona in termini di domanda di accertamento negativo, l'elemento di invalidità o di caducazione del negozio – e dunque il motivo di decisione – è rappresentato dal fatto impeditivo o estintivo del rapporto; viceversa se si ragiona in termini di azione costitutiva, anche ponendo ad oggetto del processo la situazione giuridica finale, comunque il diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale continua a giocare un ruolo importante; la sussistenza dell'uno o dell'altro diritto potestativo (annullamento per dolo piuttosto che rescissione del contratto per lesione) condiziona la domanda di impugnativa del contratto, rischiando di conferirle il carattere di domanda eterodeterminata, per quanto S. MENCHINI, *Potere sostanziale*, cit., 821 affermi che «il motivo di impugnazione non è elemento di identificazione dell'azione». Tale rischio si coglie leggendo l'altro recente scritto di S. MENCHINI, *Nullità contrattuale e processo*, cit., 353 ss., dove prima l'Autore parla di cumulo di domande o di azioni per riferirsi al concorso tra nullità, annullamento, risoluzione ecc. e poco dopo discorre di oggetto del processo come «rapporto giuridico (complesso) scaturente dal negozio impugnato», con la conseguenza che all'azione di nullità può essere affiancata un'azione di diversa specie senza che ciò costituisca *mutatio libelli* inammissibile; infine torna a parlare di «reciproca incompatibilità» (relazione che l'Autore fin dalla monografia del 1987 riserva a giudicati con oggetti non identici) «tra l'azione di nullità e quelle di adempimento e di impugnazione». Queste distonie, seppur lievi e prive di rilevanti implicazioni, paiono derivare – si ribadisce – dal mantenimento della figura del diritto potestativo a necessario esercizio giudiziale che impone, quantomeno, di diversificare l'oggetto della domanda dall'oggetto del processo. In tema di applicabilità del criterio della ragione più liquida non si hanno grosse differenze se anche si ritengono proposte più domande (con riferimento ai diversi vizi) poste in via alternativa: comunque sarà applicabile il criterio della ragione più liquida che – come meglio si vedrà – nel cumulo alternativo può operare anche a cavallo delle domande.

In giurisprudenza v. App. Potenza 15 novembre 2019, n. 797, dove l'attore chiedeva che il Tribunale di Lagonegro dichiarasse la nullità, pronunciasse l'annullamento o comunque risolvesse il contratto finanziario del tipo “4 You” stipulato dallo stesso con una Banca. Il giudice di primo grado rigettava la domanda. Il cliente impugnava il provvedimento riproponendo le diverse questioni

quanto uno solo di essi è sufficiente a fondare la pronuncia di non più esistenza della situazione giuridica finale¹¹⁵.

di nullità o impugnativa del contratto. La Corte d'appello affermava di decidere sulla base del criterio della ragione più liquida selezionando come motivo per far cadere il contratto un profilo di nullità; v. anche Trib. Milano 27 luglio 2018, n. 8386, resa all'esito di un giudizio in cui Tizio aveva convenuto Caio per sentir accogliere le seguenti domande: 1) dichiarare la nullità *ex art.* 1418 c.c. di un contratto di compravendita con restituzione all'acquirente del prezzo, oltre a interessi e risarcimento del danno; 2) in via subordinata, annullare il contratto *ex art.* 1439 c.c., sempre con restituzione all'acquirente del prezzo, oltre a interessi e risarcimento del danno; 3) in via ulteriormente subordinata, dichiarare la risoluzione del contratto secondo la disciplina dell'*aliud pro alio*, e/o per inadempimento *ex art.* 1477, c. 3 c.c. e/o *ex art.* 1497 c.c. o comunque *ex art.* 1453 c.c., sempre con restituzione all'acquirente del prezzo, oltre a interessi e risarcimento del danno. Il giudice affermava: «ai fini della decisione della causa occorre fare applicazione del principio processuale della “ragione più liquida” (...). Seguendo questo filone interpretativo si può obliterare l'esame della domanda principale di nullità del contratto (pur logicamente prioritaria) per accedere a quella di annullamento per dolo». È interessante già qui notare come il giudice, in questo caso, superi il vincolo di subordinazione imposto dalla parte andando ad esaminare direttamente la richiesta di annullamento *ex art.* 1439 c.c. posta in realtà in via subordinata. Sul tema del condizionamento v. ampiamente *infra*, Cap. 3, parr. 11, 13 e 14.

¹¹⁵ Un altro esempio importante di azione di impugnativa negoziale è l'azione revocatoria (ordinaria o fallimentare). Come noto l'azione revocatoria è strumento di conservazione della garanzia patrimoniale (generica) del debitore contro atti di disposizione. L'art. 2901 c.c. sulla revocatoria ordinaria, prevede infatti che il creditore possa domandare l'emanazione di una pronuncia che dichiara l'inefficacia nei suoi confronti di un atto di disposizione, di un pagamento o di una garanzia posti in essere dal debitore. «Condizioni» per agire in revocatoria sono l'esistenza di un credito ancorché non esigibile, la concreta diminuzione della garanzia patrimoniale del debitore (c.d. *eventus damni*), la conoscenza del pregiudizio arrecato al creditore da parte del debitore (c.d. *scientia damni* o *scientia decoctionis*) e, se l'atto di disposizione è a titolo oneroso, la consapevolezza anche del terzo di tale pregiudizio (c.d. *consilium fraudis*) ovvero, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, la partecipazione nella dolosa preordinazione alla frode perpetrata dal debitore rispetto alle ragioni del suo creditore (c.d. *participatio fraudis*). L'art. 67 l. fall. prevedeva una forma di revocatoria disegnata sulla falsariga di quella ordinaria, salvo alcune peculiarità derivanti dal fatto che la revocatoria fallimentare è domandata dopo che è stato accertato lo stato di insolvenza del debitore. L'ipotesi dell'azione pauliana è particolare in quanto il legislatore ha individuato una causa specifica di inefficacia (che peraltro coinvolge un terzo soggetto, estraneo all'atto pregiudizievole), determinandone le condizioni. La giurisprudenza e la dottrina maggioritaria ritengono che la sentenza di accoglimento dell'azione pauliana sia costitutiva e che tali condizioni rappresentino i fatti costitutivi del diritto – oggetto del processo – alla revocatoria dell'atto, del pagamento o della garanzia; una parte della dottrina, invece, sostiene la natura di sentenza di accertamento negativo e afferma che le condizioni individuate dagli artt. 2901 c.c. e 64 ss. l. fall. rappresentano i fatti impeditivi di efficacia dell'atto rispetto al creditore o alla massa (v. su tutti I. PAGNI, *La natura dell'azione revocatoria*, in *Corr. giur.*, 2021, 821 ss., spec. 827 ss.). In entrambe le ricostruzioni il criterio della ragione più liquida opera in funzione selettiva dei fatti che determinano l'inefficacia dell'atto di disposizione, della costituzione della garanzia o del pagamento, siano essi fatti costitutivi o impeditivi. Per esempi di applicazione giurisprudenziale v.: App. Ancona 1498/2019, cit., resa all'esito di un'azione revocatoria fallimentare di pagamenti di cui all'*ex art.* 67 l. fall. Il giudice di primo grado rigettava la domanda, ritenendo fondata l'eccezione di decadenza in cui sarebbe incorso l'attore per un presunto vizio della notifica dell'atto di citazione e dunque decideva sulla base di questa sola eccezione. Il soccombente impugnava facendo valere l'illegittimità della decisione di primo grado e riproponendo tutte le questioni già avanzate in primo grado. Il giudice d'appello, pur dando conto del fatto che la notifica era stata correttamente eseguita, confermava la pronuncia impugnata e dunque rigettava anch'egli la domanda, selezionando tra le questioni riproposte (tra cui vi era l'assoggettabilità del tipo di pagamento alla revocatoria fallimentare, i termini non d'uso del pagamento, la *scientia decoctionis* in capo al soggetto poi dichiarato insolvente), come ragione più liquida, la (non) assoggettabilità dei pagamenti effettuati

6. Decisioni rese su domande fondate su più norme in concorso o su domande cumulate in via alternativa

Occorre a questo punto prendere in considerazione le ipotesi in cui la domanda proposta è fondata su più norme giuridiche in concorso fra loro e le ipotesi in cui più domande sono cumulate in via alternativa. L'attore potrebbe ricondurre la fattispecie concreta narrata sotto più norme giuridiche che hanno la caratteristica di soddisfare lo stesso interesse economico. Si tratta in questi casi di distinguere quando si è in presenza di una sola situazione giuridica soggettiva, sebbene sussumibile sotto più norme astratte ovvero quando si è in presenza di diritti soggettivi distinti, benché concorrenti¹¹⁶. Si rifletta sui seguenti esempi: l'attore esercita in via alternativa azione di responsabilità nei confronti dei genitori del minore che gli ha cagionato un danno *ex art.* 2048 c.c. e azione fondata sull'art. 2049 c.c. (perché i genitori sono anche i datori di lavoro); l'attore propone in via alternativa azione fondata su di un titolo cambiario e azione fondata sul rapporto alla base di quel titolo, cioè sul rapporto sostanziale. Secondo l'opzione preferibile nel primo caso l'oggetto del processo è unico e l'attore offre solamente più ricostruzioni giuridiche alternative, nel secondo si ha un processo con oggetto cumulativo dove l'attore propone due domande in via alternativa¹¹⁷. Sono stati qui riportati solo pochi esempi, altri saranno esaminati nel prosieguo di questo paragrafo e nel capitolo successivo¹¹⁸; l'individuazione dell'esatta linea di confine dei due fenomeni non sempre è pacifica. In questa sede verranno toccati solo alcuni profili, quelli di interesse per l'oggetto dello studio.

alla revocatoria fallimentare.; Trib. Milano, 28 novembre 2019, n. 10953, emanata sempre a seguito di un'azione revocatoria fallimentare *ex art.* 67 l. fall. Il giudice rigettava la domanda sulla base della ragione più liquida consistente nella carenza di uno dei fatti costitutivi del diritto di agire in revocatoria, in particolare la *scientia decoctionis*; Trib. Brescia, 4 marzo 2021, relativa ad un'azione revocatoria di un atto di donazione di un immobile, rigettata sulla base della ragione più liquida consistente nella carenza della *scientia damni*. Come esempio contrario v. Trib. Bologna, 13 aprile 2017, n. 20409, che, per accogliere una domanda di revocatoria di un trust, procedeva all'esame di tutti «i presupposti, oggettivi e soggettivi, richiesti per l'utile esercizio dell'*actio pauliana*».

¹¹⁶ Per il tema si rinvia agli approfonditi studi di S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit. 246 ss.; di recente anche A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 533 ss. La distinzione fra *Normkonkurrenz* e *Anspruchskonkurrenz* è uno dei temi più approfonditi dalla dottrina tedesca che ha studiato lo *Streitgegenstand*. Per alcuni riferimenti dottrinali v. *supra*, Cap. 1, par. 4, ntt. 36 e 48.

¹¹⁷ V. S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁸ Cfr. Cap. 3, par. 12. Per una più vasta esemplificazione v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 235 ss., 343 s. (quest'ultimo punto sulle sole ipotesi di concorso di diritti).

Trattiamo per prima l'ipotesi del concorso di norme. Secondo i migliori studi sul tema¹¹⁹ le più norme potenzialmente applicabili ad una fattispecie possono trovarsi in relazione di esclusione, di specialità, di sussidiarietà, di assorbimento oppure di coincidenza cronologica. Nei primi quattro casi il concorso di norme è in realtà solo apparente in quanto alla fine può trovare applicazione una norma soltanto: ad esempio nel caso dell'esclusione (schema $N1=A+B+C$; $N2=A+B+D$), le fattispecie hanno una parte in comune (A e B) e poi ciascuna prevede un elemento ulteriore incompatibile con quello dell'altra (C e D), pertanto si applica solo quella il cui elemento si è effettivamente realizzato; nel caso della specialità (schema $N1=A+B$; $N2=A+B+C$), se si verifica il fatto preso in considerazione dalla norma speciale (C), si applica solo quest'ultima, e così via.

Nel caso della coincidenza cronologica, invece, possono in effetti trovare contemporanea applicazione più norme. Si pensi all'ipotesi del figlio che è anche dipendente e che commette un illecito extracontrattuale: il fatto che siano cumulati i due *status* fa scattare l'applicazione degli articoli 2048 c.c. e 2049 c.c.

Dobbiamo distinguere le due ipotesi. Partiamo da quella da ultimo analizzata. Se intende accogliere la domanda, il giudice può fondare la decisione su una sola delle ricostruzioni giuridiche proposte dall'attore, applicando dunque il criterio della ragione più liquida; viceversa se intende rigettarla, occorre che prenda in considerazione ciascuna fattispecie astratta rilevante, per escludere che trovi applicazione nel caso concreto¹²⁰.

Un discorso più articolato deve invece essere svolto quando le norme si trovano in relazione di specialità, sussidiarietà, esclusione, assorbimento, in quanto qui si pone un problema di selezione dei fatti giuridici. Bisogna infatti distinguere l'ipotesi in cui tali fatti sono presi in considerazione dalle più norme apparentemente applicabili, da quella in cui rilevano per una (o alcune) soltanto. Si

¹¹⁹ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 232 ss., 348 ss. e li ulteriori riferimenti di dottrina.

¹²⁰ Cfr. H.J. MUSIELAK, *sub § 300, Endurteil*, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Monaco 2020²⁰, Rn. 4: «Stützt der Kläger sein Klagebegehren auf verschiedene rechtliche Gründe (zB Herausgabeanspruch als Eigentümer und Rückgabeanspruch als Verleiher), dann ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif, wenn das Gericht die tatsächlichen Voraussetzungen eines dieser Gründe festgestellt hat; andere können dann offen bleiben»; L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 59, Rn. 8; C. ALTHAMMER, *sub § 300, Endurteil*, cit., 545-546; B. RIMMELSPACHER, *Materiellrechtlicher Anspruch*, cit., 245 ss.; A. BLOMEYER, *Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess*, in *Festschrift für F. Lent zum 75. Geburtstag*, Monaco-Berlino 1957, 55 ss., 60 ss.

pensi alle fattispecie di responsabilità aquiliana previste dagli artt. 2051 (danno cagionato da cose in custodia), 2052 (danno cagionato da animali), 2053 (rovina di edificio) ed all'ipotesi generale di cui all'art. 2043 c.c.: alcuni elementi sono comuni a tutte le fattispecie, come ad esempio il fatto illecito, il nesso di causalità e l'elemento soggettivo, mentre altri, speciali, si aggiungono a quelli comuni o li specificano, come ad esempio la custodia sulla cosa nell'art 2051, la proprietà o l'uso dell'animale nell'art. 2052 c.c. ecc¹²¹.

Il giudice, anche in assenza di una presa di posizione sulla norma applicabile, può decidere di fondare la pronuncia sulla mancanza di uno dei fatti costitutivi comuni alle più norme apparentemente applicabili: trova piana attuazione il criterio della ragione più liquida. Non è necessario che a monte di questa scelta vi sia una previa qualificazione giuridica della fattispecie concreta, in quanto comunque l'esistenza del diritto è esclusa da tutte le possibili fattispecie astratte. Viceversa se il giudice sceglie di fondare la decisione su di un elemento caratterizzante, il criterio della ragione più liquida non può trovare applicazione. Infatti, o, come pare più razionale, nel proprio ragionamento decisorio prima procede alla qualificazione giuridica della fattispecie e poi, all'interno di questa cornice, seleziona quel fatto come elemento su cui basare la declaratoria di inesistenza del diritto¹²², oppure affronta direttamente la questione relativa all'esistenza dell'elemento caratterizzante, senza prima interrogarsi sulla qualificazione giuridica; in questo caso, però, l'operazione decisoria non può dirsi conclusa in quanto occorre che vada a vedere se sono invece integrati gli elementi previsti dell'altra o dalle altre possibili disposizioni apparentemente applicabili.

L'ipotesi del concorso di azioni, sebbene presenti problemi simili a quelli appena esaminati, ha alla base un presupposto diverso: qui il processo ha un oggetto

¹²¹ Al riguardo v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 252 ss. Come si è già visto, schematizzando, si ha che le due fattispecie si presentano nei seguenti termini: $N_1 = A+B$; $N_2 = A+B+C$. Dunque, la norma 2 prevede gli stessi fatti previsti dalla norma 1 con l'aggiunta di quello specializzante. Si noti che nel testo è stato fatto l'esempio del rapporto di specialità, ma la stessa questione si presenta quando le più norme giuridiche sono tra loro in relazione di esclusione, sussidiarietà e assorbimento.

¹²² Tant'è che se dalla pronuncia risulta che la domanda è rigettata sulla base della carenza (o della sussistenza) di un fatto caratterizzante una sola delle più fattispecie applicabili è lecito desumere che a monte di tale scelta vi è stata una presa di posizione a favore dell'applicabilità della norma speciale, anche in assenza di un'espressa affermazione in motivazione (cfr. A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 166, nt. 198).

cumulativo e dunque il criterio della ragione più liquida (o meglio si dovrebbe dire della domanda più liquida) trova eventualmente applicazione non all'interno di uno stesso oggetto ma tra oggetti distinti.

Ci si limita ad alcune brevi osservazioni. L'ipotesi in esame presenta due caratteristiche: a) le domande mirano allo stesso risultato economico (tanto che l'attore mostra indifferenza per l'accoglimento dell'una o dell'altra) e b) il vincolo di alternatività conferisce loro il carattere della fungibilità¹²³. Per questo motivo non vi è ragione per impedire al giudice di trattare e decidere una sola delle più domande proposte¹²⁴.

¹²³ È interessante a questo proposito fare un breve *excursus* comparatistico. In Germania, stando ad un orientamento della giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* degli ultimi anni, ma ormai consolidatosi, un cumulo alternativo di domande non è ammissibile in quanto in contrasto con quanto prescritto dal § 253, comma 2 n. 2 ZPO. Il § 253 disciplina l'atto introduttivo del giudizio (*Klageschrift*) e il comma 2 n. 2 specifica che in esso deve essere contenuta l'indicazione specifica, oltre che dell'oggetto, anche delle ragioni della pretesa («die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag»). Ebbene, l'attore avrebbe l'onere di specificare l'ordine con cui intende far valere i propri *Ansprüche* per non incorrere in una violazione di questa norma. La ragione di questo orientamento risiederebbe nella necessità di tutela del principio di parità delle armi e in particolare nel diritto di difesa del convenuto. Cfr. in questo senso BGH, 29 gennaio 2019, VI ZR 481/17; BGH, 12 gennaio 2017, I ZR 253/14; BGH, 24 marzo 2011, I ZR 108/09. Questo orientamento è avallato dalla dottrina: H. ROTH, *sub § 253, Klageschrift*, cit., 821; P. GOTTWALD, *Die Rückkehr zum klassischen Streitgegenstandsbegriff - dank «Biominerwasser»*, in *Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag*, Monaco 2014, 179.

¹²⁴ L'osservazione della giurisprudenza e della dottrina tedesche per cui si avrebbe violazione del diritto di difesa del convenuto se il tribunale potesse scegliere quale domanda accogliere non pare decisiva posto che verosimilmente, anche in ipotesi di graduazione, il convenuto si preoccuperà di approntare un'adeguata difesa rispetto a tutte le cause per l'ipotesi (tutt'altro che remota) in cui il giudice, rigettata la prima, passi all'esame di quelle successive. Cfr. le osservazioni di C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 426 ss. secondo cui in generale nel caso dell'assorbimento di domande, a differenza di quanto avviene per l'assorbimento delle questioni, occorre che ci sia un condizionamento ad opera delle parti: non bastano cioè i nessi logico-giuridici a determinare la possibilità per il giudice di pronunciare l'assorbimento. A questa regola si oppone però un'eccezione che è proprio costituita – secondo l'Autore – dalle pretese che mirano al medesimo risultato o dalle azioni costitutive di diritti concorrenti (non si può creare due volte lo stesso diritto). Dunque, ogni volta in cui si ritenga che l'oggetto del giudizio sia unico, non si pone il problema e si ha, se del caso, assorbimento di una o più delle questioni che concorrevano a determinare l'effetto accertato. Quando invece il giudizio ha ad oggetto due distinti diritti, vi è spazio per il cumulo alternativo e dunque anche per l'assorbimento fra domande. L'Autore non prende invece in considerazione le domande di impugnativa del negozio, per le quali, se accettiamo la loro natura di domande autodeterminate, si dovrebbe allo stesso modo concludere per il concorso fra mere questioni. Per esempi giurisprudenziali dell'applicazione del criterio della ragione più liquida fra più domande di impugnativa contrattuale, nelle quali è presupposta una visione restrittiva dell'oggetto del processo, v.: Cass. 21 dicembre 2018, n. 33117, resa all'esito di un giudizio dove erano proposte, in via alternativa, azione revocatoria fallimentare di un immobile ai sensi dell'art. 67, 1° comma e ai sensi dell'art. 67, 2° comma l. fall. (così risultava – a detta del giudice – dalla comparsa conclusionale). Il Tribunale accoglieva la domanda di cui al comma 2. I terzi acquirenti dell'immobile, soccombenti, lamentavano in appello la violazione dell'ordine di esame delle domande (che sarebbero state proposte a loro dire in via graduata: prima quella di cui al 1° comma, poi quella di cui al 2°). La Corte d'appello disattendeva la censura e affermava che in base alla ragione più liquida il giudice

Ciò premesso si può concludere che anche in questo caso, vale, mutato ciò che si deve¹²⁵, quanto si è detto per quello precedente. Il criterio della ragione più liquida, nella scelta della qualificazione giuridica, è impiegato per l'accoglimento della domanda: per rigettare le richieste dell'attore, il giudice dovrebbe infatti esaminare l'applicabilità di tutte le norme rilevanti; invece, il criterio della ragione più liquida, nella scelta del fatto, può essere impiegato solo per selezionare un elemento comune alle più fattispecie: la sua carenza permette infatti il rigetto di entrambe le domande.

aveva scelto di decidere sulla base della domanda di cui al comma 2°. La Corte di cassazione, investita della questione con apposito motivo di censura, confermava l'argomentazione della Corte d'appello; Trib. Vicenza, 9 dicembre 2021, n. 2268, dove insieme alla domanda di revocatoria ordinaria di un atto di trasferimento di un immobile era cumulata, in via alternativa, domanda di simulazione del negozio. Il Tribunale accoglieva la prima in forza del principio della ragione più liquida; Trib. Bologna, 13 aprile 2017, n. 20409, dove erano cumulate in via alternativa domanda di simulazione di un *trust* e domanda revocatoria. Con il criterio della ragione più liquida veniva scelta la trattazione e decisione della seconda domanda, dopo aver precisato che le domande tendono allo stesso risultato; Trib. Arezzo, 27 luglio 2016, n. 882, resa all'esito di un giudizio dove erano formulate diverse domande di impugnativa. Nella motivazione si dice: «È fondata – e la si esamina per prima sia perché essa è proposta in via alternativa a quelle di risoluzione, annullamento per errore e caducazione per violazione degli artt. 1336 e 1337 c.c., sia, comunque, perché di più immediata soluzione e dunque da privilegiare secondo il principio c.d. della ragione più liquida: cfr Cass. sez. un. civ. 8.5.2014 n. 9936 rv 630490; sez. 6 28.5.2014 n. 12002 rv 631058 - la domanda di annullamento per dolo e quelle collegate, assorbite le altre».

L'applicabilità del criterio della ragione più liquida anche a cavallo fra le più domande e dunque fra diversi oggetti del processo, non significa naturalmente piena equiparazione dei fenomeni: in punto di conseguenze si ha che mentre le questioni (interne allo stesso oggetto) rimaste assorbite sono colpite dalla preclusione del dedotto e del deducibile, l'assorbimento delle domande non decise lascia aperta la possibilità che queste ultime vengano riproposte.

¹²⁵ In particolare vale la pena di ricordare la diversa regola cui è soggetta la *quaestio iuris* in ipotesi di concorso di azioni. In generale si insegna che la *quaestio facti* è soggetta al divieto, da parte del giudice, di utilizzazione del proprio sapere privato, mentre per la *quaestio iuris* non vale tale principio, anzi il giudice è signore nell'andare alla ricerca della norma giuridica da applicare, secondo il noto brocardo *iura novit curia*. Ebbene, nell'ipotesi del concorso di azioni l'insegnamento generale non vale posto che l'indicazione della norma da applicare, in quanto individuatrice del diritto fatto valere, è vincolante per il giudice. Pertanto, affinché si pongano le condizioni perché il giudice possa scegliere fra le due norme giuridiche, occorre che l'attore le abbia invocate, anche implicitamente, entrambe (cfr. E. HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 184 ss., spec. 185 s.: «A nostro parere bisogna distinguere: trattandosi di più diritti concorrenti, l'interpretazione della volontà delle parti ammetterà spesso la conclusione che tutte le azioni formano oggetto della lite. Lo stesso vale anche, se le varie azioni stanno in rapporto alternativo; espressamente o tacitamente le varie azioni possono esercitarsi insieme, una subordinatamente al rigetto dell'altra. Il richiamo su una sola norma di legge non prova ancora che l'attore abbia voluto intentare soltanto questa azione. Ma ove risulti questo, non può il giudice, senza spostare l'oggetto della lite, passare dall'una all'altra, e neanche la parte può farlo»; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 403 s.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 345, spec. nt. 105, anch'egli con la stessa precisazione fatta da Heinitz: se l'attore ha narrato i fatti previsti da entrambe le norme è da ritenere che abbia inteso dedurre in giudizio entrambi i diritti).

7. Decisioni sulla fattispecie costitutiva del diritto autodeterminato dedotto in giudizio

Proseguendo con la panoramica dei possibili impieghi del criterio della ragione più liquida quale strumento per risparmiare attività cognitiva, occorre prendere in considerazione l'ipotesi in cui siano allegati dall'attore più fatti costitutivi concorrenti del diritto dedotto in giudizio. Siamo evidentemente in presenza di diritti autodeterminati¹²⁶ (quelli che si identificano in forza del solo *petitum*), i quali possono essere l'effetto di più fatti costitutivi (che dunque «concorrono»). Si pensi ad esempio al diritto di proprietà su un bene, di cui un soggetto potrebbe vantarsi titolare sia in forza di un contratto sia in forza dell'avvenuta usucapione a suo vantaggio. In questi casi il giudice potrebbe ricostruire la fattispecie costitutiva sulla base di uno solo dei fatti concorrenti¹²⁷.

Si tratta però a ben vedere dell'applicazione del criterio della ragione più liquida non per la decisione finale, ma della sola questione dell'esistenza e modo d'essere della fattispecie costitutiva del diritto (e non anche di quella impeditiva, modificativa e soprattutto estintiva); in altre parole il motivo scelto dal giudice regge la decisione di un passaggio intermedio e non direttamente il dispositivo. Quanto si va dicendo può essere meglio compreso se si considera l'esempio di prima: una volta che il giudice ha accertato che l'attore ha acquistato la proprietà per usucapione, occorre anche che verifichi che nel frattempo non abbia perso tale diritto perché, ad esempio, lo ha alienato tramite contratto oppure perché è intervenuta usucapione stavolta a vantaggio del convenuto o di altro soggetto.

¹²⁶ V. *supra*, Cap. 1, par. 2.

¹²⁷ L'osservazione per cui il criterio della ragione più liquida trova applicazione anche in pronunce di accoglimento quando si ha a che fare con diritti autodeterminati si ritrova, in dottrina, in S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 978, testo e nt. 9 e in ID. – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 54, testo e nt. 100; un cenno si trova anche in M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 77, nt. 145. Anche nella dottrina tedesca si può rintracciare una simile constatazione: cfr. C. ALTHAMMER, *sub § 300, Endurteil*, cit., secondo cui: «ist der Anspruch auf mehrere kumulativ oder eventuell gehäufte Klagegründe gestützt, so liegt Entscheidungsreife für ein abweisendes Urteil erst bei Versagen sämtlicher Gründe vor». Solo per la decisione di rigetto è dunque necessario che tutti i motivi siano considerati insussistenti.

8. Decisioni sui motivi di «impugnazione» di un atto sostanziale o di un provvedimento

Ogni volta che un giudizio viene costruito come giudizio di «annullamento» di un atto o di un provvedimento, nel senso che il giudice è tenuto a vagliare l'atto tramite i motivi di «impugnazione», può trovare applicazione il criterio della ragione più liquida.

Dovrebbe subito risultare chiaro come i termini «impugnare», «annullare» sono utilizzati non nella loro accezione tecnica, ma come sinonimi degli atecnici «aggreire», «attaccare», espressivi cioè di un concetto più ampio rispetto a quello attribuito loro dal linguaggio giuridico codicistico.

Nel gruppo che si prende ora in considerazione vengono riunite ipotesi evidentemente molto diverse: il giudizio sulla validità di un atto (soprattutto amministrativo) oppure quello sulla legittimità/fondatezza di un provvedimento giurisdizionale. Il tratto comune, tuttavia, sta nel fatto che colui che intende aggredire l'atto o il provvedimento utilizza una serie di mezzi di attacco, tutti volti alla caducazione dello stesso. In questo modo si danno i presupposti perché il giudice possa, in teoria, selezionarne uno solo per fondare la decisione demolitoria¹²⁸.

Partiamo dalla categoria dell'impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali. L'esempio più lampante è rappresentato dal ricorso per cassazione, che, secondo le prescrizioni dell'art. 366 n. 6) c.p.c. e del Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e il CNF sulla redazione dei motivi di ricorso del 17 dicembre

¹²⁸ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 978, testo e nt. 9, dove parla appunto di «azioni costitutive e di accertamento costitutivo, aventi ad oggetto l'impugnazione di un contratto o di un atto unilaterale esercizio di un potere sostanziale», ovviamente nell'ipotesi in cui siano stati fatti valere più motivi di impugnazione del negozio. L'Autore, che parte da una concezione ampia dell'oggetto del processo in questi casi, ritiene coerentemente le relative azioni autodeterminate; in Germania v. per una considerazione simile sui motivi di impugnativa dell'atto amministrativo A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozess*, Tubinga, 1959, 124: «Ist es doch nicht nur denkbar, daß ein Verwaltungsakt z. B. an einem Form- und einem Ermessensfehler krankt, sondern auch, daß er an mehreren Fehlern derselben Art leidet, daß z. B. die Behörde ihr Ermessen in mehrfacher Hinsicht unrichtig gebraucht hat. Sobald aber das Gericht auch nur einen die Aufhebung rechtfertigenden Fehler feststellt, ist der Anfechtungsstreit entscheidungsreif». Anche questo Autore ritiene che per lo meno nell'ambito del giudizio amministrativo non si possa restringere l'oggetto del processo in ragione del singolo motivo di impugnazione dell'atto.

2015¹²⁹ è strutturato sostanzialmente (e graficamente) come un elenco di motivi di illegittimità/infondatezza del provvedimento impugnato; inoltre aspetto ancor più importante è che il ricorso per cassazione «è modellato sullo schema delle azioni di impugnativa»¹³⁰, seppur con svariati temperamenti, e cioè di quei «rimedi attraverso cui si denunciano, su istanza della parte soccombente, vizi della sentenza: vizi di attività o di giudizio; ess[i] mirano innanzitutto ad accertare l'esistenza del vizio e, in caso positivo, ad eliminare la sentenza viziata (...); oggetto della prima fase delle azioni di impugnativa è unicamente il vizio denunciato e mai il rapporto sostanziale»¹³¹. È chiaro allora come il giudizio, almeno nella prima fase, sia concentrato sulla scelta del motivo sulla cui base sarà effettivamente cassato il provvedimento¹³². Il fatto che poi alla fase rescindente segua, eventualmente dinanzi alla stessa Corte, quella rescissoria non modifica la conclusione per cui nella *pars destruens* del giudizio il giudice può far uso del criterio della ragione più liquida ai fini della scelta del motivo che fa cadere il provvedimento impugnato¹³³.

¹²⁹ Ci si riferisce al *Protocollo d'intesa tra la Corte di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria*, firmato a Roma il 17 dicembre 2015 dagli allora Primo Presidente della Corte di cassazione Giorgio Santacroce e Presidente del Consiglio Nazionale Forense Andrea Mascherin, reperibile tra l'altro sul sito www.consiglionazionaleforense.it.

¹³⁰ Così A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 459; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino 2019¹², 563.

¹³¹ A. PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 458.

¹³² Sul tema dell'assorbimento dei motivi di ricorso per cassazione si rinvia a B. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio*, cit., 210 ss.; N. GIUDICEANDREA, *Le impugnazioni civili, II*, Milano, 1952, 327 s.; L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale, II*, Padova 1982, 86 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale, I*, cit., 424 ss. La dottrina in parola si sforza di dimostrare come l'accoglimento dell'uno piuttosto che dell'altro motivo non è indifferente (vuoi per la natura maggiormente preclusiva di un motivo vuoi per la necessità che solo a seguito dell'accoglimento di alcuni motivi si rende necessario espletare la fase rescissoria). La prassi giurisprudenziale, si mostra se non del tutto indifferente a tale tipo di sensibilità, comunque ispirata esclusivamente dall'esigenza di economia (endo)processuale; la scelta del motivo di ricorso viene tuttavia sempre giustificata in nome del criterio della ragione più liquida: cfr., fra le tante: Cass. sez. un. 8 maggio 2014, n. 9936; Cass. 11 maggio 2018, n. 11458; Cass. 9 gennaio 2019, n. 363; Cass. 2 marzo 2020, n. 5650; Cass. 5 giugno 2020, n. 10695.

¹³³ Lo stesso fenomeno si potrebbe notare rispetto all'appello: l'impugnante, infatti, potrebbe formulare – e di solito lo fa – più motivi di censura tutti volti alla caducazione del provvedimento di primo grado; tra questi il giudice potrebbe sceglierne uno solo per decidere dell'illegittimità/infondatezza del provvedimento impugnato. L'uso del condizionale deriva dal fatto che il giudizio d'appello, pur a seguito dei penetranti interventi della giurisprudenza e del legislatore tesi a limitarne l'oggetto tramite l'introduzione dei motivi specifici, non può dirsi a tutt'oggi un giudizio di mero annullamento del provvedimento impugnato, anzi la fase rescissoria segue sempre la fase rescindente. Il giudice d'appello decide sempre sul diritto fatto valere con la domanda (salvi chiaramente il caso patologico di chiusura in rito del processo e quei casi eccezionali in cui ai sensi degli artt. 353, 354 c.p.c. la causa è rimessa davanti al giudice di primo grado). Il criterio della

Passando alla categoria dell'«impugnativa» dell'atto occorre fare una premessa: qui il problema in esame si intreccia con quello dell'oggetto del giudizio. Il discorso dovrebbe risultare abbastanza agevole viste le lunghe premesse svolte a proposito dell'impugnativa negoziale e considerato il valore quasi esclusivamente classificatorio della distinzione che si va a tracciare. Se si considera come oggetto del giudizio la situazione giuridica finale, quella incisa dall'atto di esercizio del potere, non ha molto senso ragionare in termini di concorso di motivi di impugnativa: semplicemente si avrà che l'effetto giuridico finale si è prodotto a seconda che si siano verificati i fatti costitutivi o i fatti i.m.e. e/o che il potere sia stato esercitato correttamente¹³⁴; se viceversa il giudizio di impugnativa viene considerato come incentrato sull'atto, allora sì che i motivi diventano i veri protagonisti. Non è un caso, infatti, che nel giudizio amministrativo, tradizionalmente concepito come giudizio sull'atto, lo studio e la disciplina dei motivi di ricorso rivesta un ruolo di particolare importanza¹³⁵. Non è questa la sede per soffermarci oltre su tale questione teorica, posto che ai nostri fini la differenza è quasi solo formale: nell'un caso il criterio della ragione più liquida opera tra i fatti e l'esercizio del potere (che può poi presentare più sotto-questioni a loro volta suscettibili di essere sfrondate con l'ausilio del criterio in parola), nell'altro opera tra i vari motivi. È solo il caso di osservare che, per lo meno nell'ambito del giudizio civile, secondo la premesse poste in precedenza, la prima opzione pare quella teoricamente preferibile.

ragione più liquida quale strumento selettivo del motivo di impugnazione potrebbe eventualmente riguardare sempre e solo una parte del giudizio d'appello: la fase rescindente. Ciò avverrà tuttavia difficilmente nella prassi: si tratterebbe in effetti di un modo di procedere inutilmente complicato, a tratti addirittura cervellotico, che presupporrebbe una netta separazione delle due fasi (rescindente e rescissoria) e costringerebbe di fatto il giudice a prendere in esame il materiale di cognizione due volte.

¹³⁴ In quest'ottica la problematica è solo quella affrontata *supra*, par. 5.4.

¹³⁵ Indicativa è la terminologia del codice del processo amministrativo. Ad esempio si veda l'art. 40 sul contenuto del ricorso che annovera (n. 4) fra gli elementi che deve contenere il ricorso i «motivi specifici su cui si fonda il ricorso» oppure tutta la disciplina dei c.d. «motivi aggiunti» di cui all'art. 43. Nella giurisprudenza per l'esame dei motivi di ricorso e per l'applicazione della ragione più liquida v. Cons. Stato, ad. plen., 5/2015, cit.

9. Decisioni di rigetto in rito della domanda (cenni)

Sebbene questo lavoro si concentri sulla decisione nel merito, pare opportuno fare cenno ad un ultimo gruppo di pronunce dove può trovare applicazione il criterio della ragione più liquida: quelle che si fondano sulla soluzione di questioni pregiudiziali di rito. Si tratta di ipotesi in cui è irrilevante l'oggetto del processo¹³⁶, posto che il provvedimento si limita in questo caso a pronunciare la non decidibilità del merito della controversia e dunque non affronta il tema dell'esistenza o inesistenza del diritto sostanziale dedotto in giudizio.

Prima di entrare nel vivo dell'esame di questa ipotesi è necessaria una premessa. In questo capitolo, come più volte ribadito, non si analizza *quale* motivo sceglie il giudice per fondare la decisione, ma solo *se e in quali casi* una decisione può essere fondata su un solo motivo. Tuttavia, nell'ipotesi in esame in modo particolare, l'analisi del secondo profilo rende opportuno accennare al primo¹³⁷: siccome si è visto che condizione per l'applicazione del criterio della ragione più liquida è che i motivi siano anche fungibili, occorre chiedersi se le questioni di merito e le questioni di rito¹³⁸ siano effettivamente tali. In altre parole occorre chiedersi se esista un vincolo di subordinazione rito-merito a cui il giudice non può sottrarsi. Il tema è da anni fra i più dibattuti e qui non ci si può che limitare a fare un cenno delle alternative.

Se si ritiene, come fa l'attuale giurisprudenza maggioritaria di legittimità e una parte della dottrina¹³⁹, che non esista per il giudice un ordine vincolante rito-merito, si può concludere per l'applicabilità del criterio della ragione più liquida a tutto campo; viceversa se si aderisce all'impostazione, sostenuta da un'altra parte

¹³⁶ Cioè l'oggetto di merito. Si precisa che in questo lavoro si assume che l'oggetto sia unico e sia relativo al merito; per cenni alla teoria del doppio oggetto v. *supra*, Cap. 1, par. 2, nt. 2.

¹³⁷ Vedremo che anche tra le questioni di merito, si pone il problema relativo al se esista un ordine di esame delle questioni. Tuttavia la risposta che si dà fra gli Autori e nella giurisprudenza è generalmente negativa.

¹³⁸ Ma il discorso vale anche per le questioni assimilate, per i motivi che si vedranno più oltre.

¹³⁹ In questo senso cfr. M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 20 ss., 41 ss., 58 ss., 96 ss.; P. BIAVATI, *Appunti sulla struttura*, cit., 1302 s.; D. DALFINO, *Case management*, 870.

della giurisprudenza¹⁴⁰ e dalla dottrina maggioritaria¹⁴¹, per cui il giudice deve sempre esaminare il rito prima del merito, il criterio della ragione più liquida potrà operare solo fra questioni di rito, anche qui a condizione e nei limiti in cui non vi sia un ordine di esame delle stesse. Ciò che accomuna le due impostazioni sono le conseguenze della decisione sulla questione processuale: tutte le altre pregiudiziali di rito e, in blocco, tutto il merito, rimarranno assorbiti¹⁴².

Se e nella misura in cui il criterio della ragione più liquida può operare (che sia a tutto campo, solo all'interno del rito o solo rispetto ad un gruppo di questioni di rito), si può avere una decisione fondata su un motivo (processuale) in grado di reggere l'intera decisione. Bisogna però distinguere: a) infatti ci sono ipotesi di questioni di rito non idonee a definire il giudizio (si pensi a quelle relative all'ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova); b) ipotesi in cui l'insussistenza di un requisito processuale conduce ad una pronuncia immediata di chiusura del processo in rito (si pensi ai requisiti extra-formali, come la carenza dell'interesse ad agire o della legittimazione ad agire in capo ad una delle parti); c) ipotesi di vizi extra-formali che conducono all'emanazione di una statuizione che chiude la fase davanti al giudice originariamente adito e che poi consentono la riassunzione del processo davanti ad altro organo giudiziario (si pensi al difetto di giurisdizione o di competenza); d) ipotesi di vizi processuali in cui il legislatore ha predisposto un meccanismo di sanatoria davanti allo stesso giudice adito (si pensi alla nullità dell'atto di citazione). In quest'ultimo caso d) qualora tale sanatoria sia portata a

¹⁴⁰ In particolare v. Cass., sez. un., 11799/2017, cit., oltre al filone di pronunce che affermano che la pronuncia di inammissibilità della domanda preclude al giudice l'esame nel merito della medesima: il presupposto del ragionamento è dato dalla sussistenza dell'ordine rito-merito (anche se *contra* v. Cass. sez. un., 26242/2014, cit., 5.14.5). Tale filone ha come capofila Cass., sez. un., 4 marzo 1990, n. 2078 in *Giur. it.* 1991, I, 1, p. 1486 ss. e Cass., sez. un., 20 febbraio 2007, n. 3840 in *Giusto proc. civ.*, 2007, p. 859 ss., con nota di FRASCA; *Giur. it.*, 2008, p. 1213 ss., con nota di RONCO; *Riv. dir. proc.* 2008, p. 1462 ss., con nota di PETRELLA; *Corr. giur.*, 2008, p. 375 ss. con nota di CONSOLO. Per riferimenti giurisprudenziali recenti sul tema v. P.C. RUGGIERI, *Pronuncia oggettivamente complessa e onere d'impugnazione*, Torino 2020, 73, 126.

¹⁴¹ Si segnalano in particolare A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, 112; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 65; A. MOTTO, *L'ordine di decisione*, cit., 621; D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 115 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 214 ss., e in specie 220, 223-225: l'ordine di esame rito-merito è conseguenza necessaria della teoria, sostenuta dall'Autore, per la quale il giudizio è caratterizzato da una duplicità di oggetti, l'uno processuale e l'altro sostanziale.

¹⁴² Anche se si tratta di due diverse tipologie di assorbimento, «proprio» nel caso in cui non sussistano relazioni di subordinazione fra i motivi, «improprio» nel caso contrario. Per tale distinzione v. *supra*, Cap. 1, par. 9.

termine, il processo può proseguire verso la pronuncia di merito; altrimenti, d₂) il giudice deve emanare un'ordinanza dichiarativa dell'estinzione del processo ai sensi dell'art. 307, comma 3 c.p.c.. Le ipotesi che qui interessano sono quelle in cui viene emanata una pronuncia in rito c.d. definitiva, con cui cioè il giudice adito si spoglia del potere/dovere decisorio e cioè le ipotesi *sub* b), c), d₂)¹⁴³⁻¹⁴⁴. Si tratterà

¹⁴³ Per l'affermazione per cui hanno astratta idoneità a definire il giudizio solo le questioni pregiudiziali di rito che si riferiscono ai requisiti extra-formali v. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 113; sulla peculiarità delle questioni di competenza e, oggi, anche giurisdizione per le quali è previsto il meccanismo di *translatio iudicii* v. D. DALFINO, *Questioni di diritto*, cit., 81, nt. 25. Tale peculiarità, tuttavia, in questa sede non è significativa, posto che comunque definisce il giudizio «almeno davanti al giudice adito»: così D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 13; dello stesso Autore v., di recente anche *Le questioni pregiudiziali di rito*, in *Giust. civ.*, 2018, 6 s. dove addirittura si afferma che «le questioni che solo indirettamente conducono al rigetto della domanda» e cioè quelle relative a vizi per cui è previsto un meccanismo di sanatoria non sarebbero da considerare pregiudiziali, ma al massimo «quasi pregiudiziali» così da evitare di applicare alle stesse gli artt. 187, comma 3 e 279, comma 2 c.p.c.

¹⁴⁴ Come esempi v. Trib. Roma 27 novembre 2019, n. 22894, che è una sentenza di rigetto della domanda per nullità insanabile della notificazione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza resa all'interno di un procedimento in materia locatizia soggetto al rito lavoro. Si afferma che tale questione pregiudiziale di rito è la più liquida e assorbe tutte le altre; App. Ancona 20 novembre 2019, n. 1554, sentenza che si fonda sulla mancata declaratoria di improcedibilità della domanda in primo grado per mancata partecipazione dell'opponente il decreto ingiuntivo al procedimento di mediazione obbligatoria. Ritenuto tale motivo fondato, veniva accolto l'appello e rigettata l'opposizione; Trib. Bari 19 novembre 2019, n. 4975, resa all'esito di un caso in cui il contribuente INPS aveva impugnato l'estratto di ruolo (e non la cartella benché la stessa gli fosse stata correttamente notificata) chiedendo la cancellazione delle somme in questione dai ruoli esattoriali. Il Tribunale, dopo una lunga premessa sull'inammissibilità dell'impugnazione dell'estratto di ruolo in ipotesi di nullità della notifica della cartella, affermava che per contestare la fondatezza della pretesa (in particolare il ricorrente deduceva l'intervenuta prescrizione) il contribuente avrebbe dovuto utilizzare, a fonte dell'iniziativa esecutiva dell'amministrazione, lo strumento dell'opposizione all'esecuzione. La ragione più liquida è dunque individuata nella carenza di interesse ad agire. Si noti che in questo caso – e similmente nel caso precedente, di opposizione a decreto ingiuntivo – si sarebbe trattato di azione di accertamento negativo quindi la ragione più liquida sul merito avrebbe determinato l'accoglimento della domanda; qui tuttavia si fa valere la ragione più liquida di rito che sempre è utilizzata per il rigetto della domanda (al riguardo v. *infra*, in chiusura del paragrafo); Trib. Firenze 6 giugno 2019, n. 1795, resa all'esito di un'azione per la dichiarazione di scioglimento della società consortile proposta dai soci per mancata proroga del termine. Il consorzio convenuto si difendeva con una serie di eccezioni: in via preliminare la carenza della legittimazione ad agire in giudizio, la nullità della procura alle liti, l'operatività della clausola arbitrale, prevista dallo statuto, la prescrizione del diritto fatto valere dall'istante società *ex art.* 2949 c.c.; in via principale, la validità della proroga prevista dallo stato. Il tribunale afferma: «considerata la ragione della rimessione al Collegio della controversia con ordinanza del 04/12/2017 [pare ai sensi dell'art. 187.2 c.p.c.] e la natura di “ragione più liquida” che in essa si esprime in ordine all'eccezione relativa al difetto di legittimazione attiva degli attori, il Tribunale esaminerà prioritariamente tale questione»; Trib. Siena, 16 maggio 2019, n. 505, resa a seguito di un'opposizione ad un decreto ingiuntivo ottenuto dalla Banca contro il garante dell'obbligazione principale. L'opposizione proveniva dal garante il quale, convenuto sostanziale, sollevava le seguenti eccezioni: a) l'incompetenza territoriale del tribunale adito; b) l'intervenuta decadenza della società opposta dall'azione nei confronti del garante, per l'inutile spirare del termine semestrale di cui all'art. 1957 c.c.; c) la violazione del principio di determinatezza dell'oggetto del contratto imposto dall'art. 1346 c.c.; d) l'infondatezza della pretesa creditoria azionata dall'opposta. Il decreto ingiuntivo veniva dichiarato provvisoriamente esecutivo in pendenza di opposizione *ex art.* 648

sempre di una *decisione di rigetto* della domanda dell'attore. Poiché quest'ultimo è il soggetto che esercita il diritto d'azione e che dà avvio al procedimento, non avrà mai interesse a che il processo venga dichiarato per qualche motivo invalido. Mentre una declaratoria di non esistenza del diritto dedotto in giudizio può derivare da una pronuncia che dà ragione all'attore (che ha chiesto l'accertamento negativo), una declaratoria di inesistenza di un requisito processuale positivo o di esistenza di un impedimento processuale è una pronuncia che gli dà necessariamente torto¹⁴⁵. Occorre però svolgere una precisazione e dar conto di un'eccezione a questa regola.

La precisazione: nelle domande di accertamento negativo, si è detto, il criterio della ragione più liquida può essere usato per pronunciare l'accoglimento, mentre se il motivo su cui si fonda la decisione è di rito, viene sempre impiegato per il rigetto. Ciò però non esclude, nell'ottica del giudice, la fungibilità dei motivi di rito e di merito, a condizione ovviamente che si ammetta tale fungibilità sul piano generale, ma determina soltanto la conseguenza per cui si avrà accoglimento o rigetto della domanda a seconda del motivo¹⁴⁶.

Per quanto riguarda l'eccezione (più apparente, o formale, che reale), essa riguarda i giudizi di secondo grado; con l'atto di impugnazione, infatti, potrebbe essere chiesto un accertamento solo su questioni di rito¹⁴⁷: si pensi ad esempio al convenuto soccombente nel merito che impugna la sentenza di prime cure

c.p.c., ma poi l'opposizione era accolta sulla base dell'eccezione di incompetenza ritenuta ragione più liquida.

¹⁴⁵ È quanto osserva anche M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit. 23 ss., che rileva: «il punto, molto semplicemente, è quello per il quale, posto che è l'attore a proporre la domanda, non potrà, di regola, ritenersi la sua legittimazione a sollevare (o ad avvalorare) la carenza di un presupposto processuale». L'Autore riscontra però un'eccezione nel caso in cui il vizio non sia imputabile a lui stesso e cioè – unica ipotesi in concreto – in presenza di un «difetto di capacità del giudice» eccezionale «sotto forma di istanza di riconsunzione». La prospettiva potrebbe ribaltarsi nel processo di impugnazione (non già però per le ragioni che si vedranno nel testo nel prosieguo) e dunque condurre all'impiego della ragione più liquida non per rigettare il gravame dell'attore, soccombente nel merito in primo grado e impugnante su questione di rito, ma per accoglierlo, se si ammette che tale motivo d'impugnazione sia sorretto dall'interesse ad impugnare (v. in questo senso C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande. II, Il procedimento*, Padova 1985, 763, nt. 151).

¹⁴⁶ Cfr. V. ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, 92 s. dove descrive il rapporto fra accertamento positivo e negativo e pronuncia di accoglimento e rigetto; in particolare, richiamando la dottrina tedesca, l'Autore afferma: «l'attore che si fa a richiedere l'affermazione vincolante del proprio diritto, esige dall'organo giurisdizionale un duplice giudizio positivo; diversamente, l'attore che domanda la dichiarazione dell'inesistenza del diritto altrui pretende una decisione ad un tempo negativa in senso logico (*negatives Urteil i.S. der Logik*: la situazione giuridica controversa non esiste) e positiva in senso processuale (*positives Urteil i.S. der Zivilprozessordnung*: la domanda dell'attore è fondata)».

¹⁴⁷ Lo osserva anche D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 87.

lamentando la carenza dell'interesse ad agire, il difetto di competenza del giudice adito e l'assenza di un litisconsorte necessario erroneamente decisi in senso favorevole all'attore. Qui il giudice sceglie, in base alla ragione più liquida, una sola delle più questioni su cui fondare la decisione per accogliere l'impugnazione. Si osservi però che l'unico soggetto interessato ad impugnare le sole questioni di rito è soltanto il convenuto in primo grado e dunque si tratta di una pronuncia che, se anche dà torno all'impugnante, va comunque a svantaggio dell'attore in primo grado.

10. Deroche all'assenza del vincolo di completezza di esame delle questioni (?) (rinvio)

Prima di chiudere questa parte del lavoro occorrerebbe chiedersi se sussistono delle deroghe al criterio della ragione più liquida, inteso come assenza dell'obbligo di completezza di esame delle questioni in capo al giudice. In altre parole si tratterebbe di stabilire se le parti possono imporre a quest'ultimo di fondare la decisione su più *rationes decidendi* pur quando una sola di esse sarebbe sufficiente, ovvero se, addirittura, lo stesso giudice dovrebbe in taluni casi procedere d'ufficio in tal senso. Per rispondere a questa domanda, che si pone particolarmente, se non esclusivamente, con riferimento alle questioni di merito, è necessario affrontare la tematica della portata oggettiva del giudicato in relazione alla motivazione. Dal momento però che quest'ultima tematica si lega in maniera più stretta all'altro profilo, cioè il rapporto fra criterio della ragione più liquida e ordine di esame delle questioni, per necessità espositive si ritiene più opportuno lasciare in sospeso il quesito e riprenderlo in una fase più avanzata dello studio¹⁴⁸.

¹⁴⁸ V. Cap. 3, par. 14.

11. Sintesi dei risultati

La ricerca svolta ha messo in evidenza innanzitutto un primo dato, in un certo senso solo formale, ma comunque interessante: la giurisprudenza menziona il criterio della ragione più liquida di decisione con un'elevatissima frequenza. Approfondendo l'indagine, si è potuto constatare che talvolta l'espressione rappresenta nient'altro che una formula di stile, cui non corrisponde un'effettiva selezione del materiale cognitivo, talaltra, invece, riassume una tecnica utilizzata per ridurre davvero l'oggetto della cognizione.

Il presupposto perché il criterio in parola possa funzionare è rappresentato dalla circostanza che le questioni – e poi eventualmente i motivi – siano fra loro: concorrenti, ovvero possano sorreggere da sole una determinata decisione, e fungibili, ovvero possano sorreggerla alternativamente. Può trattarsi della decisione dell'intera domanda proposta dall'attore (detto altrimenti il motivo di decisione sorregge il dispositivo del provvedimento), ovvero solamente di una semplice questione o di una parte della domanda (detto altrimenti il motivo di decisione sorregge un passaggio interno della motivazione). Così, ad esempio, appartengono al primo gruppo le statuizioni di rigetto di una domanda di condanna o di una domanda di accertamento positivo fondate sulla carenza di un fatto costitutivo o sulla presenza di un fatto i.m.e., oppure le pronunce di rigetto in rito dell'azione, mentre appartengono al secondo gruppo le decisioni in cui la regola di condotta fra le parti viene enunciata solo previo annullamento di un atto o di un provvedimento in base ad uno dei più motivi di censura sollevati, oppure le pronunce di accertamento di un diritto autodeterminato fondate sull'esistenza di uno dei fatti costitutivi concorrenti¹⁴⁹.

Si è inoltre osservato che non sussiste corrispondenza biunivoca fra impiego del criterio della ragione più liquida e pronunce di rigetto, poiché si danno svariati casi in cui il primo è impiegato per accogliere la domanda: ciò avviene ad esempio nelle ipotesi di inversione formale delle posizioni delle parti, quando cioè l'attore

¹⁴⁹ Un caso particolare è quello delle più domande alternative dove, si è visto, il processo ha oggetto cumulativo e dunque non si può propriamente parlare di ragione che regge la decisione della domanda, ma semmai di ragione che regge la pronuncia che realizza per l'attore il risultato cui ambiva.

chiede l'accertamento di non esistenza di un diritto, nelle ipotesi dei diritti autodeterminati, quando sono dedotti più fatti costitutivi concorrenti e nelle ipotesi del concorso di norme in rapporto di coincidenza cronologica.

Dall'analisi casistica è generalmente emerso che la corretta applicazione del criterio della ragione più liquida, intesa come tecnica decisoria che consente al giudice di basare la pronuncia su uno solo dei più motivi, è suscettibile di verifica sul piano logico. Pertanto se applicato correttamente, il canone in parola conduce a risultati coerenti dal punto di vista sistematico: ad esempio, nel caso delle azioni di impugnativa negoziale, se si tiene ferma la concezione per cui l'oggetto del processo è rappresentato dalla rilevanza giuridica del negozio stesso, il criterio della ragione più liquida può essere impiegato per l'accoglimento di una domanda di impugnativa, poiché il giudice, in questo modo, dichiara inesistenti gli effetti del contratto; per quanto riguarda invece rigetto, la pronuncia accerterà la sussistenza di tutti gli elementi che permettono di stabilire che il contratto è esistente e produttivo di effetti.

In conclusione è opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che i risultati ottenuti in questa prima parte dello studio si basano sulla constatazione per cui la legge, in linea generale, non impone al giudice di compiere un esame completo di tutte le questioni emerse nel corso del giudizio. In una fase successiva del lavoro, tuttavia, occorrerà tornare su questo punto per stabilire se non sussistano casi eccezionali in cui il sistema dei valori funzionali del processo spinge per la costituzione di un tale obbligo.

CAPITOLO III

CRITERIO DELLA RAGIONE PIÙ LIQUIDA E ORDINE DI ESAME DELLE QUESTIONI

INDICE DEL CAPITOLO: 1. Premessa. Assenza di un generale ordine di esame e decisione delle questioni?; 2. Esame della giurisprudenza; 3. Risultati dell'indagine giurisprudenziale: a) impossibilità di individuare linee di indirizzo sulla scelta del motivo; b) generale assenza di un ordine di esame: in particolare non rileva l'ordine emergente dal diritto sostanziale; 4. Deroche all'assenza dell'ordine di esame: a) per ragioni di diritto sostanziale: le ipotesi in cui sono dedotti fatti che rilevano anche come fatti impeditivi o estintivi di altre eccezioni; 5. (Segue) b) per ragioni di diritto processuale: le ipotesi in cui sono sollevate eccezioni onerose (?); il vincolo di subordinazione imposto dalle parti (rinvio); 6. Variabilità della portata e degli effetti del giudicato materiale in ragione del motivo di decisione; 7. (Segue) La teoria della c.d. pregiudizialità logica: l'accertamento con autorità di cosa giudicata sul rapporto giuridico fondamentale; 8. (Segue) La teoria del vincolo selettivo al motivo portante: la rilevanza del motivo di decisione rispetto ad alcuni successivi processi selezionati in ragione del loro oggetto; 9. (Segue) Confronto fra le due teorie in una prospettiva evolutiva. Conseguenze sull'impostazione del problema del giudicato fondato su uno fra i più potenziali motivi di decisione; 10. Efficacia del giudicato (di accertamento negativo) fondato su di un solo motivo rispetto alla stessa fattispecie arricchita del fatto giuridico sulla cui base il diritto era stato dichiarato inesistente; 11. Efficacia del giudicato fondato su di un solo motivo rispetto ad una fattispecie diversa ma suscettibile di essere «influenzata» dal primo giudicato a causa della forte connessione fra le due situazioni giuridiche; 12. Efficacia del giudicato fondato su di un solo motivo rispetto ad una fattispecie concorrente o regolata da una norma concorrente; 13. L'imposizione, ad opera delle parti, di un vincolo di subordinazione (o di un vincolo di completezza) nella decisione delle questioni. La dottrina individua nell'interesse il parametro alla cui stregua vagliarne l'ammissibilità. Profili critici di questa ricostruzione; 14. (Segue) Individuazione delle fattispecie in cui è ammissibile il condizionamento di parte; 15. La scelta del motivo di decisione da parte del giudice. L'individuazione, all'interno del sistema, di vincoli di subordinazione nella decisione delle questioni.

1. Premessa. Assenza di un generale ordine di esame e decisione delle questioni?

Nel precedente capitolo si è trattato del criterio della ragione più liquida sotto il profilo dell'assenza di un vincolo di completezza di esame delle questioni e si è concluso che il giudice, alle condizioni che si sono individuate, può fondare la decisione anche su una sola di esse. Si è detto più volte che tale profilo è strettamente correlato ad un altro, quello dell'assenza di un vincolo di esame delle questioni secondo un ordine prestabilito. Si tratta ora di approfondire questo secondo aspetto, che si presenta più complesso rispetto al primo.

In dottrina, per dimostrare che il criterio della ragione più liquida consente al giudice di selezionare un qualsiasi elemento di decisione, si utilizzano gli stessi due argomenti usati per escludere la sussistenza del vincolo di completezza. In primo luogo si fa riferimento alla sufficienza di un singolo elemento a far dichiarare l'inesistenza «in ogni caso» del diritto azionato: posto che il compito del giudice non è quello dello storico di ricostruire compiutamente ed in ordine cronologico lo sviluppo della vicenda relativa al diritto fatto valere, ma quello di regolare un rapporto per il futuro, è concepibile una decisione *in via ipotetica* non rispettosa di un potenziale ordine di esame. Ad esempio, mentre sul piano sostanziale, da un punto di vista logico e cronologico, un diritto può estinguersi solo se prima è sorto, sul piano processuale tale successione può essere sovvertita sulla base di un ragionamento del seguente tenore: se anche il diritto fosse venuto ad esistenza, in ogni caso sarebbe ormai prescritto¹. In secondo luogo si fa leva su alcune norme di diritto positivo, in particolare gli artt. 187, comma 2 e 279, comma 2, n. 2 c.p.c. che consentono al giudice di porre a base della decisione un qualsiasi elemento preliminare di merito alla sola condizione che sia idoneo a definire il giudizio,

¹ V. F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, II, cit., 67; E.T. LIEBMAN, *L'ordine delle questioni*, cit., 540 s.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 504 s.; E. MERLIN, *Azione di accertamento negativo*, cit., 1080 s.; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 41 ss., 58 ss. nella cornice della propria ricostruzione in cui i requisiti processuali sono, al pari delle eccezioni di merito, fatti impeditivi, modificativi, estintivi dell'azione in senso concreto; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, 976 s.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 478; nella dottrina tedesca B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen*, cit., 121 s. a proposito della sentenza di rito – che è necessariamente una pronuncia che respinge la domanda – e della sentenza di rigetto nel merito; L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 59, Rn. 8; J. BLOMEYER, *Rechtskraft und Rechtsmittel*, cit., 590-591, testo e nt. 26; W. HARMS, *Reihenfolge der Prüfung*, cit., 177 ss.

oltreché l'art. 276, comma 2 c.p.c., che lascia libero il giudice di scegliere la questione di merito da decidere per prima².

Anche con riferimento al profilo ora in esame, quello dell'assenza del vincolo di subordinazione, la giurisprudenza e la dottrina affermano che il criterio della ragione più liquida trova fondamento nei principi di ragionevole durata del processo e di economia processuale, evidentemente intesa in senso interno³. A tal proposito già Harms⁴ aveva dimostrato il possibile allungamento della durata del processo qualora si riconosca nel sistema un rigido ordine di esame (che l'Autore chiama *Prioritätsystem*) in luogo del principio del primato della ragione più liquida (definito *Selektionsprinzip*). Harms parte dai lavori preparatori della ZPO tedesca nella parte in cui esplicitano l'intenzione del legislatore di respingere un sistema basato su un rigido ordine delle questioni (di rito⁵) in quanto da una parte foriero di contraddizioni e punti oscuri (*Widersprüche und Dunkelheiten*) e dall'altra destinato ad allungare la durata dei processi (*in bedenklicher Weise die Verschleppung des Verfahren zu befördern*). L'Autore, con l'ausilio di una ricca casistica giurisprudenziale, arriva a concludere che effettivamente un simile sistema complica lo svolgimento del processo, ogni volta che una questione di più facile soluzione si colloca a valle di altre. In questo caso, infatti, poiché il giudice non può esaminarla per prima, l'economia processuale è compromessa.

² Cfr. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 77 s.; ID., *Appunti sul giudicato civile*, cit., 406; E.T. LIEBMAN, *op. ult. cit.*, 541; S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 975 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 489 s.; ID., *In tema di questioni pregiudiziali*, cit., 195.

³ Cfr. in particolare D. DALFINO, *Case management*, cit., 870 s. che, dopo aver sostenuto che in base al criterio della maggiore liquidità debba essere data priorità al motivo più pronto, quale che sia, afferma: «alla base di tale criterio vi è un'esigenza di economia processuale, poiché la sua applicazione consente di risparmiare l'attività istruttoria e quella motivazionale»; P. BIAVATI, *Appunti sulla struttura*, cit., 1314, afferma che, in nome della celerità del giudizio, il giudice debba porre alla base della decisione di rigetto la questione più veloce e meno complessa, tanto quando concorrano solo questioni di merito o solo questioni di rito, quanto quando concorrano questioni di rito con questioni di merito; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 62 s. Per la giurisprudenza, v., su tutte, Cass. sez. un. 26242/2014, cit., parr. 5.4.1. («non può escludersi che, proprio in forza dei ricordati principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, quel processo abbia termine, senza che la nullità sia dichiarata nel provvedimento decisivo finale, con una pronuncia fondata sulla ragione più liquida di rigetto della domanda (prescrizione, adempimento, mancata scadenza dell'obbligazione)»); 5.14.7, dove si trova riprodotto pressoché testualmente il passo di Dalfino riportato in apertura della nota.

⁴ V. W. HARMS, *Reihenfolge der Prüfung*, cit., 177 ss.

⁵ Lo studio infatti si occupa dell'ordine di esame dei requisiti processuali (*Prozessvoraussetzungen*), ma il ragionamento può essere esteso anche alle questioni di merito.

Quanto detto fino ad ora tuttavia non basta ad affermare che manca un generale ordine di esame e decisione dei motivi: a ben vedere, infatti, nell'ordinamento processuale si possono riscontrare svariati indizi in senso contrario. In primo luogo alcune espresse indicazioni paiono ricavarsi dal diritto positivo: si pensi all'art. 276, comma 2 c.p.c. secondo cui «il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa».

In secondo luogo limiti alla fungibilità dei motivi potrebbero derivare anche da alcuni principi, come ad esempio quello di economia processuale. Si è già osservato come quest'ultimo debba essere declinato nelle sue due componenti dell'economia endo- ed extra-processuale. Si è anche detto che le due facce del principio spingono a soluzioni opposte quando si tratta di valutare se la decisione del giudice debba basarsi su un solo motivo ovvero su più ragioni concorrenti. Ebbene, anche con riferimento al profilo della ragione più liquida di cui ci stiamo occupando vale la stessa considerazione: mentre l'economia endo-processuale – come ribadito poco sopra – spinge a che il giudice esamini la questione che è in grado risolvere più facilmente, viceversa l'economia extra-processuale è maggiormente favorita quando il giudice fonda la decisione su quella maggiormente preclusiva, che evita il proliferare di processi sulla stessa vicenda della vita⁶. Ci sono poi anche altre esigenze di carattere generale che sono idonee ad impattare sull'ordine delle questioni: la tutela di interessi superindividuali o la certezza del diritto cui rispondono alcuni requisiti processuali suggerisce che gli stessi vengano esaminati per primi e non debbano mai rimanere assorbiti⁷.

Ancora, potrebbero essere le caratteristiche di alcune difese a stabilire un determinato ordine di esame delle questioni con conseguente riduzione del campo

⁶ V. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 982, nt. 15, che nell'individuare le deroghe al principio del primato della ragione più liquida sotto il profilo della scelta del motivo di decisione afferma che l'allungamento del giudizio in corso è ripagato dall'economia extra-processuale che si ottiene tramite l'impedimento di futuri nuovi processi; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 508, 519 il quale anche mette in evidenza i benefici all'economia extra-processuale derivanti dall'imposizione di un vincolo di subordinazione delle allegazioni ponendo per prima quella più preclusiva.

⁷ Il tema della scelta del motivo di decisione in deroga al criterio della ragione più liquida per ragioni di economia extra-processuale sarà oggetto di analisi nei paragrafi seguenti di questo capitolo, in particolare par. 5 ss.

di applicazione del criterio della ragione più liquida: si pensi alla teoria dell'eccezione di compensazione come eccezione necessariamente subordinata⁸.

Infine a circoscrivere il potere discrezionale del giudice della scelta del motivo più agevole potrebbero essere vincoli di condizionamento imposti dalle parti, se si ritengono ammissibili. Si tratta delle c.d. difese graduate⁹.

Come meglio si vedrà, al fondo di tutti questi limiti¹⁰ c'è la questione dell'efficacia della sentenza che sarà emanata; tale profilo, infatti, rappresenta la cartina al tornasole per saggiare l'ammissibilità e l'esatta estensione dei limiti alla discrezionalità del giudice nella scelta del motivo. La rapida elencazione che si è fatta dovrebbe essere però già sufficiente a porre in dubbio l'idea che il canone della ragione più liquida rappresenti l'unico criterio decisivo a disposizione del giudice.

Gli studi sulla scelta del motivo di decisione si soffermano generalmente sull'efficacia del relativo giudicato materiale e sull'impugnabilità della sentenza fondata su uno solo dei motivi concorrenti (ma in fondo ciò che davvero rileva è il primo di questi due aspetti posto che anche il secondo dipende a sua volta dal primo). Prima però di interrogarsi su tali temi, è necessario procedere ad una ricognizione dello stato dell'arte sul modo in cui viene inteso e applicato il criterio della ragione più liquida e in particolare come viene scelto il motivo di decisione. Si tratta di un'operazione che non può che partire dall'analisi della casistica che emerge dai repertori giurisprudenziali per comprendere se esista una prassi ricorrente e dunque, indirettamente, una costante e perciò una regola. Infatti, come si è già osservato nel precedente capitolo non è possibile utilizzare il metodo logico-deduttivo per individuare un'eventuale regola che sta alla base della scelta del motivo di decisione¹¹.

⁸ Cfr. L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 104, Rn. 18 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 536, nt. 125, su cui v. anche parr. 5, 11, 14 e 15.

⁹ Su tale fenomeno v. quanto si dirà *infra*, par. 13 s.

¹⁰ Che saranno oggetto di specifica analisi nel prosieguo.

¹¹ Sulla metodologia giuridica v. l'importante contributo di T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, trad. a cura di G. Cifrò, Milano 1962. A pag. 46 l'Autore chiarisce che soltanto con il metodo sistematico deduttivo si possono controllare da un punto di vista logico le proposizioni e i risultati della ricerca giudica; diversamente questo non è possibile con l'impiego della topica, ossia quella tecnica consistente nella ricerca di luoghi comuni, argomenti diffusi che consentono di sviluppare o sostenere un ragionamento o una tesi (nel nostro caso) giuridica. È possibile poi distinguere la topica di primo grado da quella di secondo grado. La prima seleziona i problemi e vi associa dei punti di vista e delle ragioni a sostegno o contro la soluzione degli stessi. La topica di

L'impossibilità di definire a livello concettuale-astratto la «ragione più liquida» deriva anche dal fatto che non è dato ricavare alcuna indicazione dalla sua definizione: la dottrina e la giurisprudenza parlano di motivo più piano, evidente, agevole, pronto¹². Si tratta di espressioni non veramente descrittive. Non viene infatti mai spiegato se, ad esempio, la questione è più pronta in quanto già istruita (e se invece le altre non lo sono ancora) oppure se piana o evidente significa di più facile o veloce soluzione in ragione di una sua oggettiva semplicità, del suo concreto atteggiarsi nel singolo giudizio o magari delle conoscenze e della specializzazione del giudice. Che la locuzione sia scarsamente descrittiva – e quindi poco utile – è dimostrato anche dalla circostanza che essa stessa, nata in Germania, non è stata poi lì utilizzata dalla giurisprudenza e dalla dottrina¹³.

A prescindere dalla terminologia che si intende utilizzare, è opportuno anticipare sin d'ora – ma si tornerà naturalmente sul punto – un aspetto importante: la scelta del motivo di decisione non può che rimanere, in una certa misura, nella discrezionalità del giudice. Tale scelta rappresenta una forma di potere di *case management* che consente di rendere più flessibile lo svolgimento del processo¹⁴

secondo grado, elaborata a causa dell'indeterminatezza di quella di primo grado, consiste nell'elaborazione di cataloghi di *tòpoi* (opinioni comuni) con scopo descrittivo (cfr. pag. 31 ss.).

In generale lo scopo di Viehweg è quello di dimostrare che la scienza giuridica non è suscettibile di svilupparsi secondo il metodo sistematico, ma deve necessariamente affidarsi alla topica. La storia stessa dimostra che il diritto (in particolare quello civile) è orientato problematicamente e la maggior parte degli studiosi di questa materia ha sviluppato una corrispondente tecnica di lavoro (pagg. 13 ss.; 47 ss.). All'opposto – sempre secondo l'Autore – i tentativi di rendere sistematico il diritto si sono rivelati fallaci (pag. 87 ss.).

Senza abbandonarsi ad un completo scetticismo verso l'impiego della logica nella scienza giuridica, si può cogliere lo spunto di Viehweg laddove, come nell'attuale parte del lavoro, il ragionare per casi e problemi si pone particolarmente utile, per non dire necessario.

¹² V. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 976; Cass. sez. un. 26242/2014, cit. Per una sintesi delle locuzioni impiegate dalla giurisprudenza v. anche L. COMOGLIO, *L'economia dei giudizi*, cit., 353 ss. nel testo e in particolare alla nt. 89.

¹³ Si utilizzano piuttosto espressioni alternative per indicare l'impiego di una tecnica decisoria che seleziona un solo motivo di decisione, come ad esempio «Für den hier zu entscheidenden Fall kann offen bleiben, ob...», oppure «...jedenfalls ist die Klage unbegründet». Formule che non hanno l'ambizione di fornire una indicazione del criterio selettivo impiegato. Per il significato che assumono queste espressioni nel linguaggio processuale v. J. BLOMEYER, *Rechtskraft und Rechtsmittel*, cit., 589-590; H.W. LAUBINGER, ... *jedenfalls ist die Klage unbegründet. Zur Prüfungsreihenfolge von Zulässigkeit und Begründetheit*, in *Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag*, Monaco 2015, 609 ss., quest'ultimo nell'ottica del rapporto fra rito e merito.

¹⁴ L'esperienza di altri Paesi europei mostra che la tendenza delle ultime decadi è quella di privilegiare un processo più flessibile in grado di adeguarsi alla specificità del caso concreto e in particolare al grado di complessità della controversia (v. B. FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, sui modelli di *case management* nella fase preparatoria del processo civile adottati con le riforme della fine del secolo scorso e dei primi anni 2000 in Francia (p. 45 ss.) e Inghilterra (p. 91 ss.); R. CAPONI, *Rigidità e flessibilità del processo*

nel momento in cui fa ingresso nella fase decisoria e poi quando si trova nell'effettivo svolgimento di tale fase. Vista l'irrinunciabile area di discrezionalità, il compito che ci si prefigge è duplice: segnare il perimetro di applicazione del criterio della ragione più liquida individuandone i limiti esterni e osservare se dalla prassi applicativa emergano linee di tendenza che rivelino il percorso seguito dal giudice nella scelta del motivo¹⁵.

Come si è detto, il punto di partenza è l'analisi dei casi concreti, che verranno letti alla luce delle ricostruzioni dottrinali su temi limitrofi. Si possono raggruppare le ipotesi di pronunce fondate su uno dei più motivi concorrenti in tre classi: quando la selezione è avvenuta solo tra questioni di merito, quando è avvenuta a cavallo tra questioni di rito e questioni di merito e quando è avvenuta solo tra questioni di rito. Nelle tre ipotesi emergono problematiche parzialmente diverse. In questo lavoro si esaminerà il rapporto fra questioni di merito.

2. Esame della giurisprudenza

Come si è già avuto modo di constatare, il dato giurisprudenziale è mastodontico. Il che, se da una parte ne complica la ricerca e la classificazione, dall'altra offre un buon campione da cui estrapolare eventuali indirizzi.

civile, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1442 ss.; H. PRÜTTING, *sub § 272*, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, Monaco 2020, Rn. 1 ss. sul modello tedesco dell'udienza principale e delle possibili diverse declinazioni dell'attività preparatoria diretta dal giudice). Anche la nostra dottrina più recente mostra di credere in un approccio (anche interpretativo) ispirato alla flessibilità: cfr. I. PAGNI, *Principio di proporzionalità e regole minime tra rito ordinario, rito del lavoro e tutela sommaria*, in *La tutela dei diritti e le regole del processo, Atti del XXXI Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra studiosi del processo civile: Padova, 29-30 settembre 2017*, Bologna, 2019, p. 116; B. FICCARELLI, *op. cit.*, p. 28 ss., 167 ss.; M.A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, p. 5 ss., 57 s. A. PROTO PISANI, *Riflessioni critiche sulla cosiddetta tutela giurisdizionale differenziata*, in *Lavoro e diritto*, 2014, p. 538 ss.

¹⁵ In teoria un aiuto all'analisi di tali questioni potrebbe derivare dagli studi della dottrina sull'oggetto della sentenza non definitiva e sull'art. 187, in particolare commi 2 e 3 c.p.c. Le norme citate, infatti, presuppongono evidentemente la scelta di quell'unica questione preliminare di merito o pregiudiziale di rito su cui la causa è stata rimessa in decisione. In realtà in quegli studi l'attenzione si concentra non tanto sulla discrezionalità nella scelta della ragione, quanto sulla discrezionalità della decisione di rimettere immediatamente o meno la causa in decisione, come testimonia il dibattito fra F. CIPRIANI, *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 24 ss. e A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, 85 s.

Si considerino in primo luogo i seguenti casi, tratti da vari ambiti del diritto civile e commerciale.

1) L'Attore chiedeva che venisse dichiarato l'acquisto della proprietà del terreno adiacente ad un suo immobile per intervenuta usucapione. Il convenuto Comune di Roma contestava la sussistenza dei requisiti per l'acquisto, in capo all'attore, della proprietà oggetto di causa per usucapione ed affermava che comunque il terreno apparteneva al demanio ed al suo patrimonio indisponibile (per cui non era acquistabile ai sensi dell'art. 1158 c.c.). Il giudice selezionava quale motivo di rigetto della domanda la carenza del possesso esclusivo per oltre vent'anni del bene (elemento costitutivo della fattispecie acquisitiva in esame)¹⁶.

2) Gli eredi di Tizia, promissaria venditrice della nuda proprietà di un immobile con riserva di usufrutto, erano citati in giudizio dal promissario acquirente per l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre. In via riconvenzionale i convenuti chiedevano l'annullamento del contratto preliminare *ex art. 428 c.c.* per incapacità della loro dante causa al tempo della stipula del negozio. Il Tribunale accoglieva la domanda riconvenzionale *ex art. 428 c.c.* e dunque sulla base di tale motivo rigettava la domanda originaria *ex art. 2932 c.c.* La Corte d'appello invece rigettava sì la domanda originaria, ma sulla base di un diverso motivo: a seguito della stipula del preliminare che aveva ad oggetto il trasferimento della nuda proprietà dell'appartamento, prima dell'introduzione del giudizio, Tizia era deceduta, con la conseguenza che non poteva più disporsi il trasferimento coattivo della piena proprietà del bene (in tal modo – secondo i giudici di merito ed in conformità con l'orientamento della Suprema Corte – si sarebbe intervenuti sull'oggetto del contratto, modificando le volontà contrattuali espresse dalle parti). In Cassazione i promissari acquirenti censuravano – come omissione di pronuncia – anche il mancato esame della domanda di annullamento *ex art. 428 c.c.* La Corte di cassazione dichiarava infondato il motivo di ricorso in quanto legittimamente la Corte d'appello aveva individuato come ragione più liquida di decisione il decesso della promittente alienante come fatto impeditivo dell'esistenza dell'obbligo alla stipula del definitivo¹⁷.

¹⁶ Trib. Roma, 2533/2019, cit.

¹⁷ Cass. 7 giugno 2018, n. 14807.

3) A seguito dell'emanazione di un decreto ingiuntivo a vantaggio di un mediatore per il pagamento della provvigione, veniva proposta opposizione dal cliente. L'opponente eccepeva innanzitutto la carenza di legittimazione attiva della agenzia immobiliare, che non avrebbe ricevuto alcun incarico da parte dei promittenti alienanti dell'immobile ed inoltre deduceva che l'affare non era stato concluso grazie all'attività dell'opposta, bensì di una diversa agenzia immobiliare. Il giudice – facendo uso del criterio della ragione più liquida, accoglieva l'opposizione sulla base del fatto che mancava la prova del nesso causale fra attività del primo mediatore e conclusione dell'affare, con assorbimento della questione dell'effettivo conferimento dell'incarico al primo mediatore¹⁸.

4) Veniva promossa opposizione ad un decreto ingiuntivo fondata sulle seguenti ragioni: «1) la nullità del decreto ingiuntivo per incompetenza territoriale del giudice che lo ha emesso; 2) l'attuale inesigibilità del credito azionato per mancata verifica di una condizione essenziale contrattualmente prevista; 3) la insussistenza del credito azionato da B.S. per vizi delle forniture». La domanda veniva accolta sulla base della ragione più liquida consistente nella mancata prova dell'esistenza del credito¹⁹.

Numerosi esempi di applicazione del criterio della ragione più liquida si rintracciano nell'ambito delle azioni risarcitorie. Si considerino i seguenti casi.

5) Il cliente di una banca chiedeva che quest'ultima venisse condannata al risarcimento del danno per inadempimento occorso nella gestione dei rapporti nascenti da una serie di contratti di intermediazione e di gestione portafoglio, poiché l'istituto aveva consigliato l'acquisto di alcune obbligazioni eccessivamente rischiose e non ne aveva successivamente raccomandato la vendita. Il Tribunale rigettava la domanda per carenza della colpa del convenuto. La sentenza veniva appellata sulla base di tre motivi: l'omesso esame di prove rilevanti per la dimostrazione dell'elemento soggettivo, l'erroneo ribaltamento dell'onere probatorio sulle informazioni relative alla rischiosità dei titoli negoziati e il mancato accertamento del nesso di causalità. La Corte d'appello decideva sulla base del solo elemento della carenza del nesso di causalità quale ragione più liquida. L'attrice in

¹⁸ Trib. Nocera Inf. 1030/2019, cit.

¹⁹ Trib. Roma 19316/2018, cit.

primo grado proponeva ricorso per cassazione avverso la sentenza di seconde cure censurando, tra l'altro, l'applicazione del criterio della ragione più liquida: il giudice d'appello avrebbe erroneamente considerato l'elemento posto alla base del terzo motivo di ricorso (il nesso di causalità) quando invece avrebbe dovuto accertare preventivamente il mancato assolvimento da parte della banca degli obblighi informativi, dal quale sarebbe derivato l'accertamento in via presuntiva del nesso causale fra inadempimento e danno patito. La Corte di cassazione affermava che nel caso di specie la presunzione in parola non aveva modo di operare dal momento che il nesso di causalità era stato negato a causa di una circostanza specifica che era idonea a interromperlo (e cioè il fatto che, nonostante il fallimento della società le cui obbligazioni erano state acquistate, l'attrice aveva deciso di non vendere tali titoli, con ciò dimostrando che non intendeva disfarsene). Si legge nella motivazione: «in virtù del principio della ragione più liquida, la Corte d'Appello ha coerentemente ritenuto irrilevante l'esame dei motivi d'appello concernenti il dedotto inadempimento da parte dell'intermediario agli obblighi informativi, atteso che, quand'anche fosse stato accertato tale inadempimento, comunque lo stesso non avrebbe prodotto il danno lamentato»²⁰.

6) Veniva promossa un'azione risarcitoria da parte degli eredi di un soggetto che era deceduto mentre percorreva con la propria vettura un'arteria invasa da un torrente. L'azione era proposta contro diversi dipendenti del Comune di Reggio Calabria preposti alla manutenzione e alla gestione delle strade e delle acque

²⁰ Cass. 20 aprile 2022, n. 12674. Nel caso deciso da Trib. Milano 31 gennaio 2020, n. 871 veniva selezionata quale ragione più liquida di decisione la carenza dell'elemento soggettivo. Si trattava di un'azione di rivalsa ai sensi dell'art. 2055 c.c. da parte di una struttura sanitaria nei confronti dei medici che avevano condotto l'operazione, in forza di un patto di manleva stipulato tra costoro e la struttura sanitaria. Quest'ultima era già stata condannata al risarcimento del danno con sentenza passata in giudicato. I medici convenuti sollevavano eccezioni relative al mancato soddisfacimento dell'onere della prova dei fatti costitutivi (fra cui la loro colpa) e alla nullità del patto di manleva. Il giudice rigettava la domanda accogliendo l'eccezione della mancata prova della colpa in capo ai medici convenuti. Si veda inoltre Trib. Napoli 7445/2019, cit., che decideva una domanda di risarcimento per sinistro stradale promossa dagli eredi della persona deceduta nell'incidente. I convenuti si difendevano eccependo: il difetto di legittimazione attiva degli attori che non avevano dimostrato di essere eredi della vittima e la mancata prova della responsabilità del presunto danneggiante. Si legge nella sentenza: «ciò posto, ritiene, il Tribunale, per motivi di economia processuale e nel rispetto del principio della ragione più liquida (...) di esaminare immediatamente il merito della domanda, in quanto assorbente, ai fini della decisione, superando, così, le eccezioni preliminari dei convenuti, di improcedibilità della domanda o anche di inammissibilità della stessa per carenza di prova della legittimazione attiva, ovvero della qualità di eredi (per i danni *iure hereditatis* richiesti) e del difetto di legittimazione passiva». La causa veniva decisa sulla base della carenza dell'elemento costitutivo della colpa in capo al danneggiante.

(costoro avevano anche subito un processo penale dove erano stati assolti per prescrizione del reato). I convenuti sollevavano diverse eccezioni, tra cui la carenza della loro legittimazione passiva, la prescrizione dell'azione risarcitoria e l'interruzione del nesso causale *ex art. 1227, comma 1 c.c.* Proprio l'esistenza di tale fatto impeditivo veniva selezionato per rigettare la domanda nei confronti di tutti i convenuti (il soggetto si era spinto sul greto del torrente pur in presenza di visibili pericoli)²¹.

7) Una domanda di risarcimento danni per inadempimento contrattuale era stata rigettata dal Tribunale poiché mancava la prova del danno. Il soccombente impugnava criticando l'omissione di pronuncia sull'imputabilità del danno alla convenuta e sulla richiesta di disposizione della CTU. La Corte d'appello confermava la pronuncia del Tribunale e la Suprema Corte avallava il *modus procedendi* del giudice d'appello in quanto fondato sul criterio della ragione più liquida²².

8) All'esito di un processo in cui l'attore aveva chiesto il risarcimento dei danni causati dal gestore di una pompa di benzina che gli aveva somministrato carburante annacquato, il giudice rigettava la domanda sulla base della questione più liquida consistente nella mancata prova *l'an* del diritto al risarcimento ed in particolare del nesso di causalità (l'attore non aveva dimostrato che avesse effettivamente fatto rifornimento alla pompa del gestore convenuto). Per tale motivo il giudice affermava di non esaminare la questione relativa al *quantum* e di

²¹ Trib. Reggio Calabria 10 maggio 2019, n. 707. Anche nel caso deciso da Trib. Torino 8 gennaio 2019, n. 34, la domanda di risarcimento dei danni per sinistro stradale proposta dalla conducente di un'autovettura nei confronti della Città di Torino per obbligo di custodia ai sensi dell'art. 2051 c.c. veniva rigettata sulla base della ragione più liquida consistente nella prova della sussistenza del fatto impeditivo «caso fortuito», fornita dall'ente convenuto.

²² Cass. 11 febbraio 2020, n. 3158. V. anche App. Venezia 5219/2019, cit. In quel caso era stata promossa un'azione di responsabilità da parte della curatela fallimentare nei confronti di amministratori, sindaci, revisori legali ed ex soci. L'azione era stata rigettata. In appello gli ex soci della società fallita criticavano la decisione del Tribunale per non aver ravvisato la temerarietà dell'azione di responsabilità proposta dalla curatela fallimentare ai sensi dell'art. 96, comma 1 e 96 comma 3 c.p.c. Il giudice, esaminando la domanda risarcitoria *ex art. 96, comma 1*, affermava che elemento costitutivo della pretesa risarcitoria è la sopportazione di un pregiudizio, che nel caso di specie non si era verificato. Riteneva invece che ricorressero i presupposti per la condanna al pagamento della somma di cui al terzo comma dell'art. 96 c.p.c. in quanto – secondo l'orientamento consolidato in giurisprudenza – l'applicazione della norma in questione non richiede la prova del danno.

tralasciare la disamina delle eccezioni della parte convenuta (tra cui la decadenza del diritto di garanzia di cui all'art. 1495 c.c.)²³.

9) All'opposto, in un giudizio in cui era proposta un'azione risarcitoria per un sinistro stradale, il giudice ometteva di esaminare tutte le questioni relative all'*an*, in quanto riteneva più liquida la questione dell'inesistenza del *quantum* (il danno era stato completamente ristorato) e sulla base di questo rigettava la domanda²⁴.

10) In un altro caso l'attore, premesso di essere portatore di un'infermità già riconosciuta con sentenza passata in giudicato come derivante da causa di servizio, deduceva di avere subito un aggravamento della patologia; per l'effetto, chiedeva la condanna della società ex datrice di lavoro alla conseguente riliquidazione dell'equo indennizzo. Sia il Tribunale che la Corte d'appello ritenevano la domanda infondata, benché sulla base di argomentazioni diverse: il Tribunale osservava che l'istituto dell'equo indennizzo non era più previsto dalla normativa contrattuale che disciplinava i rapporti tra la società ed i suoi dipendenti; la Corte d'appello, invece, applicando il principio della ragione più liquida, rilevava un difetto di allegazione e di prova in ordine al dedotto aggravamento della patologia, con conseguente assorbimento delle questioni riguardanti l'abolizione dell'istituto dell'equo indennizzo e della intervenuta decadenza dal diritto d'azione. Con uno dei motivi di ricorso veniva censurato davanti alla Corte di cassazione proprio l'applicazione del principio in esame. La Corte di Cassazione, tuttavia, rigettava il ricorso avallando il *modus procedendi* del giudice dell'appello²⁵.

11) Un'azione risarcitoria era promossa dai nipoti della zia deceduta in un sinistro stradale. La domanda veniva rigettata in primo grado in quanto il comportamento del pedone investito aveva spezzato il nesso causale fra condotta ed evento. La Corte d'appello, invece, respingeva l'impugnazione confermando il rigetto della domanda, ma sulla base della ragione più liquida consistente nella

²³ Trib. Roma, 3 giugno 2019, n. 11641. Anche Trib. Venezia 4 giugno 2019, n. 373, resa all'esito di un'azione di risarcimento dei danni alla salute asseritamente subiti da un lavoratore, rigettava la domanda in quanto il lavoratore non aveva provato il nesso fra la nocività del posto di lavoro e il danno dallo stesso subito (in particolare il lavoratore soffriva di una patologia polmonare che non poteva essere conseguenza del materiale nocivo – il silicio – a cui era stato esposto sul luogo di lavoro).

²⁴ Trib. Pisa, 22 maggio 2019, n. 442.

²⁵ Cass. 26 settembre 2019, 24093.

carenza della titolarità in capo agli attori del diritto al risarcimento del danno. Il giudice di seconde cure riteneva infatti di aderire all'orientamento della Cassazione per cui il diritto al risarcimento non patrimoniale per la perdita di un congiunto in tanto può essere accordato in quanto vi sia convivenza²⁶.

Un altro settore dove viene fatta frequente applicazione del principio del primato della ragione più liquida è quello dell'impugnazione delle delibere assembleari. Di seguito si riportano alcuni esempi.

12) Due ex comproprietari citavano in giudizio il condominio chiedendo l'annullamento della delibera con la quale era stato approvato il consuntivo con cui era stato chiesto loro di pagare una somma di denaro; l'assemblea, infatti, non sarebbe stata regolarmente costituita in quanto agli attori non era stata regolarmente notificata la convocazione, la delibera non avrebbe indicato il numero dei presenti necessario alla verifica del rispetto del *quorum* deliberativo e il rendiconto sarebbe stato privo dei requisiti di legge. Il convenuto eccepeva l'inammissibilità dell'impugnazione della delibera per avvenuta decadenza del potere di impugnare e l'infondatezza della domanda. Il giudice riteneva tempestiva la domanda (più precisamente la mediazione previamente esperita) rispetto al momento in cui i due ex condomini erano venuti a conoscenza della delibera dell'assemblea condominiale, dopodiché annullava la delibera sulla base del difetto di notificazione, inteso come ragione più liquida²⁷.

13) In un altro caso veniva considerata ragione più liquida la carenza del *quorum* deliberativo pur in presenza di altri vizi procedurali e «sostanziali», come

²⁶ App. Roma 7318/2018, cit.

²⁷ Trib. Roma 21241/2019, cit. Anche in Trib. Roma 3755/2019, cit., ragione più liquida per l'accoglimento dell'impugnazione della delibera dell'assemblea di condominio è un vizio nella costituzione dell'assemblea derivante dalla mancata convocazione del condomino ricorrente (che concorre con l'errore nella ripartizione delle spese); di nuovo in Trib. Livorno 8 gennaio 2019, n. 8 ragione più liquida è il vizio nella costituzione dell'assemblea, consistente nel mancato rispetto del termine di notifica di 15 giorni prima della data fissata per la riunione. Tale vizio concorreva in questo caso con la violazione di più prescrizioni in punto di approvazione del bilancio. Trib. Roma 19173/2019, cit., è resa all'esito di un'azione di opposizione a decreto ingiuntivo da parte del proprietario di un immobile in comunione. All'opponente era stato ingiunto a favore della comunione il pagamento di una somma così come approvata dall'assemblea. L'opponente denunciava vizi relativi alla costituzione dell'assemblea (in particolare la mancata convocazione) e affermava l'inesistenza del credito vantato della comunione e comunque la sua prescrizione. Anche in questo caso il Tribunale accoglieva l'opposizione e dunque l'impugnazione della delibera assembleare sulla base della ragione più liquida identificata nel vizio di costituzione dell'assemblea; rimaneva dunque assorbito il merito relativo all'inesistenza del credito.

la mancata indicazione nell'ordine del giorno dell'oggetto della decisione, in violazione dell'art. 1105, comma 3 c.c., e la deliberazione di una spesa straordinaria senza preventivo. Veniva tuttavia previamente analizzata l'eccezione di decadenza dell'impugnazione della delibera assembleare²⁸.

14) Un condomino proponeva azione per la dichiarazione di invalidità della delibera assembleare fondata su più motivi: l'inesistenza o, comunque, la nullità assoluta della delibera impugnata per il mancato svolgimento dell'assemblea e/o per preclusa partecipazione alla stessa da parte del soggetto delegato da parte attrice (in sostanza una scorretta convocazione all'assemblea); la nullità o, comunque, l'annullabilità della delibera per assoluto difetto di informazione e/o per la violazione dei principi e dei criteri sanciti dagli articoli 2423 c.c. e ss. in tema di bilancio. Esaminata l'eccezione di carenza di interesse ad agire, veniva accolta la domanda di annullamento *ex art. 2479 ter co. 1 c.c.* per violazione del dovere dell'amministratore di redazione del bilancio. Nel caso di specie, infatti, l'organo gestorio aveva illegittimamente delegato tale attività a cui è inderogabilmente preposto²⁹.

Dai casi proposti risulta che spesso in presenza di plurimi motivi concorrenti di invalidità della delibera, la scelta del giudice cade sui vizi formali. Diversamente, nell'ultimo caso sembra che il giudice selezioni il motivo di decisione con lo scopo di dettare una regola di condotta utile per il futuro rapporto fra le parti.

Il settore delle azioni revocatorie offre una casistica interessante. Come è noto, a mente dell'art. 2901 c.c., «condizioni» per agire in revocatoria sono l'esistenza di un credito ancorché non esigibile, la concreta diminuzione della garanzia patrimoniale del debitore (c.d. *eventus damni*), la conoscenza del pregiudizio arrecato al creditore da parte del debitore (c.d. *scientia damni* o *scientia decoctionis*) e, se l'atto di disposizione è a titolo oneroso, la consapevolezza anche del terzo di tale pregiudizio (c.d. *consilium fraudis*) ovvero, nel caso di atto anteriore al sorgere del credito, la partecipazione nella dolosa preordinazione alla frode perpetrata dal debitore rispetto alle ragioni del suo creditore (c.d. *participatio fraudis*).

²⁸ Trib. Napoli 22 maggio 2019, n. 5298.

²⁹ Trib. Napoli 13 settembre 2018, n. 7857.

15) In un caso di azione revocatoria *ex art. 67 l. fall.*, che ha gli stessi presupposti della revocatoria ordinaria (salva l'inversione di alcuni oneri probatori), il giudice rigettava la domanda sulla base della ragione più liquida consistente nella carenza della *scientia decoctionis*³⁰.

16) In un altro caso di azione revocatoria fallimentare di pagamenti *ex art. 67 l. fall.*, il giudice di primo grado rigettava la domanda ritenendo fondata l'eccezione di decadenza in cui sarebbe incorso l'attore per un presunto vizio della notifica dell'atto di citazione. Il soccombente impugnava la sentenza censurando la decisione di primo grado e riproponendo tutte le questioni già avanzate in primo grado. Il giudice d'appello dopo aver riformato la sentenza in punto di rito affermando che la notifica era stata correttamente eseguita, rigettava l'appello sulla base della ragione più liquida, selezionando una sola delle questioni riproposte (tra cui vi era l'assoggettabilità del tipo di pagamento alla revocatoria fallimentare, i termini non d'uso del pagamento, la *scientia decoctionis* in capo al soggetto poi dichiarato insolvente) e cioè la (non) assoggettabilità del tipo di pagamenti effettuati alla revocatoria fallimentare³¹.

17) Infine in un caso di revocatoria di un contratto di cessione di quote di una s.r.l., il giudice rigettava la domanda sulla base della ragione più liquida consistente nella carenza dell'*eventus damni*³².

Cambiando l'angolo visuale e concentrando l'attenzione anziché sull'oggetto del processo, sul tipo di eccezione posta a fondamento della decisione, è interessante osservare come si comporta la giurisprudenza rispetto ai fatti prescrizione e decadenza, che rappresentano i tipici esempi, in teoria, di ragione più liquida.

In effetti questi due fatti estintivi vengono spesso selezionati per decidere la controversia.

18) Proposta domanda di esecuzione in forma specifica di un contratto di compravendita *ex art. 2932 c.c.*, i convenuti eccepivano la prescrizione dell'obbligo a contrarre e la carenza dei presupposti per la richiesta di esecuzione in forma specifica, stante la mancata offerta della propria prestazione da parte dei promittenti

³⁰ Trib. Milano 10953/2019, cit.

³¹ App. Ancona 1498/2019, cit.

³² Trib. Trani 9 ottobre 2018, n. 1985.

alienanti. La scelta del motivo di rigetto cadeva sulla prescrizione quale ragione più liquida³³.

19) Alfa s.p.a., società concessionaria di trasporti, chiedeva la restituzione di una somma che la Provincia concedente avrebbe illegittimamente trattenuto dal pagamento del servizio svolto, una volta operata un'illegitima compensazione con somme erogate e asseritamente non dovute (l'ente era infatti successivamente venuto a sapere che in precedenza il servizio non era stato regolarmente svolto). Dalla qualificazione giuridica del servizio come appalto di servizio pubblico oppure come concessione derivavano conseguenze in tema di applicabilità degli artt. 1667 e 1668 c.c. e in particolare in tema di applicabilità della decadenza di cui all'art. 1667 co. 3 c.c.. Il giudice di primo grado qualificava il rapporto come concessione deducendone l'inapplicabilità dell'art. 1667 c.c. e rigettava poi la domanda. Tale statuizione veniva impugnata dalla società. Il giudice dell'appello svolgeva un ragionamento ipotetico in cui affermava che occorresse analizzare se, pur ritenendo applicabili gli artt. 1667 e 1668 c.c., la Provincia fosse comunque decaduta dalla possibilità di far valere le irregolarità del servizio e ciò in quanto la decadenza si mostrerebbe quale ragione più liquida. La Corte d'appello concludeva però per la non intervenuta decadenza e proseguiva nell'esame delle censure. La sentenza è di grande interesse perché sembra considerare la questione della decadenza come più liquida di per sé e dunque, in ottemperanza al relativo criterio, meritevole di esame prioritario³⁴.

A fronte di questi esempi, si possono però elencare svariati casi in cui la prescrizione o la decadenza non vengono impiegate come motivo di decisione.

20) A seguito della stipula di un preliminare di *leasing*, la promissaria acquirente agiva nei confronti della promissaria venditrice per la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno per grave inadempimento. La convenuta si difendeva nel merito, eccependo fra l'altro la prescrizione, e in subordine chiedendo in via riconvenzionale anch'essa la risoluzione per inadempimento. Il giudice

³³ App. Brescia 1° aprile 2021, n. 410. V. anche Trib. Livorno 20 gennaio 2020, n. 60: proposta un'azione di garanzia per vizi nei confronti dell'appaltatore *ex art. 1667 e/o del venditore ex art. 1490 ss. c.c.*, il giudice rigettava la domanda sulla base della ragione più liquida consistente nella prescrizione del diritto.

³⁴ App. Torino 8 marzo 2019, n. 434

affermava espressamente di decidere sulla base della ragione più liquida, costituita dal mancato perfezionamento del contratto³⁵.

21) Una società proponeva un'azione a tutela di un modello ideato dal proprio legale rappresentante (modello consistente in un documento idoneo a determinare la valutazione dei rischi – abbreviato in Duvri). In particolare veniva chiesto il risarcimento del danno per l'utilizzazione di tale documento. Il convenuto eccepiva: 1) il difetto di legittimazione attiva della società attrice posto che l'autore del modello di Duvri era il legale rappresentante; 2) la prescrizione quinquennale della pretesa risarcitoria avversaria; 3) che il modello di Duvri non fosse in realtà un'opera coperta dal diritto d'autore trattandosi di mero riepilogo della normativa e delle circolari esistenti in materia; 4) la mancata prova dell'antiorità del modello di Duvri della società attrice rispetto a quello attribuito al rappresentante legale; 5) il difetto di prova del danno patito. Il Tribunale dapprima affermava la competenza

³⁵ Trib. Milano 14 giugno 2019, n. 5801; V. anche Trib. Savona 19 febbraio 2019, n. 164: un'azione di responsabilità medica veniva rigettata per carenza della prova del danno da parte del paziente attore. Venivano tralasciate «per il principio della ragione più liquida» le eccezioni di prescrizione e decadenza sollevate; Trib. Foggia 5 marzo 2019, n. 606: Tizio conveniva in giudizio la madre Cornelia ed i fratelli, Caio e Sempronio, per sentir accertare e dichiarare la propria qualità di creditore nei confronti della massa ereditaria del defunto padre Mevio, per una somma pari al compenso per l'attività di mandatario svolta a vantaggio dello stesso, in forza di una scrittura privata. Cornelia eccepiva, in rito, la nullità dell'atto di citazione e nel merito chiedeva il rigetto della domanda perché infondata in fatto ed in diritto. Eccepiva, in particolare, la convenuta: a) la nullità del contratto di mandato perché stipulato in mancanza di volontà o comunque l'annullabilità dello stesso per incapacità di intendere e volere; b) l'inesistenza del contratto per mancata sottoscrizione del mandatario; c) l'inesistenza del contratto di mandato, giacché nessun incarico era stato nei fatti conferito all'attore, il quale peraltro avrebbe dovuto comunicare senza ritardo l'avvenuta esecuzione del mandato nonché il rendiconto agli eredi del *de cuius*. Caio eccepiva, anche in via riconvenzionale: a) la nullità del contratto di mandato *ex art. 1418 c.c.* per mancanza di causa; b) la mancata conclusione del contratto per mancanza di sottoscrizione di una delle parti; c) la nullità del contratto per violazione del divieto dei patti commissori *ex art. 458 c.c.*; d) il carattere simulato del contratto, che in realtà avrebbe dissimulato una donazione, con conseguente nullità per difetto di forma; e) l'annullabilità del contratto per incapacità di intendere e volere del mandante *ex art. 428 c.c.*; f) la risoluzione del contratto per inadempimento grave del mandatario; eccepiva inoltre la prescrizione del diritto fatto valere dall'attore e, in subordine, la compensazione tra il credito fatto valere ed i debiti ereditari. Una volta superata l'eccezione di nullità della citazione (peraltro già dichiarata «con ordinanza interlocutoria» nel corso del processo), la domanda veniva rigettata per l'accoglimento dell'eccezione/domanda riconvenzionale di impugnativa del contratto e di preciso la domanda di risoluzione per grave inadempimento; Trib. Roma 26 febbraio 2019, n. 4347: un correntista agiva contro la propria banca per la dichiarazione di nullità del contratto di mutuo ipotecario stipulato e per ripetere la somma indebitamente versata a titolo di interessi. Il giudice, dopo aver fatto richiamo al principio della ragione più liquida, affermava: «Nella specie, dunque, dapprima saranno esaminate le doglianze relative alla sussistenza dei diritti azionati da parte attrice relativi al contratto di mutuo e, soltanto in eventuale subordine, l'intervenuta prescrizione dell'azione di ripetizione eccepita dalla Banca convenuta». Ritenuti inesistenti i diritti di parte attrice per la non illiceità del contratto e in particolare per la non rilevata usurarietà dei tassi di interesse applicati, il giudice dichiarava assorbita l'eccezione di prescrizione.

della sezione imprese e poi stabiliva che il modello Duvri non era palesemente un marchio, un segno distintivo o simili. Esclusa dunque l'applicazione della normativa sul diritto d'autore o sulla concorrenza, il Tribunale negava il diritto al risarcimento del danno per carenza del fatto costitutivo consistente nell'illiceità del fatto. Tale ragione, espressamente definita più liquida, determinava pertanto l'assorbimento delle altre questioni (in punto difetto di legittimazione attiva, prescrizione, rilevanza del modello ai fini della tutela autoriale...)³⁶. In questo caso sembra trasparire l'intento del giudice di pronunciare sulla base di un motivo che scenda nella concreta regolazione del rapporto e che offra un risposta più «piena» e «specifica» alla richiesta di tutela.

22) In un'altra fattispecie veniva proposta una domanda di ripetizione dell'indebito da parte del cessionario di un credito derivante da un contratto di conto corrente in cui la banca aveva applicato – secondo l'attore – capitalizzazione illegittima degli interessi, competenze illecite e superato i tassi soglia dell'usura. La banca convenuta eccepiva la nullità della citazione, il difetto di legittimazione attiva dell'attrice, la prescrizione, almeno sino al decennio anteriore alla notifica dell'atto di citazione, della domanda di ripetizione. Veniva accolta l'eccezione di legittimazione attiva, considerata ragione più liquida e dunque rigettata la domanda. Si noti che in questo caso la carenza di legittimazione attiva viene considerata correttamente ragione di merito³⁷. Si tratta di un ulteriore interessante esempio di come la prescrizione non rappresenta necessariamente la ragione più liquida di decisione. Nelle azioni di ripetizione dell'indebito rispetto a contratti di mutuo o di affidamento o nelle domande di ricalcolo del saldo dare-avere nei rapporti fra istituto di credito e cliente, la questione della prescrizione si presenta come molto complessa. A partire dalla sentenza delle sezioni unite della cassazione 2 dicembre

³⁶ Trib. Torino, sez. imprese, 942/2019, cit.

³⁷ Trib. Avezzano 20 febbraio 2019, n.108. Fuori dal settore del contenzioso bancario esaminato, si può osservare l'assorbimento dell'eccezione di prescrizione in quanto di soluzione tutt'altro che agevole in Trib. Reggio Calabria 14 maggio 2019, n. 723: gli eredi di un uomo assassinato agivano contro il Ministero dell'Interno per sentir dichiarare il loro diritto ad ottenere la concessione dei benefici previsti dalla legge n. 302/1990 («Norme a favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata»). Il Tribunale rigettava la domanda: superata l'eccezione di prescrizione (che presentava un complesso problema giuridico da risolvere: se la reiezione da parte del Ministero della richiesta per motivi diversi dalla prescrizione potesse essere considerata evento interruttivo della prescrizione) e dichiarava l'inesistenza del diritto domandato sulla base della ragione più liquida consistente nella carenza dei requisiti per l'erogazione del beneficio economico (fatti costitutivi del diritto in questione).

2010, n. 24418³⁸, la giurisprudenza ha sempre sostenuto che la prescrizione, in pendenza di conto corrente, decorre solo rispetto alle rimesse di natura solutoria, e non rispetto a quelle di natura ripristinatoria della provvista. Per ciò che attiene alla distinzione fra i due tipi di rimesse, la Cassazione ha precisato che, pendente un contratto con apertura di credito, i versamenti potranno essere considerati alla stregua di pagamenti, tali da poter (astrattamente) formare oggetto di ripetizione, in quanto abbiano avuto lo scopo e l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca; ciò avviene quando si tratti di versamenti eseguiti su un conto "scoperto", cui non accede alcuna apertura di credito, o comunque destinati a coprire un saldo debitore eccedente i limiti dell'affidamento. Dunque, per stabilire rispetto a quali rimesse opera la prescrizione, il giudice deve disporre una consulenza tecnica d'ufficio per determinarne la natura e per svolgere i relativi calcoli. È evidente come in questo caso la questione di prescrizione si presenti come tutt'altro che di veloce soluzione.

23) Si consideri infine il caso di un'opposizione a decreto ingiuntivo con cui era stato condannato il fideiussore al pagamento del debito per cui garantiva. L'opponente eccepiva che: a) plurime rinegoziazioni del mutuo garantito operate dall'opposta in assenza di previo esame e delibera da parte del garante l'avrebbero esposto a rischi maggiori rispetto alla pattuizione originaria determinando l'assoluta inoperatività della garanzia prestata per l'originario mutuo e quindi il venir meno dell'obbligo fideiussorio; b) sarebbe intervenuta la decadenza *ex art.* 1957 dell'opposta dal diritto di credito asseritamente maturato nei propri confronti, vista l'omissione della proposizione delle sue istanze alla debitrice nel termine di sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione principale (la questione presenta a sua volta una questione preliminare consistente nella possibilità di qualificare il negozio *de quo* come contratto di fideiussione e non come contratto autonomo di garanzia); eccepiva infine il difetto di competenza territoriale del Tribunale adito. Il giudice

³⁸ Cass., sez. un., 2 dicembre 2010, n. 24418 è pubblicata, fra l'altro, in *Foro it.*, 2011, I, 428, con nota di richiami di A. PALMIERI; in *Giur. it.*, 2011, 1547, con nota di M. RIZZUTI e 2073, con nota di C.M. DE IULIIS; in *Giust. civ.*, 2011, I, 2066 e 2335, con nota di G.M. CELARDI; in *Rass. dir. civ.*, 2011, 968, con nota di M. SEMERARO; in *Riv. dir. comm.*, 2011, II, 407, con nota di P. FERROLUZZI; in *Danno e resp.*, 2011, 493, con nota di G. COLANGELO e 612 con nota di M. FLICK; in *Contratti*, 2011, 221, con nota di C.M. NANNA; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 291, con nota di P. BONTEMPI; in *Corr. giur.*, 2011, 817, con nota di F. ROLFI.

accoglieva l'opposizione sulla base della ragione più liquida consistente nell'intervenuta decadenza *ex art. 1957 c.c.*, dopo aver qualificato il negozio come contratto di fideiussione³⁹. In questo caso, nonostante la prescrizione presenti profili problematici, viene selezionata come questione sulla cui base è rigettata la domanda⁴⁰.

3. Risultati dell'indagine giurisprudenziale: a) impossibilità di individuare linee di indirizzo sulla scelta del motivo; b) generale assenza di un ordine di esame: in particolare non rileva l'ordine emergente dal diritto sostanziale

a) Dal dato giurisprudenziale è ragionevole trarre subito una prima conclusione: non è possibile individuare in astratto alcuna regola sulla scelta del motivo di decisione da parte del giudice.

Si è osservato come, pur a fronte di giudizi con oggetti omogenei e dove le questioni da risolvere erano analoghe, l'elemento di volta in volta posto a fondamento della statuizione è stato differente. Così, nell'ambito delle azioni di risarcimento del danno, è stata scelta come ragione più liquida di decisione la carenza di ciascuno dei fatti costitutivi (fatto illecito, danno, nesso di causalità, elemento soggettivo, convivenza dei congiunti nelle azioni risarcitorie promosse da

³⁹ Trib. Milano 12376/2018, cit.

⁴⁰ Similmente v. App. Roma 28 novembre 2019, n. 4063, resa all'esito di una causa in cui un avvocato domandava l'accertamento dell'insussistenza dell'obbligo di iscriversi alla gestione separata INPS e dunque dell'inesistenza dell'obbligo di pagamento delle somme richieste a titolo di contributi per l'anno 2009, oltre sanzioni e accessori. Il giudice di primo grado accoglieva tale domanda, superando ogni altra questione, compresa quella di prescrizione, sulla base dell'interpretazione dell'art. 2, comma 26 l. 335/1995 (l. di riforma del sistema pensionistico) nel senso del non assoggettamento all'obbligo di iscrizione alla gestione separata INPS da parte degli esercenti la professione di avvocato. La sentenza veniva impugnata dall'istituto previdenziale. La Corte d'appello rigettava l'appello ritenendo fondata la questione della prescrizione della pretesa, già fatta valere in primo grado dall'Avvocato. Tale questione veniva esaminata – si dice espressamente – in quanto più liquida. Se si va a leggere la sentenza ci si accorge che essa, in realtà, impegna il giudice in una lunga argomentazione, dal momento che solleva il problema del *dies a quo* da cui decorre il termine della prescrizione e dell'eventuale interruzione di tale termine.

costoro⁴¹), oppure la ricorrenza di fatti impeditivi (comportamento del danneggiato o caso fortuito⁴²). Lo stesso si è visto con riferimento all'azione pauliana⁴³.

Al contempo si è osservato che un medesimo fatto, che in astratto sembrerebbe poter rappresentare una questione di agevole soluzione, non sempre è in concreto selezionato come ragione più liquida di decisione. Le eccezioni di prescrizione e decadenza, ad esempio, sono spesso impiegate come motivo di rigetto della domanda⁴⁴, ma in un numero non trascurabile di casi rimangono invece assorbite⁴⁵. Talvolta è facile comprendere il perché di questo fenomeno: la prescrizione eccepita dal correntista a fronte di una domanda di ripetizioni dell'indebitato pagato in pendenza di un rapporto di conto corrente con apertura di credito fa sorgere la necessità di coinvolgere nel procedimento un consulente tecnico per risolvere questioni contabili e svolgere complessi calcoli; se si discute dell'intervenuta interruzione o sospensione della prescrizione, il giudice è costretto ad ampliare l'oggetto della cognizione magari anche assumendo ulteriori prove al riguardo⁴⁶. Talvolta, invece, non c'è una giustificazione manifesta del perché alla soluzione delle eccezioni in parola è stata preferita quella di altre questioni come motivo di decisione⁴⁷.

Quest'ultimo profilo rivela che la scelta di fondare la statuizione su un elemento piuttosto che su un altro dipende da una lunga serie di possibili cause che possiamo solo provare a immaginare.

Innanzitutto, in presenza di più motivi concorrenti, il giudice potrebbe essere spinto a tralasciare una questione che risulta, già ad un esame sommario, palesemente infondata. Può accadere infatti che le parti affastellino parecchi argomenti, anche poco convincenti, per schierare più linee difensive o comunque per non lasciare niente di intentato.

Inoltre, anche quando la questione non è palesemente infondata, ma è comunque non troppo convincente, vuoi perché le prove a sostegno sono scarse o

⁴¹ Rispettivamente nelle sentenze *sub* 21, 9, 7, 5-8, 5 in nota, 11.

⁴² Cfr. sentenze *sub* 6 testo e nota.

⁴³ Cfr. sentenze *sub* 15, 16, 17.

⁴⁴ Così nelle sentenze *sub* 18 testo e nota, 19, 23.

⁴⁵ Così nelle sentenze *sub* 20 testo e nota, 21.

⁴⁶ Cfr. sentenze *sub* 22 testo e nota.

⁴⁷ Così nella sentenze *sub* 20 testo e nota, 21.

non decisive, vuoi perché l'argomentazione è incerta in punto di diritto, è verosimile che il giudice si orienti su un altro motivo. In questo modo la motivazione risulterà maggiormente persuasiva e potrà disincentivare o resistere ad un'eventuale impugnazione.

Infine – lo si è osservato via via che si riportavano gli esempi giurisprudenziali – quando per il tipo di controversia trattata la sentenza del giudice ha un ruolo marcato nella regolazione della futura relazione tra le parti (si pensi ai giudizi su rapporti di durata oppure ai giudizi di impugnativa di atti suscettibili di essere reiterati), il giudice potrebbe essere portato a selezionare quel motivo che è maggiormente in grado di evitare l'insorgere di nuove controversie⁴⁸.

Si tratta di considerazioni certamente prive di precisi riscontri empirici: non possiamo sapere se sono effettivamente queste le cause delle diverse scelte operate dai giudici; tuttavia, esse contribuiscono senza dubbio a dimostrare che un qualsiasi tentativo di delineare un decalogo di ragioni liquide di decisione sarebbe votato all'insuccesso.

Peraltro se anche si ritenesse che il giudice è sempre guidato dal canone della liquidità della questione, comunque non sarebbe possibile una sua valutazione in astratto. Lo osserva anche la Cassazione quando afferma che «ben può decidersi prima (da un punto di vista temporale) una questione (logicamente) più a valle, se tale decisione è più agevole e se risolve nello stesso senso la materia del contendere: in base ad un criterio evidentemente relativo, ispirato al richiamato principio di economia, da cui discendono rapporti di priorità mutevoli e informati al caso concreto; criterio, pertanto, che resta svincolato da canoni strutturali e che sfugge ad un ordine prestabilito, disegnando relazioni di priorità in base al caso concreto e allo stato degli atti»⁴⁹.

b) Una seconda conclusione che è lecito trarre dall'analisi della giurisprudenza è la seguente: nella trattazione e decisione delle questioni di merito

⁴⁸ L'affermazione, eventualmente contenuta nella motivazione, per cui è stato fatto uso del criterio la ragione più liquida non esclude che il giudice sia stato guidato da una delle considerazioni di cui si è detto nel testo: al netto del fatto che i giudici paiono utilizzare l'espressione con grande leggerezza e disinvoltura, comunque il suo richiamo potrebbe anche essere riferito soltanto alla prima delle sue caratteristiche e cioè all'assenza dell'obbligo di completezza di esame delle questioni.

⁴⁹ Cass. 3158/2020, cit.

non viene seguito, in via generale, l'ordine logico e cronologico del diritto materiale: il modo di formazione ed evoluzione della fattispecie sul piano sostanziale non si riflette sulla sequenza con cui i fatti costitutivi e le eccezioni di merito vengono trattate e decise nel processo.

Questa conclusione è esplicitata dalla stessa giurisprudenza quando, dopo aver ricostruito l'ordine «logico», «cronologico» o «temporale» delle questioni (e cioè quello impartito dal diritto sostanziale), professa la libertà del giudice nel sovvertire tale ordine, sulla base della considerazione per cui l'esame prioritario di una questione a monte non condurrebbe ad un esito diverso della causa⁵⁰. È opinione condivisa anche dalla dottrina, che ribadisce l'impossibilità di trasporre sul piano processuale l'ordine logico dettato dal diritto sostanziale⁵¹.

⁵⁰ Cfr. Cass. 21 gennaio 2020, n. 1209. La fattispecie era la seguente: il beneficiario di un contratto di compravendita a favore di terzo (art. 1401 ss.) ne domandava l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. Il Tribunale rigettava la domanda poiché il contratto era nullo per assoluta indeterminatezza dell'oggetto. Sorta contestazione sull'ordine di esame fra la questione di invalidità del negozio e l'efficacia dell'*electio amici*, la Suprema Corte affermava: «ne consegue che la decisione circa la nullità del contratto per indeterminatezza del suo oggetto era logicamente prioritaria rispetto all'esame dell'eccezione di inefficacia della nomina del terzo subentrante nel contratto. Peraltro, in applicazione del principio processuale della "ragione più liquida", desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., il giudice può decidere la causa sulla base della questione ritenuta di più agevole soluzione». Anche Cass. 24093/2019, cit., resa all'esito della fattispecie già illustrata *supra*, nel precedente paragrafo, si esprime in termini altrettanto eloquenti: «Da detto principio [quello della ragione più liquida] discende che, nel caso di specie, proposta istanza di aggravamento della patologia, il giudice del merito ove ritenga evidente il difetto di allegazione e prova in ordine alla natura e al nesso eziologico di esso aggravamento con l'asserita attività lavorativa, ben può, invertendo l'ordine delle questioni, respingere la domanda sotto tale profilo posto che l'accertamento sulla ammissibilità della domanda (sulla permanenza cioè dell'istituto dell'equo indennizzo e su una possibile avvertata decadenza), anche se logicamente preliminare, non potrebbe mai condurre ad un esito favorevole per l'attore».

⁵¹ V., fra gli altri, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., II, 67: «Se, nella decisione, si dovesse seguire l'ordine logico e cronologico imposto dal diritto sostanziale, sarebbe impossibile, ad es., rigettare la domanda per prescrizione senza aver prima accertato che il diritto è sorto: un diritto che non è sorto non si può prescrivere. Ma poiché la decisione, appunto, è deputata a fornire o negare la tutela richiesta, e non ad effettuare una ricognizione della realtà esistente (...), essa assume la seguente struttura logica: «*se anche* il diritto fosse sorto, esso non sarebbe *comunque* oggi esistente»; oppure: «*se anche* il diritto esistesse, mancherebbe *comunque* la lesione dello stesso»; o ancora: «*se anche* il diritto esistesse, o fosse leso, la tutela richiesta non è *comunque* prevista per quel tipo di lesione di quel diritto». In tutti i casi la richiesta di tutela è destinata ad essere rigettata»; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 976: «Non sussiste un ordine logico e cronologico circa la trattazione e la decisione delle questioni, desumibile dal diritto sostanziale e da questo imposto al diritto processuale, ma vi è, piuttosto, tra esse, una perfetta equivalenza»; l'Autore però pareva di diverso avviso nella monografia del 1987: cfr. ID., *I limiti oggettivi*, cit., 114-115: «È, però, anche possibile che il provvedimento giurisdizionale, pur negando l'attuale esistenza del diritto fatto valere come *petitum*, contenga l'accertamento (*implicito*) positivo del rapporto; ciò accade, in particolare, quando la domanda venga respinta, facendo leva sulla sopravvenuta estinzione – ad esempio, per pagamento – della pretesa fatta valere. In tal caso, infatti, benché l'ordine di trattazione delle questioni di merito sia informato, per ragioni di economia processuale, al principio del «primato della questione risolutiva di soluzione più pronta», si ha accertamento implicito della nascita non

4. Deroghe all'assenza dell'ordine di esame: a) per ragioni di diritto sostanziale: le ipotesi in cui sono dedotti fatti che rilevano anche come fatti impeditivi o estintivi di altre eccezioni

Se dall'analisi della giurisprudenza risulta confermato quanto già si era sostenuto in via teorica e cioè che il giudice è libero nella scelta del motivo di decisione, occorre però dar conto del fatto che tale principio risulta tutt'altro che assoluto.

Un primo limite deriva proprio dal diritto sostanziale. In chiusura del precedente paragrafo si è dimostrato che il diritto sostanziale non condiziona l'ordine di esame delle questioni nel processo e che la pronuncia del giudice può avere la forma di una decisione «in via ipotetica». Tipico esempio, più volte citato, è il seguente: la domanda è rigettata poiché se anche il credito fosse sorto, comunque sarebbe prescritto. Ebbene ci sono delle ipotesi che sfuggono a questa regola generale: la ragione della deroga risiede nel rapporto strutturale che corre fra due elementi. Quando un fatto, oltre a porsi come estintivo della situazione giuridica oggetto della domanda, rileva anche come fatto impeditivo o estintivo di un'altra eccezione, il giudice non è più libero nella scelta dell'ordine di esame all'interno della coppia di eccezioni prese in considerazione.

solo del diritto, ma anche del rapporto, posto che l'estinzione ad esempio, per pagamento presuppone l'antecedente esistenza del credito e del rapporto dal quale questo ha tratto origine»; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., I, 223: «il giudice non sarà di regola tenuto a compiere quel più impegnativo e retrospettivo iter decisorio onde rigettare la domanda attrice deducendo l'attuale esistenza del diritto. È questo perché, dopotutto, crediamo, il suo compito non deve divenire quello dello storico-biografo intento a seguire passo passo, anziché fissarne solo l'attuale stato, le vicende cronologiche del diritto fatto valere e l'andamento dei fatti nei suoi riguardi giuridicamente rilevanti (ché a tanto non deve condurre neppure la concezione della giurisdizione come accertamento anziché come volizione imperativa). Il giudice ben lascerà dunque assorbire, se ciò convenga al fine di un più sollecito rigetto della domanda attrice in quanto oggi «comunque» infondata (anche sotto il profilo delle cause estintive, sì che lo stesso motivo di rigetto acquista allora una evidente connotazione «ipotetica»); J. BLOMEYER, *Rechtskraft und Rechtsmittel*, cit., 589-590: «Immer wieder verführerisch ist es, aus dieser materiellrechtlichen Rangfolge eine prozessuale Prüfungsreihenfolge abzuleiten, so z. B. der Verjährungsprüfung zwingend die Entscheidung über die Anspruchsentstehung, "vorzuschalten", mit der Begründung, daß ja nur ein bestehender Anspruch verjähren und daher auch nur auf Verjährung hin untersucht werden könne (...) Die materiellrechtliche Reihenfolge der spruchserfordernisse zwingt nämlich nicht zur entsprechenden Prüfungsreihenfolge im Prozeß. Denn der Richter hat ein prozessuales Mittel, das ihm den "Vorgriff" auf ein Anspruchserfordernis gestattet, das vom materiellrechtlichen Standpunkt aus eigentlich erst später "dran ist"».

Alcuni esempi sono in grado di aiutare a comprendere questo fenomeno. I fatti coinvolti sono generalmente – ma come vedremo non solo – le eccezioni di adempimento e di compensazione da una parte e le eccezioni di *attuale non esigibilità*⁵² del credito dall'altra.

Consideriamo in primo luogo il rapporto fra l'adempimento e l'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. Il primo, al pari del secondo, è un fatto estintivo che il convenuto può opporre quando è citato in giudizio per il pagamento di un credito. Tuttavia l'adempimento rileva anche nella sotto-fattispecie dell'eccezione di inadempimento. A mente dell'art. 1460 c.c., infatti, ciascuno dei contraenti di un contratto a prestazioni corrispettive può rifiutarsi di adempiere se manca l'adempimento o quantomeno l'offerta di adempimento da parte dell'altro: dalla lettera della norma si evince che il mancato pagamento del convenuto è condizione per l'operare dell'eccezione di inadempimento, che altrimenti è preclusa.

Un altro caso è quello che riguarda il rapporto fra adempimento spontaneo e inesigibilità del credito per mancata scadenza del termine. Il tenore dell'art. 1185, comma 2, c.c. rivela che con il pagamento il debitore ha posto in essere un atto con cui ha già disposto (rinunciando) del termine posto a suo favore e dunque ha estinto l'effetto dilatorio dell'eccezione di inesigibilità.

Ancora, si potrebbe pensare all'eccezione di adempimento in relazione a quella di annullabilità. Anche qui dalla lettura dell'art. 1444, comma 2 c.c. si ricava che il motivo di annullabilità non produce più il suo effetto di annullamento (il contratto è convalidato) una volta che è stata data volontaria esecuzione, all'ulteriore condizione – in questo caso – che vi fosse conoscenza di tale motivo.

Consideriamo poi, di nuovo, l'adempimento spontaneo, stavolta rispetto all'eccezione di prescrizione. Dall'art. 2940 c.c., che vieta la ripetizione di quanto pagato in adempimento di un debito prescritto, pare desumersi che il pagamento spontaneo estingue l'effetto prescrizione già prodottosi⁵³.

⁵² L'espressione è stata utilizzata dalla dottrina che si è occupata del problema in esame in maniera atecnica e dunque per intendere non solamente i casi in cui l'adempimento di un'obbligazione non può essere preteso perché non è scaduto il termine iniziale o non si è verificata la condizione sospensiva, ma più in generale tutte le ipotesi in cui il credito è venuto meno, ad esempio, perché prescritto (cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 105 s., in particolare nt. 196, ma v. anche S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 1001).

⁵³ Si veda però l'opinione di C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 528 s. che sembra essere in contrasto con quanto affermato nel testo quando afferma che «non pare (...) ammissibile

Per quanto riguarda l'eccezione di compensazione, si può osservare un fenomeno analogo a quello appena descritto nei precedenti esempi, se la si mette in relazione alle eccezioni di attuale non esigibilità del credito originario. Se si considera la compensazione come direttamente prodotta dalla dichiarazione del debitore⁵⁴, si ha che con tale dichiarazione il convenuto pone in essere un atto, con cui dispone, estinguendoli o impedendoli, di alcuni fatti estintivi del credito fatto valere dall'attore, tra cui la prescrizione già maturata al momento in cui la compensazione è divenuta possibile per effetto dell'intervenuta coesistenza dei due crediti⁵⁵.

La stessa relazione sembra inoltre da riconoscersi anche fra la nullità, quale fatto impeditivo del sorgere contratto e l'inadempimento che dà luogo alla risoluzione, quale fatto estintivo della sua efficacia⁵⁶; la prima infatti si pone con tutta probabilità anche come fatto impeditivo del secondo, dal momento che per

eccepire la prescrizione (...) solo subordinatamente al rigetto dell'eccezione (in senso lato) di adempimento». Il contrasto è però in parte smorzato in quanto: 1) l'Autore si occupa solo del problema delle allegazioni subordinate (e non dell'ordine di esame del giudice in assenza di condizionamenti imposti dalle parti) e osserva il problema solo sotto l'angolo prospettico del rapporto con l'interesse della parte a ottenere una pronuncia fondata sull'uno o sull'altro motivo e non svolgendo considerazioni di diritto sostanziale; 2) risulta chiaro che l'Autore ha in mente un adempimento precedente al maturare del termine di prescrizione (cfr. 529 quando dice «ove, quindi (...) il convenuto-debitore preferisca vedere riconosciuta la estinzione del credito sulla base del riscontrato suo sollecito adempimento, piuttosto che sulla sua più tarda prescrizione...»), caso che non pone problemi di ammissibilità del tipo di quelli in esame. *Contra*, nel senso fatto proprio anche qui nel testo, E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 108, nt. 202 e A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 346 s., nt. 306. Non prende posizione sulla questione invece S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 1001, nt. 59.

⁵⁴ Per la dimostrazione di questo assunto v. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 41 ss.

⁵⁵ Cfr. al riguardo E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 106, nt. 197.

⁵⁶ La maggiore difficoltà che si riscontra in questa ipotesi deriva dal fatto che non tutti ritengono che la risoluzione possa essere spesa anche in via d'eccezione; condivisibilmente, in senso positivo v. soprattutto I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, 337 ss., nonché, di recente, EAD., *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione*, cit., 79 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza, anche contrarie. In ogni caso resta il fatto che la risoluzione costituisce un elemento estintivo dell'efficacia del contratto e ciò non cambia anche se la si ritiene solo spendibile in via d'azione. Si danno dunque i presupposti perché si verifichi la relazione di cui ci si occupa.

diritto sostanziale la mancata o inesatta prestazione di un contratto nullo non costituisce inadempimento⁵⁷⁻⁵⁸.

Gli esempi dovrebbero aver dimostrato ciò che si è detto in apertura e cioè la duplice funzione di certi fatti, come estintivi della situazione giuridica dedotta in giudizio e come fatti estintivi (o impeditivi) di un'altra eccezione⁵⁹.

Alla luce degli esempi proposti si può osservare che talvolta i fatti estintivi o impeditivi del diritto oggetto del processo sono esattamente gli stessi di quelli estintivi o impeditivi di altra eccezione, talvolta, invece, si arricchiscono, nell'ambito della sotto-fattispecie in cui rilevano, di ulteriori elementi, necessari affinché possano produrre il loro ulteriore effetto: così, ad esempio, l'adempimento che estingue la prescrizione deve essere anche spontaneo e quello che estingue l'annullabilità deve essere, oltreché spontaneo, anche consapevole del vizio che aveva dato causa all'annullabilità.

Chiarito il fenomeno in sé, è interessante osservare come esso impatta sul tema oggetto del presente studio.

⁵⁷ Cfr. C. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 958 ss.. secondo cui: «Con l'esercizio dell'azione di risoluzione – in tutte le sue varianti – l'attore fa valere un evento estintivo della fattispecie contrattuale, rispetto al quale l'evento impeditivo (ossia la nullità del contratto) è prioritario (temporalmente e logicamente), sicché non è concepibile una coesistenza della fattispecie impeditiva (nullità del contratto) ed estintiva (inadempimento), posto che la prima esclude di per sé il concretarsi della seconda poiché la mancata o inesatta prestazione non sarebbe inadempimento». L'Autore utilizza l'argomento per affermare la sussistenza, in questo caso, del potere in capo al giudice di rilevare d'ufficio la questione della nullità *ex art. 1421 c.c.*, ma il ragionamento alla base è utile anche per il problema che ci occupa.

⁵⁸ La stessa soluzione pare debba essere adottata per quanto attiene alla coppia annullamento – risoluzione. Invece, il diritto sostanziale non consente probabilmente di giungere alla medesima conclusione con riferimento alle coppie nullità – annullamento, nullità – rescissione e annullamento – rescissione. Con riferimento alla prima, infatti, si è notato che in entrambi i casi si ha a che fare con vizi genetici del contratto, che lo rendano invalido *ab origine* (cfr. E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 321 s., che esorta a non dare eccessivo rilievo al differente modo di operare di queste due fattispecie impeditive; C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 959 ss., spec. 961, il quale riprende e sviluppa le conclusioni di Grasso: «Quest'*iter* argomentativo merita certo adesione, purché da esso si tragga il necessario corollario non esplicitato dall'A., ossia proprio quello per cui «l'identità essenziale della funzione [dell'azione di nullità e di quella di annullabilità, ma pure - soggiungiamo - di quella di rescissione] nel sistema» importa che esse tendano tutte all'invalidazione del contratto e così che nessuna di esse miri o a darvi corso, o ad invocarne l'efficacia vincolante o comunque a trarne le conseguenze (come sulla risoluzione per inadempimento, demolitiva solo del rapporto)»; di nuovo il ragionamento è svolto nell'ottica, stavolta, di non consentire il rilievo officioso della nullità, ma la *ratio* è la stessa di quella che si pone per il problema qui in esame: imporre l'esame prima dell'una che dell'altra eccezione). Un analogo ragionamento può essere svolto con riferimento alle altre due coppie nullità – rescissione e annullamento – rescissione.

⁵⁹ Quelli presentati nel testo sono solo alcuni degli esempi che si possono fare del fenomeno tratteggiato. Per altri, non solo nella prospettiva interna, ma anche in quella dell'ordinamento tedesco, v. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 106, nt. 198 e soprattutto 112, nt. 207.

La dottrina lo ha sempre trattato in relazione al potere delle parti di graduare le eccezioni allegate⁶⁰, affermando che le relazioni fra fatti di questo tipo disegnate dal diritto sostanziale limitano tale potere e impongono al giudice di sovvertire l'ordine eventualmente imposto dalle parti, dato che vi è incompatibilità fra l'atto dispositivo della situazione giuridica sostanziale posto in essere con l'adempimento o la dichiarazione di compensazione e l'atto, anch'esso dispositivo, di graduazione delle difese⁶¹. È stata invece solo accennata – e con tono non del tutto privo di una componente dubitativa – la circostanza che la relazione sostanziale fra coppie di eccezioni impatta in primo luogo sull'ordine di esame da parte del giudice, a prescindere da eventuali condizionamenti⁶². In realtà non si vede come un ordine derivante dal diritto sostanziale, che deve essere rispettato dalle parti nell'esercizio dei loro poteri processuali, non debba essere rispettato anche – e a maggior ragione – dal giudice. Che il giudice debba in questo caso attenersi a tale ordine è senza dubbio vero. La spiegazione risiede nella natura bifronte dell'adempimento, della compensazione, della nullità (o dell'annullamento) e in particolare nella loro peculiarità di essere anche fatti estintivi di un'altra eccezione. Proprio per questo

⁶⁰ Vero è che nella prassi il problema si pone soprattutto in questo frangente, cioè in sede di valutazione dei limiti alla graduazione imposta dalle parti; tuttavia sul piano teorico è preliminare il problema del limite alla discrezionalità del giudice.

⁶¹ V. molto chiaramente E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 108 ss.: «E ciò [ammettere la subordinazione dell'eccezione di adempimento a quella di inesigibilità per mancata scadenza del termine] appare difficile non tanto per esigenze di rispetto del nesso di pregiudizialità logica tra le diverse eccezioni – tenuto conto anche che la misura in cui al nesso di pregiudizialità può essere riconosciuta una portata precettiva dell'ordine di esame e decisione delle diverse allegazioni relative ad un medesimo oggetto di giudizio è oltremodo disputata e incerta –, quanto direttamente in considerazione del fatto che di una di esse, quella relativa alla mancata scadenza del termine, il debitore potrebbe avere già definitivamente «disposto» in forza dell'atto sostanziale (nella specie: l'adempimento), i cui effetti pretenderebbe di far valere in linea di mero subordine»; ma v. anche S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 1000 ss., spec. 1002; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 346 s., nt. 306.

⁶² V. al riguardo S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 1002, nt. 60: «quindi, non solo è da ammettere la deduzione in via principale dell'eccezione di adempimento rispetto a quelle d'inesigibilità, ma con ogni probabilità è da ritenere esistente un vincolo di condizionamento automatico»; A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 347, nt. 306: «ciò da cui discende, per l'appunto, che l'eccezione di adempimento non può essere condizionata all'eccezione in senso stretto, né, con ogni probabilità, il giudice può definire la controversia accogliendo questa, senza aver preliminarmente risolto in senso negativo la questione relativa all'adempimento». Occorre tuttavia osservare che lo stesso A. MOTTO, *L'ordine di decisione*, cit., 642, richiama come limite all'applicazione del criterio del primato della ragione più liquida tra questioni, però, di rito la situazione in cui «un presupposto è rilevante, oltre che quale requisito per la decisione nel merito, anche all'interno della fattispecie di un altro presupposto processuale». Anche se riferito alle questioni processuali, il rapporto strutturale esaminato dall'Autore è esattamente lo stesso di quello che è qui preso in considerazione.

motivo, tali fatti perdono il loro carattere di questioni fungibili e non sono più in grado di reggere da soli la decisione. Vediamo gli esempi.

Proposta domanda di esecuzione del contratto e sollevate le eccezioni di adempimento e di inadempimento, il giudice non può rigettare la domanda con un ragionamento del tipo «se anche il convenuto avesse adempiuto, comunque l'inadempimento dell'attore varrebbe a paralizzare la sua pretesa», perché invece ciò è possibile, per disciplina sostanziale, solo a condizione che il convenuto non abbia adempiuto. Similmente, se le eccezioni sollevate sono quelle di adempimento e di prescrizione, il giudice non può ragionare nel senso che la domanda va respinta perché quand'anche il credito fosse adempiuto, comunque sarebbe prescritto, in quanto deve verificare che l'adempimento sia precedente o non spontaneo⁶³; viceversa l'eccezione di prescrizione sarebbe estinta dall'adempimento spontaneo successivo. Ancora, se le eccezioni sollevate sono quelle di adempimento e annullabilità del contratto non è possibile il rigetto per annullamento affermando che quand'anche il credito fosse adempiuto si fonderebbe su un contratto invalido, in quanto prima deve essere accertato se c'è stato un adempimento spontaneo e consapevole, che varrebbe proprio a convalidare il contratto. Infine se concorrono la risoluzione per inadempimento (spesa in via d'azione o, anche, se si ritiene possibile, in via d'eccezione) e la nullità di un contratto, il giudice non può pronunciare la cessazione di efficacia del contratto sostenendo che, anche ammesso che il contratto fosse nullo, comunque non vi è stato esatto adempimento, in quanto solo un contratto non nullo è suscettibile di essere adempiuto. E così via.

La decisione dunque non può essere emanata in via ipotetica quando un'eccezione è condizionata da un'altra eccezione. In altre parole, il criterio della ragione più liquida, all'interno del rapporto fra queste due, non può operare. Il giudice dovrà esaminare la questione dell'adempimento del convenuto prima dell'eccezione di inadempimento, la compensazione prima della prescrizione,

⁶³ Per comprendere poi meglio il funzionamento di tali relazioni si consideri che: a) una volta che sia accertato che c'è stato un adempimento precedente al maturare del termine prescrizione, la questione di prescrizione rimane assorbita (assorbimento improprio in quanto essa era subordinata *ex lege* – per i motivi di cui si è detto – all'altra); b) qualora invece sia accertato che l'adempimento successivo è spontaneo, di nuovo può essere pronunciata una sentenza di rigetto tralasciando la questione di prescrizione; c) se infine viene accertato che l'adempimento successivo è non spontaneo, il giudice dovrà passare all'esame del fatto prescrizione perché in questo caso tale fatto non è estinto e non si verifica nessun tipo di assorbimento.

l'adempimento spontaneo e consapevole prima della questione dell'annullabilità del contratto ecc.

5. (Segue) b) per ragioni di diritto processuale: le ipotesi in cui sono sollevate eccezioni onerose (?); il vincolo di subordinazione imposto dalle parti (rinvio)

La generale assenza di un ordine di esame vincolante per il giudice e il conseguente principio di libertà di scelta del motivo di decisione vanno poi incontro ad altri potenziali limiti. A differenza dell'ipotesi osservata nel paragrafo precedente, però, in questo caso, i limiti che andiamo a trattare derivano da ragioni che restano in fin dei conti processuali, sebbene affondino le proprie radici nel diritto sostanziale – come avviene ogni volta che si ha a che fare con problemi che riguardano il giudicato materiale.

Cominciamo dai casi in cui il convenuto, a fronte di una domanda diretta al pagamento di un credito, si difende facendo valere, oltre all'inesistenza originaria dell'obbligazione, la sua estinzione tramite le c.d. eccezioni soddisfattive e cioè l'adempimento e la compensazione. Esse sono anche definite onerose in quanto il convenuto, nel tentativo di estinguere l'altrui pretesa, sacrifica un proprio valore patrimoniale.

Senza entrare nel dettaglio di considerazioni complesse, che in parte rimarranno inesplorate in questo lavoro poiché non immediatamente rilevanti per il tema che ne è oggetto e in parte saranno trattate più avanti, per il momento basti considerare che entrambe queste eccezioni sollevano un problema processuale simile: l'aver speso come fatto estintivo in un primo processo quel valore patrimoniale di cui si è parlato, impedisce che, in un secondo giudizio, il convenuto faccia valere una situazione giuridica attiva che gli permette di recuperare quel sacrificio patrimoniale che si era giocato? Vediamo gli esempi. A) L'attore propone domanda di condanna al pagamento di un credito e il convenuto si difende eccependo sia la nullità del titolo da cui deriva l'obbligazione sia di aver già adempiuto. Il giudice rigetta la domanda sulla base di tale seconda eccezione. Si

può ritenere che il convenuto sia libero di chiedere, in un secondo processo, la ripetizione di quanto pagato, affermando che il credito adempiuto in realtà non era mai sorto (questione non decisa dal primo giudice in quanto rimasta assorbita)? B) L'attore propone domanda di pagamento di un credito. Il convenuto si difende deducendo l'originaria inesistenza del credito e opponendo in compensazione un proprio controcredito, che l'attore non contesta (evitando così che l'eccezione si trasformi in una domanda di accertamento suscettibile di passare in giudicato). Il giudice rigetta la domanda tramite l'accoglimento dell'eccezione di compensazione (lasciando quindi assorbita l'altra questione). Il convenuto del primo processo è da ritenersi libero di azionare il proprio credito – che aveva eccepito in compensazione – sulla base dell'affermazione per cui il credito dell'attore non era mai sorto e dunque mancava uno dei presupposti per la compensazione?⁶⁴

Si tratta di domande che chiaramente coinvolgono problemi di efficacia del giudicato ed è il motivo per cui il tema viene qui solo accennato e verrà poi ripreso più avanti. Tuttavia una soluzione che ha avuto un importante seguito in dottrina è quella che considera le eccezioni onerose come subordinate *ex lege*: in altre parole la decisione su queste ultime non può mai precedere quella sull'originaria esistenza del credito. Un accertamento espresso sul punto escluderebbe infatti la facoltà del convenuto di aprire il secondo giudizio (facoltà che – al netto di ogni considerazione di carattere giuridico – urta con il senso di giustizia)⁶⁵.

In secondo luogo, come ulteriore deroga alla libera scelta del motivo di decisione da parte del giudice secondo il principio della ragione più liquida, occorre considerare che è generalmente ammessa la possibilità di articolare le difese in forma condizionale. Il nocciolo della questione sta proprio nel comprendere fino a che punto le parti possono imporre l'ordine che ritengono loro più conveniente: in particolare a) se questo potere sia illimitato o invece circoscritto ad alcune difese

⁶⁴ Il discorso in questione è svolto sul presupposto che le difese di cui si è parlato negli esempi non siano proposte in forma graduata. Si tratta di un'eventualità in realtà teorica nell'esempio della compensazione, posto che verosimilmente il convenuto, a meno di non essere incorso in un errore o in una dimenticanza, chiede in ipotesi il rigetto della domanda per inesistenza del credito originario e solo in subordine la compensazione dello stesso per mezzo del controcredito. Viceversa nell'esempio dell'adempimento non è inverosimile che le due eccezioni vengano sollevate in via alternativa, senza che sia posto un vincolo di condizionamento.

⁶⁵ La tesi verrà approfondita di seguito al par. 11 a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici.

soltanto e b) se esista un parametro alla cui stregua il giudice possa valutare la meritevolezza dell'interesse delle parti nella graduazione. Generalmente la dottrina – si anticipa – risponde al quesito sub a) affermando che il potere di allegare le difese in via condizionale è da riconoscere solo in certi casi e afferma che il metro di valutazione di cui al punto b) è costituito dalla maggiore o minore utilità ritraibile dal processo; aggiunge poi che per determinare tale utilità occorre conoscere gli effetti della sentenza passata in giudicato. Per questo motivo è evidente che non si può che rinviare – anche in questo caso – il completamento del discorso ad una fase più avanzata dello studio⁶⁶.

Per il momento quanto detto basti a completare l'elenco dei possibili limiti al generale principio della libera scelta del motivo (di merito) di decisione.

6. Variabilità della portata e degli effetti del giudicato materiale in ragione del motivo di decisione

Si è più volte osservato che per risolvere numerose questioni in punto di scelta del motivo di decisione occorre considerare la portata e gli effetti del giudicato e in particolare se e come questi possono variare proprio in ragione del motivo su cui si fonda la statuizione. È necessario dunque approfondire il tema del giudicato, o meglio, anche considerata la vasta mole di studi sull'argomento, selezionare gli aspetti di rilevanza per la materia trattata in questo lavoro.

In premessa è opportuno richiamare la funzione del giudicato materiale, ossia quella di rendere stabile e indiscutibile la decisione contenuta nel provvedimento di merito, espressiva della volontà di legge applicata al caso concreto⁶⁷. Una volta entrato in vigore l'ordinamento costituzionale è apparso chiaro che il giudicato facesse parte dei valori tutelati – benché implicitamente – dalla Carta fondamentale⁶⁸. La stabilità della decisione finale è in effetti di grande importanza

⁶⁶ V. *infra*, par. 13 ss.

⁶⁷ Nel testo si è riportata, con pochissime variazioni terminologiche, la definizione di cosa giudicata fornita da G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 906, al cui pensiero si è ispirato il legislatore dell'art. 2909 c.c.

⁶⁸ In particolare è nell'art. 111 Cost. al(l'attuale) comma 7, che garantisce il ricorso straordinario per cassazione, che si rinviene la norma che «protegge[...] il valore più alto della funzione

per garantire la pace sociale e per evitare che il diritto d'azione si trasformi nel potere di «mettere in movimento (...) un meccanismo destinato a girare all'infinito»⁶⁹, con conseguente lesione della certezza dei traffici giuridici oltretutto, più generalmente, della stabilità dell'intero sistema socio-economico.

Inoltre, un aspetto da ribadire, sebbene emerso a più riprese nella prima parte del lavoro, è relativo all'oggetto del giudicato. Si è visto che, poiché il giudizio civile è retto dai principi della domanda (artt. 99 c.p.c. e 2907 c.c.) e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), vi è una tendenziale corrispondenza fra oggetto della domanda, del processo, della sentenza e dunque del giudicato. Si è anche detto che nel nostro sistema è pressoché pacifico, poiché risulta chiaramente dal dato normativo, che in giudizio si possono portare i diritti soggettivi e gli *status* giuridici, su cui dunque cala anche il giudicato⁷⁰. Poiché – si è visto – si registra di recente una spinta all'ampliamento dell'oggetto del processo⁷¹, dovuta fondamentalmente alla scelta di un determinato sistema di valori, anche l'oggetto del giudicato è destinato ad essere ampio o meglio ampi devono essere gli effetti che esso produce.

Si distingue tradizionalmente – e qui entriamo più nel vivo dei temi che interessano – fra efficacia negativa ed efficacia positiva che il giudicato può esplicare in successivi processi. La prima consisterebbe nell'impedimento ad emanare una nuova decisione di merito da parte del nuovo giudice chiamato a pronunciarsi su una controversia avente il medesimo oggetto, mentre la seconda consisterebbe nel vincolo per il successivo giudice che deve pronunciarsi sul diritto dipendente, a porre a fondamento della propria decisione l'accertamento compiuto sul diritto pregiudiziale⁷². Posta in termini così netti, tuttavia, questa distinzione

giurisdizionale: l'autorità di c. giudicata ai provvedimenti che statuiscono sui diritti». Così si esprime A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato (meditazioni sull'art. 111, comma 2°)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 427, il quale dà conto, sulla base dell'analisi dei lavori preparatori della Costituzione, del fatto che nelle Commissioni era stato proposto l'inserimento di una norma *ad hoc* sulla garanzia del giudicato ma che poi era stata espunta in quanto ritenuta superflua, considerato che tale valore era talmente condiviso e acquisito che non pareva vulnerabile e dunque bisognoso di esplicito riconoscimento (cfr. A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 429, nt. 168).

⁶⁹ Questa eloquente espressione è di A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994, 216.

⁷⁰ V. *supra*, Cap. 1, par. 2.

⁷¹ V. *supra*, Cap 1, par. 3.

⁷² Tale distinzione era già presente nel diritto comune (v. G.H. WETZELL, *System des ordentlichen Civilproccesses*³, Lipsia 1878, 571 ss., 590 ss.). Nell'evoluzione dello studio del tema,

rischia di tagliar fuori alcuni importanti effetti⁷³: quando il secondo giudizio ha un oggetto che non può essere inquadrato nelle due categorie dell'identità o della pregiudizialità-dipendenza, ma è comunque legato da nessi molto forti a livello sostanziale all'oggetto del giudicato, quest'ultimo non può non esplicare una qualche forma di efficacia nei suoi confronti. Coloro che valorizzano tali nessi e che sostengono la necessità che il giudicato li preservi, tendono a disquisire in generale di effetti preclusivi, che avrebbero una portata non solo negativa, ma anche

la questione degli effetti positivi e negativi del giudicato si è legata al dibattito intorno alla natura sostanziale o processuale della cosa giudicata (e cioè, in estrema sintesi, se il giudicato rappresenti un fatto giuridico che incide sulla realtà materiale regolando per il futuro il rapporto fra le parti ovvero se rappresenti solo un vincolo per i successivi giudici che si dovessero trovare a decidere una controversia dove rileva la precedente statuizione passata in giudicato; cfr. al riguardo, su tutti in Italia, E. ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., 16 ss., sostenitore della prima tesi e E. HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 20 ss., 60 ss., fautore della seconda tesi). Ciò ha comportato che i diversi autori tendessero a privilegiare, fra i due tipi di efficacia, quella che ritenevano maggiormente descrittiva del fenomeno. Così, a fronte di un secondo giudizio con oggetto identico rispetto al primo, l'effetto negativo starebbe a significare che il giudice deve limitarsi a prendere atto della precedente sentenza e astenersi dall'esercitare il proprio potere di decidere nel merito, mentre l'effetto positivo starebbe a significare che il giudice deve conformare la decisione di merito a quella precedente, evidentemente facendo proprio il contenuto di quest'ultima. Col tempo è stato messo però in luce che si trattava in realtà di una questione di lana caprina che, in fondo, si risolveva in una disputa di carattere terminologico o comunque prettamente teorico. Peraltro l'effetto negativo, da solo, non sarebbe in grado di spiegare il ruolo del giudicato quando viene dedotto in giudizio un diritto diverso da quello del primo processo ma condizionato o comunque strettamente connesso a quello del primo. (Per una più approfondita sintesi dell'evoluzione qui accennata v. G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, cit., 818 ss.). Modernamente, pertanto, si afferma che il giudicato produce più tipologie di effetti a seconda della relazione che corre tra il suo oggetto e l'oggetto del secondo giudizio: cfr. S. MENCHINI, voce *Regiudicata*, cit., 413: «il giudicato sostanziale (...) produce, allo stesso tempo, efficacia negativa e positiva. (...) In sostanza la cosa giudicata impedisce, innanzitutto, una nuova cognizione della situazione soggettiva già decisa; talvolta, però, il giudice non può limitarsi a prendere atto del divieto di nuovamente giudicare, ma deve porre a fondamento della pronuncia relativa al rapporto (dipendente) controverso l'accertamento di quello pregiudiziale, risultante dal giudicato»; C. ALTHAMMER, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., 837 ss., spec. 840-841. Quest'ultimo Autore, dopo aver precisato che il giudicato materiale produce tanto effetti processuali quanto effetti sostanziali, fa derivare l'effetto negativo (*ne bis in idem*) dai primi e l'effetto positivo-conformativo dai secondi: «bei Präjudizialität kommt die materielle Wirkung der Rechtskraft zum Tragen und führt zur materiellen Bindung des zweiten Gerichts hinsichtlich der rechtskräftig entschiedenen Vorfrage. Bei Identität der Streitgegenstände führt dagegen die prozessuale Komponente zur Unzulässigkeit der zweiten Klage» (pag. 841).

⁷³ Si tenga presente, tuttavia, che la dottrina ha spesso cercato di mitigare questa contrapposizione. Cfr. G. PUGLIESE, *op. cit.*, 822: che afferma che si tratta non di «due o più effetti, i quali si contrappongono l'uno all'altro, bensì di semplici manifestazioni o estrinsecazioni di un unico effetto»; S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*: «dal punto di vista logico, la funzione negativa appare prioritaria rispetto a quella positiva; la seconda non è che un riflesso della prima»; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 500 per cui i due effetti «altro non rappresentano che le diverse manifestazioni – *rectius*, i diversi effetti processuali – del medesimo fenomeno all'interno del secondo giudizio: il giudicato sostanziale, ossia l'effetto di accertamento concernente la dichiarazione relativa alla situazione giuridica oggetto della prima statuizione».

positiva. Per descrivere tale preclusione «positiva» si parla di effetti attributivi, precettivi o conformativi del giudicato⁷⁴.

Si è già accennato al fatto che esiste una tesi in dottrina (comunque nettamente minoritaria e ormai abbandonata) che sostiene la natura di rito della sentenza di rigetto (*rectius* di accertamento di non esistenza del diritto dedotto in giudizio)⁷⁵. Tale tesi non è condivisibile perché, oltre ad essere fondata sull'assunto non dimostrato che la sentenza di accertamento negativo non è in grado di dettare una regola di condotta per il futuro, è lesiva del principio di parità delle armi fra attore e convenuto⁷⁶: mentre il primo potrebbe contare su un giudicato con efficacia piena, che produce tutti gli effetti che sono propri dell'accertamento giurisdizionale, il secondo, nonostante abbia ottenuto ragione nel processo, non potrebbe beneficiare dell'efficacia positiva e cioè degli effetti attributivi del giudicato.

Resta tuttavia da chiedersi se il giudicato di accertamento negativo produca esattamente gli stessi effetti del giudicato di accertamento positivo. In particolare, il fatto che la pronuncia di non esistenza del diritto⁷⁷ possa fondarsi su di una sola delle più *rationes decidendi* e che, una volta che ne è stata selezionata una, tutte le

⁷⁴ È merito di A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., l'aver messo in luce che il giudicato può produrre effetti *lato sensu* preclusivi sul secondo giudizio anche quando quest'ultimo non ha ad oggetto un rapporto identico (o il c.d. *kontradiktorisches Gegenteil*, quello che noi chiamiamo il diritto direttamente incompatibile) o dipendente. Si vedano le pagg. 13 ss., 41 s., e soprattutto 45 ss. dove l'Autore va alla ricerca prima di ipotesi contemplate dalla legge dove sono previsti effetti del giudicato su rapporti che non possono essere definiti propriamente dipendenti e poi ricostruisce, con l'ausilio dei casi trattati dalla giurisprudenza, le ipotesi in cui il giudicato influenza la decisione su un'altra fattispecie legata da nessi molto forti di carattere sostanziale. In Italia ad aver approfondito, sulla scorta dell'insegnamento dell'autore tedesco, il concetto di preclusione, negativa e positiva, è stata soprattutto E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 119 ss. Anche S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 986 e ID. - A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 49 ss., ha mostrato, negli ultimi anni, di aver aderito a questa impostazione. I profili qui solo accennati verranno ripresi più approfonditamente *infra*, par. 8)

⁷⁵ V. gli Autori richiamati *supra*, Cap. 2, par. 5, nt. 39, cui si aggiunga A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 499.

⁷⁶ Per ulteriori critiche v., oltre a quanto osservato da A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 68, nt. 19, di cui è riportato il passo rilevante al Cap. 2, par. 5, nt. 39, le critiche di C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 229, nt. 24; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale*, cit., 135 s., nt. 41; A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 159. Anche R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., 76, critica la riconduzione delle sentenze dichiarative dell'inesistenza del diritto dedotto in giudizio nell'alveo dei provvedimenti di rito, tuttavia egli ritiene che tali sentenze non abbiano contenuto precettivo (cfr. pagg. 76, 310 s.). Pertanto anche questa ricostruzione per i motivi sopra accennati nel testo e in questa nota, non può essere condivisa.

⁷⁷ Si discorre qui, per semplicità espositiva, del solo caso della sentenza di accertamento negativo, ma si ricordi che in alcuni casi il criterio della ragione più liquida può selezionare uno dei più concorrenti motivi di decisione anche in caso di pronunce di accertamento positivo (v. *supra*, Cap. 2, par. 7).

altre restano assorbite ha delle conseguenze in punto di portata ed efficacia del giudicato? E ancora, gli effetti del giudicato mutano in ragione della specifica questione selezionata come elemento su cui si regge la decisione?

La soluzione di tali quesiti è tutt'altro che semplice e richiede lo svolgimento di approfondite indagini. Si può però già anticipare che gli studiosi tendono a dare risposta positiva.

La nostra dottrina ha osservato che la portata oggettiva della sentenza passata in giudicato dipende non solo dal dispositivo ma anche dai motivi portanti: ciò vale in generale per ogni tipo di decisione ma è più evidente in quelle di accertamento negativo proprio perché in questo caso il giudice, fra le più ragioni concorrenti, ne ha scelta una sola per fondare la decisione⁷⁸. Con ciò la dottrina non vuole intendere che i motivi della decisione sono muniti essi stessi di efficacia di giudicato, ma solo che la soluzione delle questioni è rilevante laddove contribuisce ad attribuire al vincitore il bene della vita controverso⁷⁹.

Anche nella dottrina tedesca è ricorrente l'affermazione per cui in caso di sentenza di rigetto (*Abweisungsurteil*), per individuare gli effetti che scaturiscono dalla pronuncia, non è sufficiente guardare al dispositivo (*Urteilsformel* o *Tenor*) ma è necessario tener conto anche dei motivi di decisione (*Entscheidungsgründe* o *Entscheidungselemente*)⁸⁰. Ciò è particolarmente degno di nota se si considera la

⁷⁸ Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 99, 917; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 405 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 137 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 114-115, 123, 296 ss.; ID., *L'ordine di decisione*, cit., 992; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 500 ss., 505 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 92 ss.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 503 ss.; 508 ss; 528 s.; L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano 1990, 142 ss., spec. 143, 151; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 650 ss.; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 200 ss.; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., 106 (questa presa di posizione parrebbe in contrasto con l'affermazione per cui le sentenze di rigetto passate in giudicato non avrebbero efficacia precettiva; lo nota anche E. MERLIN, *op ult. cit.*, 94, nt. 7 – che però afferma che la contraddizione è più apparente che reale, posto che l'affermazione richiamata «appare essenzialmente motivata dall'osservazione del modo di operare della sentenza nel futuro rispetto ai fatti sopravvenuti»).

⁷⁹ Chiarissimo in questo senso è G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., 354 quando afferma che «le questioni e le nuove decisioni su questi punti solo in tanto sono escluse in quanto avessero per risultato di rimettere comunque in questione o peggio poi di diminuire o disconoscere il bene riconosciuto nel precedente giudicato», ma v. anche A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 500, 504.

⁸⁰ Cfr. C. ALTHAMMER, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., 883; H.J. MUSIELAK, *sub § 322, Materielle rechtskraft*, in H.J. MUSIELAK – W. VOIT, *Zivilprozessordnung*, Monaco 2022, Rn. 48; L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., §153, Rn. 26; B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen*, cit., 99 ss.; A. PIEKENBROCK, *Die Bedeutung der Urteilsgründe*, cit., 422; B. HEIDERHOFF, *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die*

forte reazione che c'è stata da parte del legislatore della ZPO e da parte della dottrina successiva nei confronti della concezione di Savigny che, come accennato, estendeva la portata del giudicato materiale anche alla motivazione⁸¹. La lettera del par. 322, comma 1 ZPO⁸² ed i lavori preparatori⁸³ manifestano chiaramente la presa di distanza da quella concezione, tant'è che ogni teoria che intenda ricostruire la portata del giudicato alla luce degli elementi della motivazione, deve vincere il sospetto di porsi in contrasto con tali indicazioni.

Per comprendere la rilevanza dei motivi della decisione rispetto all'efficacia del giudicato occorre richiamare l'attenzione sulla circostanza che il diritto processuale è chiamato a dare attuazione al diritto sostanziale, del quale dovrebbe rispettare il più possibile i nessi. Tale risultato viene perseguito grazie al cumulo delle cause connesse, tramite le norme che dettano modifiche ai criteri originari di competenza per ragioni di connessione (artt. 31 ss. e 40 c.p.c.), tramite quelle sulla riunione delle cause connesse (art. 40 e 274 c.p.c.) e tramite l'istituto della sospensione (necessaria o facoltativa) per pregiudizialità dipendenza (rispettivamente, artt. 295 e 337, comma 2 c.p.c.).

L'art. 34 c.p.c., nella parte in cui prevede che l'accertamento di una questione pregiudiziale avvenga con efficacia di giudicato solo quando vi sia espressa domanda di parte in tal senso o lo richieda la legge – in casi che sono in realtà eccezionali – rivela però indirettamente che l'ordinamento tollera il contrasto fra i giudicati e cioè ammette che almeno uno degli accertamenti giurisdizionali confliggenti non sia rispettoso della realtà materiale⁸⁴.

Rechtskraftsperre bei klageabweisenden Urteilen, in *ZZP*, 2005 (118), II, 186, 193; A. WALCHSHÖFER, *Die Abweisung einer Klage als „zur Zeit“ unzulässig oder unbegründet*, in *Festschrift für K.H. Schwab*, Monaco 1990, 532 ss.; H.J. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, Berlino 1971, 114 ss., spec. 116.

⁸¹ Cfr. F.C. SAVIGNY, *System*, cit., vol. 6, 355 ss.

⁸² Che recita: «Le sentenze possono passare in giudicato soltanto nella misura in cui («nur insoweit») sia stata pronunciata una decisione sulla pretesa azionata con la domanda o con la domanda riconvenzionale». La traduzione è di Remo Caponi nel *Codice di procedura civile tedesco*, a cura di S. Patti, Milano 2010.

⁸³ V., per un'efficace sintesi del dibattito e delle ragioni che hanno spinto il legislatore tedesco ad adottare la soluzione in parola, H. ROTH, *Materielle Rechtskraft*, cit., 5 ss.

⁸⁴ Si segnala che di recente è stata proposta una ricostruzione originale che smentisce la teoria tradizionale e ampiamente diffusa che ammette la coesistenza fra due giudicati in conflitto c.d. logico, cioè relativi l'uno al diritto pregiudiziale, l'altro al diritto dipendente (per la tesi tradizionale cfr. S. MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile (processo civile di cognizione)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, 31; ID., voce *Regiudicata*, cit., 469; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale*, I, cit., 125; F.P. LUISO, *Diritto processuale*, I, cit. 201 s.). Si tratta della teoria avanzata

Quando però i nessi sostanziali sono particolarmente intensi, si ritiene generalmente che non possano essere disarticolati sul piano processuale. In caso contrario si creerebbe una situazione inaccettabile, tanto grave da mettere in crisi l'ordinato svolgimento delle relazioni giuridiche. L'esempio più eclatante, che sempre viene riportato in letteratura, è quello dei contratti a prestazioni sinallagmatiche. Così, ad esempio, nell'ambito di una controversia relativa ad un contratto di compravendita, accertato con efficacia di giudicato l'obbligo del compratore di pagare il prezzo e condannato quest'ultimo al versamento della somma, sarebbe inaccettabile che in un successivo processo, relativo all'obbligazione di consegna della cosa, il giudice potesse negare rilevanza giuridica al contratto e di conseguenza dichiarare libero il venditore dall'obbligo di consegnare la cosa, pur avendo incassato il relativo prezzo⁸⁵. Una situazione simile potrebbe proporsi anche in ipotesi di rigetto della medesima domanda per nullità del contratto: sarebbe qui inaccettabile che potesse essere accolta in un secondo processo la domanda di consegna della cosa. Infine un ultimo esempio può essere tratto anche nell'ambito di un'azione di impugnativa del negozio: respinta con sentenza passata in giudicato la domanda dell'attore venditore, che aveva chiesto la risoluzione per inadempimento del contratto di compravendita, poiché invece

da M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari 2020, 289 ss., spec. 316 ss.: in sintesi, il giudicato reso sul diritto dipendente sarebbe «condizionato» al mancato formarsi di un giudicato contrastante sul diritto pregiudiziale. Ad esempio, nel processo sul diritto agli alimenti viene accertato *incidenter tantum* che sussiste il rapporto di parentela fra attore e convenuto; se successivamente viene aperto un processo che ha ad oggetto tale questione pregiudiziale e viene accertata l'insussistenza del rapporto di parentela, questo secondo giudicato farà cadere gli effetti del primo. Si tratta di una tesi suggestiva ma non condivisibile per una serie di ragioni: a) si insegna che il giudicato resiste alla dichiarazione di incostituzionalità e al sopraggiungere della legge successiva abrogatrice, eppure potrebbe essere invalidato da un successivo giudicato sul diritto pregiudiziale; b) l'argomento usato dall'Autore per cui, siccome il giudicato deve valere ad ogni effetto (art. 2909 c.c.), l'effetto richiamato non deve essere solo quello *pro futuro*, ma anche retroattivo, per il passato, non è determinante. L'accertamento è infatti per definizione retroattivo; c) la tesi si regge sulla discutibile premessa che l'accertamento *incidenter tantum* compiuto nel primo processo abbia una valenza più ristretta di quello compiuto nel secondo processo che ha messo capo al secondo giudicato; d) non si capisce come la tesi proposta possa conciliarsi con la preclusione del dedotto e del deducibile; e) questa ricostruzione apre la strada ad un uso distorto e strumentale del secondo processo: una delle parti che non sia soddisfatta del primo giudicato potrebbe aprire un secondo giudizio al fine di porre nel nulla gli effetti; f) la tesi contrasta con il valore dell'economia extra-processuale perché favorisce la proliferazione dei processi, fra cui quelli restitutori di quanto pagato in esecuzione del giudicato poi venuto meno.

⁸⁵ Per simili esempi v. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 110 ss.; ID., voce *Regiudicata*, cit., 436 s.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 396 s.

adempimento c'è stato, sarebbe inaccettabile che in un secondo processo il giudice potesse escludere l'obbligo del venditore di consegnare la cosa.

Per evitare inconvenienti di tale sorta, la dottrina ha elaborato diverse soluzioni, che vanno dall'ampliamento dell'oggetto del giudicato alla valorizzazione dei suoi effetti in relazione al motivo di decisione⁸⁶. È opportuno esaminare più da vicino, sebbene per sommi capi, le principali.

⁸⁶ È opportuno segnalare che non sono in grado di risolvere i problemi di disarticolazione del diritto sostanziale, nonostante comportino un allargamento dell'oggetto del giudicato, le tesi di V. DENTI, voce *Questioni pregiudiziali*, cit., 158 ss. e soprattutto di G. PUGLIESE, voce *Giudicato*, cit., 866 ss. e M. TARUFFO, «Collateral estoppel» e *giudicato sulle questioni*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 651 ss. e II, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 272 ss. Questi Autori, in sintesi, affermano che l'art. 34 c.p.c. è una norma che si limita a dettare una regola di modificazione della competenza e che nulla dice invece in ordine all'efficacia di giudicato rispetto alle questioni pregiudiziali. Sostengono infatti che sempre, a prescindere dall'esplicita domanda di parte, si ha accertamento con efficacia di giudicato sulle questioni pregiudiziali quando concorrano le seguenti condizioni: a) il giudice pronunciato sul rapporto pregiudicato sia competente anche a decidere del rapporto pregiudiziale; b) le parti abbiano la legittimazione a discutere di questo rapporto; c) il contegno delle parti e il tenore della sentenza rivelino che «la questione è stata trattata con la serietà ed il ragionevole approfondimento delle normali decisioni giurisprudenziali e non in modo sommario e marginale». Qualora il giudice chiamato a pronunciarsi sulla causa (originaria) dipendente non abbia anche la competenza per decidere sulla causa pregiudiziale, allora, e solo in questo caso, entrerebbe in gioco l'art. 34: sarebbe infatti qui necessario proporre domanda esplicita per attivare il meccanismo previsto dalla norma, ossia il trasferimento dell'intera causa al giudice superiore. Al netto delle fondate critiche mosse a questa ricostruzione (v. A. ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali*, cit., 210 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 80 ss.), è da ribadire che questa tesi non può essere accostata a quelle – di cui si parlerà subito nel testo – che mirano a risolvere i problemi di disarticolazione del diritto sostanziale, in quanto la seria ed approfondita discussione sulle questioni pregiudiziali è circostanza del tutto casuale e pertanto è da escludere che si possa contare sull'efficacia conformativa di un giudicato che si formi sulle stesse. Semmai altri rispetto al *collateral estoppel* sono gli istituti del diritto nordamericano con cui si potrebbe azzardare un confronto nell'ottica di risolvere il problema in parola (al riguardo v. C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 275 ss. e S. 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, 924, nt. 97).

Anche M. GRADI, *Il contrasto teorico*, cit., tenta di mettere la propria teoria del giudicato condizionato al servizio del problema riferito nel testo: afferma che «è infatti possibile avviare un terzo giudizio sulla causa pregiudiziale anche dopo la formazione dei primi due giudicati in relazione a distinte situazioni giuridiche dipendenti» (pag. 356) e aggiunge che «se il coordinamento dei giudicati con motivazioni contraddittorie può essere realizzato mediante il ricorso ad un terzo giudizio sulla questione pregiudiziale comune, non c'è a tal fine alcuna esigenza di estendere il vincolo della cosa giudicata alle questioni pregiudiziali idonee a trasformarsi in cause» (pag. 357). Si tratta di una soluzione davvero non condivisibile. Al di là delle critiche alla teoria del giudicato condizionato avanzate *supra* (nt. 84), non si può tacere il fatto che è insostenibile per il sistema sopportare tre giudizi sulla stessa vicenda della vita.

7. (Segue) La teoria della c.d. pregiudizialità logica: l'accertamento con autorità di cosa giudicata sul rapporto giuridico fondamentale

La prima teoria che si prende in considerazione è quella che propone l'allargamento dell'oggetto del giudizio e del giudicato tramite l'elaborazione della categoria della pregiudizialità c.d. logica. Proposta da Salvatore Satta⁸⁷, è stata sviluppata da Sergio Menchini nella monografia sui limiti oggettivi del giudicato del 1987⁸⁸.

Come già accennato⁸⁹, in quell'opera l'Autore si impegna a definire gli esatti confini dell'oggetto della sentenza trattando le ipotesi di pronuncia di mero accertamento e di condanna da una parte e le ipotesi di pronuncia costitutiva dall'altra.

Per quanto riguarda il primo gruppo, Menchini rileva che in giudizio può essere dedotta o una situazione giuridica semplice, costituita cioè da una singola coppia diritto-obbligo, come quando venga proposta azione di ripetizione dell'indebito o azione di risarcimento del danno da responsabilità aquiliana, o una situazione giuridica che appartiene ad un rapporto complesso, come quando venga proposta azione di adempimento di un credito derivante da un contratto o azione di restituzione di un bene di proprietà dell'attore. Mentre nel primo caso è evidente che l'oggetto del giudicato è rappresentato dalla coppia diritto-obbligo, il problema si pone quando si ha a che fare con gli effetti derivanti dai rapporti giuridici complessi⁹⁰. È qui che l'Autore abbraccia e sviluppa la teoria di Satta che distingue fra pregiudizialità in senso logico e pregiudizialità in senso tecnico⁹¹. Solo alle

⁸⁷ Cfr. S. SATTA, *Accertamenti incidentali, interventi e principi generali del diritto*, in *Foro it.*, 1947, I, 29 ss.; ID., voce *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, I, Milano 1958, 243 ss.

⁸⁸ Ci si riferisce, come è ovvio, a *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit. Come vedremo (cfr. *infra*, parr. 8 e 9), l'Autore, negli anni, ha mutato avviso su alcuni significativi punti.

⁸⁹ Cfr. Cap. 1, par. 2.

⁹⁰ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 59 ss.

⁹¹ V. S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 87 ss., dove approfondisce le caratteristiche dei due tipi di pregiudizialità. La pregiudizialità tecnica possiede le seguenti caratteristiche: a) i rapporti sono sul piano sostanziale fra loro autonomi; sul piano processuale, perciò, sono totalmente indipendenti; b) l'entità pregiudiziale costituisce solo uno degli elementi costitutivi della fattispecie dipendente; c) si hanno di conseguenza più rapporti giuridici. La pregiudizialità logica possiede invece le seguenti caratteristiche: a) è vero che il rapporto fondamentale non è solamente la somma dei singoli effetti che lo compongono, dal momento che è rappresentato – con un certo grado di astrazione – come un'entità a sé, ma tale rapporto non attribuisce di per sé diritti reali o di credito a chi ne è titolare; sul piano processuale, dunque, l'accertamento del rapporto complesso è sempre strumentale al

cause che esibiscono tale seconda forma di connessione si applicherebbe l'art. 34 c.p.c. e non anche a quelle connesse per pregiudizialità in senso logico, con la conseguenza che in questi casi il rapporto fondamentale sarebbe sempre accertato con autorità di giudicato a prescindere dall'espressa domanda in tal senso.

Le implicazioni della ricostruzione accolta sono le seguenti⁹²: a) la deduzione del singolo effetto fa sì che oggetto del processo e del giudicato sia l'intero rapporto cui esso appartiene; b) il convenuto ha a disposizione sia eccezioni che riguardano il singolo effetto (ad esempio la prescrizione), sia eccezioni relative all'esistenza del rapporto fondamentale. Se si limita a proporre tali eccezioni, non amplia l'oggetto del processo; c) la sentenza di accoglimento fa stato sul singolo effetto e sul rapporto nel suo complesso, sia che il convenuto abbia svolto difese limitate al singolo effetto, sia che si sia difeso con riferimento al rapporto fondamentale; d) il contenuto della sentenza di rigetto può essere diverso: se il giudice afferma l'inesistenza e l'invalidità del rapporto a monte è negata ovviamente anche l'esistenza dell'effetto giuridico; se afferma la sussistenza di un fatto estintivo (es. pagamento), *implicitamente* è riconosciuta l'esistenza del rapporto fondamentale e ciò, nonostante la vigenza del principio del primato della ragione più liquida⁹³.

L'Autore afferma che la tesi così sviluppata, da una parte, si pone in continuità con le intuizioni di Chiovenda⁹⁴, il quale, dopo aver enucleato il principio per cui l'accertamento sulla questione pregiudiziale avviene di regola *incidenter tantum*, ne limita l'applicazione proprio nelle ipotesi di deduzione in giudizio della singola pretesa derivante da un rapporto complesso e, dall'altra, trova conferma,

singolo effetto di cui si chiede tutela; b) il rapporto fondamentale non è uno degli elementi della fattispecie dipendente, ma solitamente esaurisce la fattispecie stessa; c) si è in presenza di una relazione tra un rapporto e i suoi effetti, tra la parte e il tutto.

⁹² Tali implicazioni sono espresse in S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 113 ss.

⁹³ Vista l'importanza di questo passaggio ai fini del presente studio se ne riporta una parte: «benché l'ordine di trattazione delle questioni di merito sia informato, per ragioni di economia processuale, al principio del «primato della questione risolutiva di soluzione più pronta», si ha accertamento implicito della nascita non solo del diritto, ma anche del rapporto, posto che l'estinzione – ad esempio per pagamento – presuppone l'anteriore esistenza del credito e del rapporto dal quale questo ha tratto origine» (cfr. S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 114-115).

⁹⁴ Si riferisce a quanto affermato da G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., 355 ss.

oltreché nella giurisprudenza italiana, anche nella dottrina francese e soprattutto in quella tedesca a partire dalla monografia di Zeuner del 1959⁹⁵.

Per quanto riguarda invece le sentenze costitutive, Menchini – come già ricordato – respinge la teoria tradizionale che vede come oggetto del processo il diritto potestativo, ad esercizio giudiziale, di modificazione della realtà giuridica. In estrema sintesi la posizione dell'Autore può essere così riassunta: a) la sentenza di modificazione giuridica ha effetti costitutivi destinati ad operare sul piano del diritto sostanziale; b) oggetto della sentenza è la disciplina del rapporto sulla quale essa è destinata a produrre effetti e cioè la situazione finale che l'istante vuole regolata; c) di conseguenza l'autorità di cosa giudicata calerà sulla situazione giuridica finale e non sul diritto alla modifica⁹⁶.

È importante mettere in risalto alcuni aspetti della teorica di Menchini che emergono in questo studio – che potremmo definire, per distinguerlo da quelli compiuti negli anni successivi – giovanile. In primo luogo la ricostruzione sull'oggetto del processo proposta è ampia qualora venga proposta un'azione in materia contrattuale, tanto in ipotesi di domanda di esecuzione di una delle prestazioni scaturenti dal contratto, quanto in ipotesi di domanda di impugnativa negoziale. Lo stesso si può dire per le azioni in materia di diritti reali. Tale ricostruzione assicura una opportuna parità di trattamento fra debitore e creditore, fra titolare del diritto assoluto e singolo destinatario del dovere di astensione, poiché in tutti i casi con un solo giudizio, quale che sia il suo esito, si chiude per sempre la partita sulla vicenda della vita.

In secondo luogo appare evidente che l'Autore sposa la teoria dell'accertamento implicito e ciò sia in ipotesi di accoglimento che in ipotesi di rigetto della pronuncia (si è visto che anche qualora il giudice accolga un'eccezione relativa al singolo effetto, come l'avvenuto adempimento, si forma giudicato

⁹⁵ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 130 ss., il quale ripercorre la posizione della dottrina tedesca tradizionale che riteneva che mai il giudicato colpisse la questione pregiudiziale neppure quando essa era rappresentata dal rapporto fondamentale; dopodiché afferma che con la monografia di A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit. le cose sono cambiate. La dottrina tedesca moderna, seppure tramite percorsi argomentativi diversi, giungerebbe infatti al risultato di ricomprendere nell'oggetto del giudicato anche l'accertamento di esistenza e validità del rapporto fondamentale. Per approfondimenti sulla teoria di Zeuner e sul suo (mancato) accoglimento presso la dottrina tedesca successiva v. *infra*, par. successivo.

⁹⁶ Cfr. S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 139 ss.

implicito sull'esistenza e validità del contratto). Gli effetti del principio del primato della ragione più liquida ne escono profondamente ridimensionati in quanto non impediscono la formazione della decisione e del giudicato impliciti. Di conseguenza anche la distinzione fra sentenza di rigetto e sentenza di accoglimento è minimizzata, come del resto riconosce lo stesso autore in conclusione del lavoro⁹⁷.

È opportuno osservare che la teoria della pregiudizialità logica è applicata da molto tempo anche dalla giurisprudenza italiana, dove è diffusa con il nome di teoria dell'antecedente logico necessario. In particolare ricorrono due massime: 1) il giudicato copre anche gli antecedenti che sono il presupposto logico-giuridico della decisione, dimodoché le relative situazioni giuridiche non possono essere rimesse in discussione in un successivo processo; 2) l'accertamento delle questioni di fatto o di diritto che sono il presupposto comune di due decisioni non può essere oggetto di nuovo autonomo accertamento nel secondo processo. Queste massime sono state talvolta impiegate, in maniera impropria, per riferirsi al fenomeno della preclusione del dedotto e del deducibile. Tuttavia sono anche utilizzate: a) per affermare il giudicato sul rapporto fondamentale quando è fatto valere un effetto diverso rispetto a quello dedotto nel primo giudizio; b) per impedire una nuova discussione sul titolo in un secondo giudizio in cui è fatto valere un diverso rateo derivante dal medesimo contratto a prestazioni periodiche; c) per affermare la vincolatività della decisione relativa al diritto reale accertato nel precedente processo in cui era stato dedotto un singolo effetto⁹⁸.

Inoltre la teoria della pregiudizialità logica è stata avallata anche dalle sezioni unite della Cassazione nelle sentenze gemelle del 2014. Si è già accennato al fatto che quella pronuncia parte dal presupposto che l'oggetto del processo nelle azioni costitutive di annullamento, rescissione, risoluzione sia il rapporto giuridico nel complesso e non il diritto potestativo. Tale premessa sembra spianare la strada

⁹⁷ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 370.

⁹⁸ La raccolta e la classificazione è stata operata dallo stesso S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 123 ss. e ID., *Il giudicato civile*, cit., 83 ss. e, più di recente da M. RAGNI, *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 647 ss., spec. 656 nt. 44.

all'equiparazione tra azioni di impugnativa e azioni di adempimento contrattuale, con riferimento al problema dell'oggetto del processo e del giudicato⁹⁹.

La tematica di cui erano state investite le sezioni unite era quella della rilevabilità d'ufficio della questione di nullità del contratto e degli effetti della relativa pronuncia. Al riguardo, in sintesi, viene stabilito che se non è stata proposta domanda di accertamento incidentale sul punto, qualora il giudice emani sentenza di accoglimento della domanda in materia contrattuale – si potrebbe aggiungere: sia essa di adempimento o di impugnativa – si forma sempre il giudicato sull'esistenza e sulla validità del contratto¹⁰⁰; qualora invece il giudice emani sentenza di rigetto, occorre andare a vedere se la questione della nullità è stata effettivamente affrontata oppure no. In caso positivo, il relativo accertamento fa stato ad ogni effetto; ciò, tanto che la questione di nullità sia stata risolta in senso positivo e dunque diventi motivo portante del rigetto, quanto che sia stata ritenuta insussistente e dunque non rappresenti motivo portante della decisione. Nel caso in cui invece il giudice non si sia occupato della questione, il giudicato sull'esistenza ed efficacia del contratto non si forma se risulta che il giudice ha deciso sulla base della ragione più liquida senza essersi occupato – nemmeno implicitamente – di tale questione¹⁰¹.

⁹⁹ Cfr. I. PAGNI, *Il «sistema» delle impugnative negoziali*, cit., 78: «La Corte non prende esplicitamente posizione su quale sia l'oggetto dell'azione di adempimento (se il singolo effetto nascente dal contratto, o il rapporto nella sua interezza), ma deve intendersi che quei valori funzionali del processo che vengono richiamati con riferimento alle impugnative negoziali suggeriscano alla Cassazione di cogliere il *petitum* della domanda di adempimento non già nel singolo diritto sulla cosa venduta, nel prezzo, nella consegna, ma nell'intera vicenda negoziale, che viene accertata nella sua integrità».

¹⁰⁰ Le conclusioni della Corte in punto di oggetto del giudicato si staccano e prescindono dalla questione della rilevabilità d'ufficio. Si desume infatti chiaramente dalla pronuncia che in caso di sentenza di accoglimento il giudicato implicito sull'esistenza e validità del rapporto fondamentale si formerebbe anche in mancanza di una eccezione rilevabile d'ufficio come quella di nullità, e cioè, per esempio, in presenza di un'eccezione in senso stretto come quella di annullamento. Perché scatti tale giudicato implicito non occorre che in premessa ci sia una questione rilevabile d'ufficio: la preclusione colpisce tutte le eccezioni, anche la questione della annullabilità del contratto.

¹⁰¹ La Cassazione sembra chiaramente intendere che anche in ipotesi di rigetto della domanda in materia contrattuale non è detto che la questione della non nullità resti impregiudicata. Occorrerà in questi casi andare a vedere se l'elemento sulla cui base la domanda è stata respinta implichi l'esistenza originaria del rapporto (cfr. Cass. sez. un. 26242/2014, cit., par. 5.4.1.: «non può escludersi che, proprio in forza dei ricordati principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, quel processo abbia termine, senza che la nullità sia dichiarata nel provvedimento decisorio finale, con una pronuncia fondata sulla ragione più liquida di rigetto della domanda (prescrizione, adempimento, mancata scadenza dell'obbligazione), nella consapevolezza di non dovere affrontare, nell'esplicitare le ragioni della decisione, il più vasto tema della validità del negozio, che avrebbe eventualmente imposto una troppo lunga e incerta attività istruttoria»). È da notare che però non viene fornito alcun esempio in tal senso: si potrebbe pensare che le sezioni unite facciano riferimento alle eccezioni onerose che, come si è accennato e come meglio si vedrà,

Pertanto, in punto di effetti del giudicato, non fa differenza che la domanda di accertamento incidentale della questione pregiudiziale in senso logico sia stata proposta oppure no¹⁰².

Come è evidente, la tesi della Cassazione si avvicina molto alla teoria giovanile di Menchini, da cui diverge però per un aspetto in particolare: per costui la decisione di rigetto basata su di un fatto estintivo dell'effetto giuridico dedotto in giudizio comporta accertamento implicito del rapporto fondamentale.

La tesi della pregiudizialità logica ha riscosso diverse adesioni¹⁰³ e svariate critiche¹⁰⁴. In particolare ciò che meno persuade di essa, almeno nella forma più pura che abbiamo analizzato in questo paragrafo, è che, con l'estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali in senso logico, questioni magari mai discusse ma presupposto alla decisione finale, si evoca lo «spettro del giudicato implicito»¹⁰⁵.

rappresentano ipotesi in cui è necessario estendere il vincolo derivante dal giudicato per evitare che all'esito di un secondo processo venga emanata una sentenza praticamente incompatibile. Invece non sembra che sia a queste che si riferiscono le sezioni unite, dal momento che il pagamento viene portato come esempio di ragione di decisione che lascia impregiudicata la questione dell'esistenza del contratto.

¹⁰² La differenza, semmai, si apprezza sotto altri profili e in particolare: a) per la possibilità di trascrivere la domanda di accertamento incidentale; b) per la non operatività del meccanismo dell'assorbimento rispetto a tale questione (cfr. S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto*, cit., 940). *Contra* C. CONSOLO – F. GODIO, *Patologia e del contratto e (modi dell')accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, 225 ss., i quali, in contrasto con la lettura fornita dalla dottrina maggioritaria, leggono la pronuncia delle sezioni unite come contrastante con la teoria giovanile di Menchini da cui mutuerebbe solo l'impropria terminologia (come ad esempio il riferimento al giudicato implicito), senza che però vi corrisponda un'effettiva adesione. Tale lettura si fonda proprio sulla valorizzazione del ruolo che le sezioni unite avrebbero assegnato alla domanda di accertamento incidentale.

¹⁰³ V. in particolare l'importante adesione di A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 395 ss., il quale però precisa (pag. 406) che «i limiti oggettivi del giudicato, in ipotesi di statuizione dichiarativa dell'inesistenza del diritto, sono o possono essere molto più ristretti dei limiti oggettivi del giudicato dichiarativo dell'esistenza del diritto» e poi subito dopo chiarisce, anche grazie ad una ricca esemplificazione, che l'accertamento basato su un'eccezione relativa al singolo effetto (ad esempio la prescrizione), esclude dall'oggetto del giudicato il rapporto fondamentale; v. poi F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 168 ss., anch'egli nei limiti di Proto Pisani.

¹⁰⁴ V., in particolare, A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 489 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 233 ss.; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale*, cit., 181 ss., spec. 188 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 58 ss.

¹⁰⁵ Così R. TISCINI, *Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Del difetto di giurisdizione, incompetenza e litispendenza*, in *Commentario del codice di procedura civile* a cura di Sergio Chiarloni, Bologna 2018, 160. In generale si segnala che la dottrina ha manifestato una forte repulsione verso il giudicato implicito tanto interno (inteso come preclusione che si forma internamente al processo, ad esempio nel passaggio dal grado procedente a quello successivo) quanto esterno (cioè al giudicato – materiale – che produce effetti all'esterno del processo in corso). Sull'(in)ammissibilità del giudicato implicito v., soprattutto, F.P. LUIO, *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium*, 2019, 2, 181 ss.; A. PANZAROLA, *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in

8. (Segue) La teoria del vincolo selettivo al motivo portante: la rilevanza del motivo di decisione rispetto ad alcuni successivi processi selezionati in ragione del loro oggetto

Una secondo, altrettanto raffinato tentativo di risolvere il problema di assicurare il rispetto dei nessi sostanziali nel processo è rappresentato dalla *Begründungstheorie*, elaborata nel 1959 da Albrecht Zeuner. Anche questa teoria, come suggerisce il nome, interseca la tematica dell'estensione del vincolo promanante dal giudicato con la questione della rilevanza del motivo di decisione.

In apertura del lavoro l'Autore mette subito in chiaro che quella che propone non è una tesi che estende l'oggetto della cosa giudicata ai motivi, perché ciò significherebbe tornare a rivisitare dottrine come quelle di Savigny, che sono state invece chiaramente scartate dal legislatore tedesco della ZPO¹⁰⁶.

Dall'analisi dello stato dell'arte, Zeuner ricava che possono già rinvenirsi dei casi in cui viene data rilevanza ai motivi della decisione per stabilire gli effetti della cosa giudicata. Ad esempio in giurisprudenza e in dottrina si afferma comunemente che, una volta passata in giudicato la sentenza che accoglie l'azione di rivendica proposta da A nei confronti di B, è esclusa l'azione di rivendica o di accertamento della proprietà di B verso A. Gli oggetti delle due controversie sono diversi. È infatti pacifico in Germania, diversamente che in Italia, che l'oggetto della rivendica non sia rappresentato dal diritto di proprietà – che è questione pregiudiziale – ma dall'obbligo di consegna del bene. Da ciò deriva che non è operante la preclusione del *kontradiktorisches Gegenteil* (quella che potremmo chiamare con la

Judicium, 2019, 3, 307 ss.; E. ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 215 ss.; A. CARRATTA, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *Giur. it.*, 2009, II, 1464 ss.; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 118 s.; 180 ss.; D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 123 ss.; M. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, 56 ss.; lo stesso S. MENCHINI, negli scritti più recenti come *L'ordine di decisione*, cit., 977 e ID. – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 55 s. In particolare si osserva che: 1) non è possibile desumere alcunché dal silenzio del giudice, silenzio che potrebbe derivare da una svista o da una dimenticanza anziché da un'implicita presa di posizione (cfr. F.P. LUISO, *op. cit.*, 187; C. CONSOLO, *Postilla di completamento. Il giudicato e il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, in *Corr. giur.*, 2013, 186); 2) in un sistema informato al criterio del primato della ragione più liquida non è concepibile l'accertamento implicito che richiede invece che sussista un ordine delle questioni tale per cui esaminata e decisa la questione «a valle», quella «a monte» non può che essere stata risolta in un dato senso (cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, loc. cit.).

¹⁰⁶ Cfr. A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 1 ss.

terminologia di Proto Pisani, del diritto direttamente incompatibile¹⁰⁷); ciononostante – osserva Zeuner – in letteratura si usa comunque parlare di accertamento incompatibile (*unvereinbar*) o di pretesa in contraddizione (*Widerspruch*), senza peraltro che il punto venga poi ulteriormente approfondito, dal momento che tutti concordano sul fatto che la seconda azione non sia ammissibile. A ben vedere la ragione di questa conclusione è da ricercare, secondo l'Autore, proprio nel fatto che il primo giudicato crea un vincolo che promana dal motivo di decisione.

Nel successivo paragrafo Zeuner mette in luce alcune ipotesi in cui, se non si ammette che l'accertamento passato in giudicato di una conseguenza giuridica espliciti effetti positivi su un secondo giudizio, si giunge a situazioni bizzarre e intollerabili. Si consideri il seguente esempio. Se l'attore ottiene una condanna alla consegna di un bene in base ad un'azione di rivendica *ex* § 985 BGB, la sentenza passata in giudicato fa stato con riferimento al diritto dipendente di risarcimento dei danni per il successivo perimento della cosa per colpa del convenuto *ex* § 989 BGB e con riferimento all'obbligo risarcitorio connesso alla responsabilità del possessore di mala fede *ex* § 900 BGB. Ora l'opinione maggioritaria ritiene che l'obbligo al pagamento dei danni *ex* § 989 BGB dipenda dall'obbligo di restituzione e che quindi la sentenza espliciti l'effetto positivo tipico dei rapporti di pregiudizialità-dipendenza; diversamente si afferma diffusamente che la responsabilità da parte del possessore di mala fede (§ 900 BGB) dipenda dalla proprietà in capo all'attore e non dall'obbligo di restituzione pronunciato. Stando così le cose, posto che il diritto reale è questione pregiudiziale nel primo processo e non oggetto dell'accertamento passato in giudicato, se non si ammettesse il vincolo ai motivi, il giudice del secondo processo, chiamato a decidere sull'obbligo del possessore di mala fede di risarcire i danni o consegnare i frutti, potrebbe rigettare la domanda affermando che l'attore non è proprietario. Questo per l'Autore crea delle disarmonie intollerabili¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 409. Alla terminologia e alla conseguente classificazione concettuale proposta dall'Autore aderisce pienamente anche S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale*, cit., 242 ss.

¹⁰⁸ Cfr. A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 16 ss.

Zeuner giunge dunque ad una prima conclusione: ci sono delle relazioni sostanziali rilevanti che il processo deve salvaguardare anche in assenza di un rapporto pregiudizialità-dipendenza¹⁰⁹. Il modo per salvaguardarle è estendere il vincolo promanante dal giudicato ai motivi.

Non resta dunque all'Autore che stabilire quali siano i nessi sostanziali che giustificano un tale effetto di giudicato. Si richiamano qui solo un paio di esempi:

1) il rapporto fra la domanda rivendica di un bene e le richieste accessorie (domande di risarcimento per mancato utilizzo del bene o domande di restituzione dei frutti). La sentenza passata in giudicato ha effetto positivo su tali domande secondarie se è di accoglimento dell'azione di rivendica perché accerta la sussistenza della proprietà. Se è di rigetto, occorre guardare al motivo sulla cui base il giudice ha assunto la decisione: ad esempio se la domanda è stata respinta perché il convenuto non è più possessore ma lo è stato per un certo tempo in precedenza, le domande di restituzione e risarcimento sono ammissibili laddove riferite a quel periodo in cui il primo giudicato ha accertato la proprietà dell'attore sul bene. Al contrario il rigetto perché l'attore non è proprietario del bene o il convenuto non ne è possessore esclude la possibilità di accoglimento di domande di risarcimento o restituzione¹¹⁰;

¹⁰⁹ Cfr. A. ZEUNER, *op. ult. cit.*, 30: «Ob und inwieweit eine Entscheidung Rechtskraft im Hinblick auf den Streit über eine andere Rechtsfolge zu entfalten vermag, ist nach inhaltlichen - und nicht nach formal-logischen - Beziehungen zu bestimmen. Sachliche Zusammenhänge, welche eine solche Rechtskraftentfaltung auf Prozesse mit anderem Streitgegenstand rechtfertigen, liegen zwar durchweg vor, soweit Bestehen oder Nichtbestehen der im ersten Verfahren umstrittenen Rechtsfolge zum Tatbestand jener anderen gehört, über die im zweiten Prozeß entschieden werden soll. Es ist jedoch damit zu rechnen, daß die maßgeblichen Sachbeziehungen nicht notwendig an in derartiges formales Präjudizialverhältnis gebunden sind, sondern auch ohne in solches vorkommen können. Sind diese letztgenannten Voraussetzungen aber gegeben, dann muß sich die gebotene Rechtskraftwirkung darin äußern, daß das Gericht im Folgeprozeß von den Gründen der Vorentscheidung insoweit nicht abgehen darf, als andernfalls die in Frage stehenden sachlichen Beziehungen zum Gegenstand der rechtskräftigen Vorentscheidung beeinträchtigt würden».

¹¹⁰ Cfr. A. ZEUNER, *Die Objektiven Grenzen*, cit., 69 ss. Sull'oggetto dell'azione di rivendica e sul rapporto di quest'ultima con l'azione di accertamento della proprietà, l'Autore ritorna in una fase più avanzata del lavoro, dove chiarisce la differenza fra giudizi di rivendica e giudizi di accertamento della proprietà. In quest'ultimo caso, qualsiasi tipo di rigetto riguarda anche lo stesso diritto di proprietà. Al contrario, la decisione di rigetto della domanda di rivendica riguarda l'inesistenza della proprietà solo se questo è il motivo del rigetto. Cfr. A. ZEUNER, *op. ult. cit.*, 151: «Es darf hierbei freilich nicht überschen werden, daß die Lage bei Geltendmachung des Ferausgabeanspruchs keineswegs völlig derjenigen gleicht, die bei einer Klage auf Feststellung des Eigentums besteht. Im letzteren Falle entscheidet auch jede sachliche Abweisung über das Eigentum. Demgegenüber stellt das Erkenntnis, das den Eigentumsherausgabeanspruch ablehnt, nur dann das Nichtbestehen des Eigentums außer Streit, wenn hierin der Grund für die Abweisung liegt. Dagegen enthält die Abweisung keine rechtskraftfähige Aussage über das Eigentum, wenn sie ihren Grund darin hat, daß

2) il rapporto fra la domanda di adempimento della prestazione di un contratto sinallagmatico e quella sulla controprestazione (definito di *Ausgleichszusammenhang*)¹¹¹. Richiamata l'importanza a livello sostanziale del legame fra le controprestazioni e affermata l'infrangibilità, a livello processuale, di questo legame¹¹², l'Autore afferma che se la domanda su una prestazione è accolta con sentenza passata in giudicato, poi, non può essere respinta in un secondo processo la domanda sulla controprestazione con l'argomento che il contratto alla base è invalido. Al contempo, se la domanda su di una prestazione è respinta con sentenza passata in giudicato per assenza di un contratto valido, poi, il giudice successivamente investito della domanda sulla controprestazione non può accoglierla sostenendo che il contratto è valido¹¹³.

Della ricostruzione di Zeuner è importante evidenziare alcuni aspetti.

der Beklagte nicht im Besitz der Sache ist oder daß ihm ein Recht zum Besitz im Sinne des § 986 BGB zusteht.»

¹¹¹ Cfr. A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 75 ss.

¹¹² Letteralmente A. ZEUNER, *op. ult. cit.*, 75: «Für die Rechtskraft aber ergibt sich damit wieder die Notwendigkeit, ihre Abgrenzung so zu bemessen, daß dieser Zusammenhang auch durch getrennte Prozesse über Anspruch und Gegenanspruch nicht zerrissen werden kann».

¹¹³ È interessante notare come A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 76 ss. scarti soluzioni che risolvono questo problema senza coinvolgere il giudicato ed i suoi effetti. In particolare non trova accettabile la tesi – che l'Autore riferisce essere stata sostenuta, ma poi abbandonata, da H. Reichel – secondo cui il convenuto del primo giudizio potrebbe proporre domanda di ripetizione dell'indebito ex § 812 BGB, per recuperare la prestazione eseguita in ottemperanza al giudicato, una volta che la seconda sentenza abbia escluso la controprestazione. Al di là delle difficoltà dogmatiche di accogliere questa soluzione, è evidente come essa sia fonte di un grosso spreco di risorse processuali. Non fornisce poi soluzione al problema neppure la clausola generale di buona fede di cui al § 242 BGB, diversamente da quanto proposto – così riferisce l'Autore – da G. Kleinfeller. A parte il fatto che in questo modo non si va al cuore del problema (che è quello della portata del giudicato), in ogni caso non può sempre affermarsi che le parti nel secondo processo abbiano effettivamente violato il canone della buona fede: se per esempio in tale secondo giudizio una parte del contratto sinallagmatico chiede il pagamento della controprestazione pecuniaria e il convenuto si difende eccependo semplicemente la compensazione, ma poi il giudice rileva d'ufficio una causa di nullità del contratto, non può essere additato il convenuto del secondo processo di essere in mala fede; eppure il problema della disarticolazione dei nessi sostanziali persiste (pag. 115). In una prospettiva comparata, è interessante accennare al fatto che la giurisprudenza e la dottrina giapponesi hanno percorso invece con convinzione la via della valorizzazione della clausola di buona fede. In particolare la Corte suprema nipponica ne ha fatto applicazione in un caso in cui veniva in rilievo proprio un contratto a prestazioni corrispettive; la dottrina, nell'ottica di favorire la prevedibilità delle soluzioni, si è sforzata di classificare le ipotesi in cui il canone della buona fede impedisce la proposizione di azioni confliggenti. L'obiezione sollevata da Zeuner e riferita poco sopra in questa nota non potrebbe attecchire nel sistema giapponese, che è informato in maniera molto decisa al principio dispositivo in senso processuale: quell'ordinamento non conosce la distinzione fra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato e dunque anche un'eccezione come quella di nullità potrebbe essere rilevata dal giudice solo se spesa dal convenuto (le informazioni sull'ordinamento giapponese sono state ottenute da G. Okanari, professore associato dell'Università metropolitana di Osaka).

Innanzitutto pare potersi affermare, nonostante l'Autore non si esprima esplicitamente in tal senso, che l'applicazione della *Begründungstheorie* consta di due momenti, sebbene logicamente e cronologicamente inscindibili: il primo in cui si individuano i motivi portanti (*tragend*) di un giudicato, il secondo in cui si stabilisce, se tali motivi producono un effetto vincolante sulla situazione giuridica oggetto di un successivo giudizio, in ragione del forte nesso che lega i rapporti giuridici fatti valere nei due processi¹¹⁴.

In secondo luogo si osserva come in numerosi passaggi della monografia si metta in evidenza la differenza fra la *Begründungstheorie* e il giudicato ad ogni effetto su di un elemento della motivazione. L'effetto vincolante rispetto ai motivi di una precedente decisione non è fine a sé stesso, ma è solo un mezzo per dare piena attuazione all'accertamento che il giudice ha compiuto in merito alla situazione giuridica fatta valere¹¹⁵.

¹¹⁴ In chiusura, A. ZEUNER, *op. ult. cit.*, 172 ss., ribadisce che le conclusioni cui è giunto non devono variare in ragione del fatto che l'oggetto del secondo processo sia identico o diverso. In ogni caso lo scopo deve essere quello di preservare l'accertamento passato in giudicato.

¹¹⁵ La precisazione è dello stesso A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 173, di cui si riporta il passo in originale: «Die in diesem Sinne eintretende Bindung hinsichtlich der Vorentscheidungsgründe ist also - wie nochmals betont sei - nicht Selbstzweck, sondern nur in Mittel, um den vollen Gehalt dessen zur Anerkennung zu bringen, was das Gericht über die geltend gemachte Rechtsfolge festgestellt hat. Hierdurch unterscheidet sich die dargelegte Auffassung prinzipiell von allen Ansichten, die den Urteilsgründen eine eigenständige Rechtskraftwirkung beimessen, wie dies etwa die Lehre v. Savignys oder auch die in den Vereinigten Staaten geltende Doktrin tut (...).» Diversi sono gli esempi, sparsi nell'opera in cui l'Autore dà prova di tale diversità fra le due teorie: 1) se il locatore ottiene una condanna passata in giudicato al pagamento del canone per un trimestre, al conduttore, secondo la teoria del vincolo al motivo portante della decisione, deve essere assicurato, dal processo, il godimento del bene per quel trimestre, tuttavia la prima sentenza passata in giudicato non impedisce che il suo diritto al godimento per un periodo successivo sia escluso da un'altra pronuncia. Qui infatti non vi è più un nesso sostanziale che giustifica l'effetto conformativo prodotto dal motivo portante del primo giudicato (pag. 88 ss.); 2) se l'attore propone una domanda parziale di pagamento di un credito (in Germania pacificamente ammessa: c.d. *Teilklage*) sulla base di un contratto ed il giudice respinge l'eccezione del convenuto di annullamento per errore, il giudicato di condanna dell'attore contiene come motivo portante la negazione del diritto di annullamento solo per quanto riguarda la parte del credito azionata e accertata. Pertanto, l'autorità di cosa giudicata non esclude che la successiva domanda per il residuo sia respinta sulla base del motivo di annullamento che è stato negato dal giudice del primo processo. Lo stesso vale a parti invertite anche se l'eccezione del convenuto rispetto ad una domanda parziale viene accolta. Il motivo di ciò è che non c'è un nesso teleologico (*teleologischer Sinzusammenhang*) fra le due situazioni giuridiche; 3) a proposito dell'azione di correzione del registro fondiario (*Grundbuch*, il nostro registro immobiliare) di cui al § 894 BGB, il *Reichsgericht* aveva stabilito che con la domanda in questione viene fatto oggetto dell'azione anche il diritto di proprietà dell'attore che è pregiudiziale alla richiesta stessa e che dunque è suscettibile di passare in giudicato per poi spiegare effetti in successivi procedimenti in cui rileva. L'Autore non condivide la conclusione della Corte perché afferma che non può esservi un generalizzato effetto di giudicato sul diritto di proprietà. Nel caso di sentenza di rigetto, infatti, il giudice potrebbe aver respinto la domanda perché il convenuto è non possessore (così come ciò potrebbe avvenire in ipotesi di

È subito il caso di precisare che la teoria di Zeuner non ha avuto particolare successo in Germania. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ne hanno preso le distanze, tacciandola da una parte di risultare incerta (*unsicher*) nell'applicazione e dall'altra di porsi in contrasto con la lettera del § 322, comma 1, ZPO e con la sua *ratio* ispiratrice, che – come già accennato – è quella di evitare che le parti debbano sopportare conseguenze che non avrebbero potuto prevedere quando si sono difese nel processo¹¹⁶. Il modo corretto di estendere l'efficacia vincolante dell'accertamento alle questioni pregiudiziali sarebbe solo quello di proporre la domanda di accertamento incidentale (*Zwischenfeststellungsklage*) di cui al § 256, comma 2, ZPO. La dottrina tedesca vede in questo strumento, e in questo soltanto, in quanto espressione del principio di autonomia privata, il mezzo per superare gli angusti limiti del giudicato¹¹⁷⁻¹¹⁸.

domanda di rivendica ex § 985 ZPO) (pag. 137 s.; cfr. in particolare A. ZEUNER, *op. ult. cit.*, 137: «Damit aber wird auch von dieser Seite her deutlich, daß die These des Reichsgerichtes fehlgeht, mit dem auf Eigentumseintragung abzielenden Berichtigungsanspruch werde nicht nur in aus dem Eigentum abgeleiteter Anspruch, sondern das Eigentum selbst zum Gegenstand der Klage gemacht. Denn träfe dieser Satz zu, so müßte jedes denkbare Sachurteil, das über einen derartigen Berichtigungsanspruch ergeht, auch mit Rechtskraftwirkungen über das Eigentum entscheiden. Da dies aber gerade nicht der Fall ist, tritt hier als Ergebnis der Reichsgerichtsrechtsprechung unverkennbar zutage, daß es eben doch von den Urteilsgründen und nicht schon vom Inhalt der Klagerhebung bestimmt wird, ob das Erkenntnis über den Berichtigungsanspruch auch über das zugrunde liegende Eigentum mit Rechtskraftwirkungen entscheidet»).

¹¹⁶ Per la considerazione per cui la tesi di Zeuner non ha avuto seguito in Germania e per le ragioni di tale rifiuto v., da ultimo, C. ALTHAMMER, *Materielle Rechtskraft*, cit., 893 ss.; P. GOTTWALD, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., Rn. 56 ss.; H.J. MUSIELAK, *sub § 322, Materielle rechtskraft*, cit., Rn. 27; H.F. GAUL, *Die heutige Rechtskraftlehre*, cit., 214 ss.; in italiano v. S. DALLA BONTÀ, *Una «benefica inquietudine»*, cit., 900 ss., la quale invece ha svolto un'interessante indagine volta a dimostrare il successo della *Begründungstheorie* in diversi ordinamenti processuali. Critico rispetto alla ricostruzione di Dalla Bontà è però H.F. GAUL, *op. cit.*, 215 ss. Prestano invece espressa adesione alla tesi di Zeuner W. GRUNSKY, *Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer*, in *ZZP*, 1963 (76), 165 ss.; P. DIETRICH, *Zur materielle Rechtskraft eines klagabweisenden Urteils*, in *ZZP*, 1970 (83), 2, 201 ss., il quale osserva che numerosi autori della dottrina precedente sostengono un'opinione simile sebbene non *apertis verbis*.

¹¹⁷ Cfr. gli Autori citati alla nota precedente, cui *adde* H. ROTH, *Materielle Rechtskraft*, cit., 11 ss., spec. 12 s., 14, 18, 21, 27; e A. PIEKENBROCK, *Die Bedeutung der Urteilsgründe*, cit., 421.

¹¹⁸ Quando la dottrina si interroga su che cosa debba intendersi per rapporto giuridico (*Rechtsverhältnis*) suscettibile di costituire oggetto di azione di mero accertamento (ai sensi del § 256, comma 1 ZPO per la domanda di accertamento proposta in via principale e del § 256, comma 2 ZPO per quella in via incidentale), definisce il concetto in maniera molto ampia, comprendendo anche le singole questioni preliminari (*Vorfragen*) e cioè i fatti costitutivi o i.m.e. come la colpa, la condotta illecita, l'inadempimento, la natura viziata di un bene compravenduto. Cfr. anche per tali esempi H. ROTH, *sub § 256, Feststellungsklage*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²³, Tubinga 2018, III, 876 ss., spec. 884. L'Autore riferisce che l'opinione prevalente in giurisprudenza (è da notare che usa l'espressione «herrschenden Lehre» che viene impiegata quando la dottrina non concorda con l'opinione della giurisprudenza) ritiene che singoli elementi della fattispecie non possono portare ad un accertamento di conseguenze giuridiche e dunque non possono essere oggetto di domanda di accertamento. L'Autore dissente però, come si

Numerosi studiosi italiani, diversamente, hanno sposato con convinzione la *Begründungstheorie*, probabilmente anche facilitati dal fatto che l'art. 2909 c.c. non si esprime in termini così restrittivi come il § 322, comma 1, ZPO, né ha la medesima genesi storica.

Consolo, ad esempio, vi aderisce e ne elogia il carattere equilibrato e l'approccio induttivo che permettono una migliore «aderenza alle variegate strutture funzionali tracciate dal diritto sostanziale»¹¹⁹, anche se, al contempo, ne mette in luce gli aspetti critici ed in particolare «la difficoltà di condensare le sue tesi, eminentemente casistiche, in regole generali che assicurino facilità e soprattutto prevedibilità di applicazioni alla giurisprudenza pratica»¹²⁰.

Merlin, poi, prende le mosse dalla teoria di Zeuner per sviluppare il concetto dell'efficacia preclusiva di tipo positivo. Tale efficacia non deriverebbe da una dichiarazione di esistenza o inesistenza del rapporto giuridico fondamentale. Infatti una simile dichiarazione, da una parte, non esiste in quanto nella sentenza il giudice non svolge «un'attività strutturalmente qualificabile come di accertamento e funzionalmente diretta a scopo di "certezza"»¹²¹ e, dall'altra, non è necessaria posto che è la preclusione derivante dal giudicato che assicura la piena attuazione della regola di condotta dettata dal giudice ed evita che siano esperite vittoriosamente azioni incompatibili¹²².

Anche Recchioni presta adesione alla tesi di Zeuner, della quale apprezza la natura casistica, sebbene circoscriva l'indagine alla sola fattispecie dei contratti a prestazioni sinallagmatiche¹²³.

diceva, da questa impostazione: ritiene impossibile tracciare una distinzione chiara fra conseguenze giuridiche derivanti da singoli elementi della fattispecie e conseguenze giuridiche derivanti da fattispecie giuridiche complete. In effetti l'opinione di Roth è condivisibile se si parte dalla ristretta concezione dell'oggetto del processo tedesca, che varia in ragione dei fatti allegati. Alla critica secondo cui, in questo modo, si rischierebbe di moltiplicare i procedimenti sullo stesso caso, l'Autore ribatte invocando il limite dato dalla necessaria verifica della sussistenza di un interesse giuridico all'azione (*rechtliche Interesse*). In questo senso nella dottrina italiana v. M. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.*, cit., 137 ss.

¹¹⁹ C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 229.

¹²⁰ Così C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 228, nt. 19; ma v. anche 227, nt. 18; dello stesso Autore v., prima, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 510 s..

¹²¹ Così si esprime E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 138.

¹²² V. anche quanto accennato *supra*, par. 6 testo e nt. 74 e quanto si dirà *infra*, par. 11.

¹²³ Cfr. S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale*, cit., 212 ss.

Un maggiore approfondimento merita la posizione assunta da Menchini, in stretta connessione con la teorica di Motto¹²⁴, in tempi più recenti¹²⁵. L'Autore pare aver aderito in maniera più piena alla teoria di Zeuner laddove esclude che un giudicato ad ogni effetto si formi sul motivo della decisione. In particolare afferma che debbano essere valorizzati gli effetti attributivi, dimodoché il vincolo derivante dal giudicato dipende dal motivo di decisione senza che abbia alcun rilievo il percorso logico-cognitivo che il giudice ha seguito o che avrebbe dovuto seguire. La conseguenza è che non può mai formarsi un giudicato implicito sull'esistenza e validità del rapporto fondamentale¹²⁶.

Menchini, tuttavia, non abbandona il riferimento alla categoria della pregiudizialità c.d. logica, ma ridimensiona di gran lunga le conseguenze giuridiche che ne derivano. In particolare sostiene che, quando viene dedotto in giudizio il singolo effetto di un rapporto giuridico complesso, solo il primo costituisce oggetto del giudizio – che dunque è semplice e non duplice. È invece il vincolo del giudicato che interessa anche il rapporto fondamentale¹²⁷. Siccome però in caso di rigetto è possibile che a seguito dell'applicazione del criterio della ragione più liquida, la questione dell'esistenza e validità del rapporto di cornice rimanga assorbita, se le parti vogliono essere sicure di ottenere una pronuncia suscettibile di giudicato sul punto, devono proporre domanda di accertamento incidentale.

Insomma l'Autore ritiene che gli effetti del giudicato dipendano dal motivo portante della decisione, ma al contempo continua a sostenere che il suo oggetto si estenda al rapporto giuridico che aggrega le situazioni elementari e ciò tanto nel caso in cui sia dedotto il singolo effetto di un contratto a prestazioni corrispettive

¹²⁴ Cfr. A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., in particolare 178 ss., 396 ss., 650 ss.

¹²⁵ Dopo la monografia del 1987, della quale si è riferito *supra*, l'Autore è tornato sul tema a più riprese. Per quanto interessa in questa sede si segnala che anche in S. MENCHINI, voce *Regiudicata*, cit., 437 si trova l'affermazione per cui «la sentenza contiene di regola un accertamento, esplicito o implicito, circa l'esistenza e la validità del rapporto complesso». Per quanto riguarda invece gli scritti successivi, v. *infra*, nel teso e in nota.

¹²⁶ V. in particolare S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 977 che dice «non può essere ammesso il c.d. giudicato implicito, in quanto tale fenomeno, postulando un meccanismo decisionale in cui le varie questioni sono conosciute e risolte nell'ordine che deriva dal diritto sostanziale, è incompatibile con un sistema che è informato al principio della ragione più liquida» e poi continua (pag. 986): «per stabilire quale sia il grado di tutela che la parte riceve dalla decisione, si deve guardare all'efficacia della cosa giudicata: maggiore è l'utilità che il vincitore ritrae dalla sentenza, se di più ampia portata sono gli *effetti attributivi, preclusivi e conformativi* del giudicato»; nello stesso senso v. anche ID. – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 64 s.

¹²⁷ Cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 61.

(o di un diritto assoluto) quanto nel caso in cui venga dedotta la singola obbligazione rateale o periodica-continuativa. Anche in quest'ultimo caso Menchini e Motto pensano che nell'eventuale successivo e autonomo giudizio in cui è dedotta una diversa *tranche* del rapporto «l'effetto giuridico della seconda domanda sia garantito dall'efficacia regolamentare del primo giudicato»¹²⁸. È qui che si coglie il maggior divario dalla tesi del vincolo selettivo al motivo portante. Si è già detto che Zeuner propone proprio l'esempio della locazione per affermare che se il locatore ottiene una condanna passata in giudicato al pagamento del canone per un trimestre, al conduttore deve essere assicurato, dal processo, il godimento del bene per quel trimestre, tuttavia la prima sentenza passata in giudicato non impedisce che il suo diritto al godimento per un periodo successivo sia escluso da un'altra pronuncia¹²⁹. In questo caso, dunque, estendere il vincolo del giudicato al rapporto fondamentale può essere rispondente, semmai, ad esigenze di economia processuale, ma non al principio di strumentalità del processo rispetto al diritto sostanziale, come nel caso delle situazioni giuridiche legate da un nesso indissolubile¹³⁰.

L'ultima considerazione porta ad affermare che per garantire la piena attuazione del diritto sostanziale, è sufficiente il vincolo al motivo portante rispetto a qualsiasi tipo di controversia giudiziale e rispetto – ed è questo il punto interessante – a qualsiasi esito della pronuncia: accoglimento o rigetto. Si consideri il seguente esempio: proposta domanda di adempimento di un contratto e rigettata con sentenza passata in giudicato sulla base della ragione più liquida consistente nel già avvenuto adempimento, se il convenuto del primo processo attiva la controprestazione in un secondo e autonomo giudizio, non può vedersi rigettata la domanda sulla base dell'inesistenza del rapporto fondamentale, questione che pure è rimasta assorbita e dunque esclusa dal vincolo del giudicato secondo la teoria in

¹²⁸ Così S. MENCHINI – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 76. Si noti che anche la Cassazione fa proprio l'esempio della singola rata di un'obbligazione scaturente da un contratto (pag. 5.4.1.).

¹²⁹ Cfr. A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 88.

¹³⁰ È ciò che osserva G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., 356: «La ragione di questa norma sta in ciò, che è presumibile che la contestazione sul titolo si rinnovi quando saranno chieste le rate successive, onde la legge vuole evitare, indipendentemente da una domanda di accertamento incidentale delle parti, che *per economia dei giudizi* la questione sia decisa una volta per tutte» (corsivo aggiunto).

esame. Insomma, le ragioni che spingerebbero ad accogliere la tesi della pregiudizialità logica in caso di sentenza di accoglimento sono le stesse che spingerebbero alla ricomprensione del rapporto fondamentale nell'oggetto del giudicato anche in caso di sentenza di rigetto. Viceversa se si ragiona in termini di effetto attributivo scaturente dal motivo della decisione, ciò basta ad assicurare il rispetto dei nessi sostanziali.

Con questo non si vuole affermare la scorrettezza o l'inutilità della teoria della pregiudizialità logica, ma solo evidenziare che tale tesi, nella forma pura in cui si serve del giudicato – se del caso implicito – ad ogni effetto sul rapporto di cornice, non è indispensabile per lo scopo di assicurare il principio di strumentalità del processo al diritto sostanziale¹³¹. Semmai l'ampliamento dell'oggetto del processo (o del solo giudicato) è giustificato dalla necessità di inquadrare giuridicamente l'effetto: il giudice, cioè, non si limita ad accertare l'obbligo di pagare 100, ma qualifica tale obbligo come corrispettivo della compravendita¹³².

È comunque evidente che, così circoscritto, il ruolo della teoria della pregiudizialità logica ne esce ridimensionato rispetto alla prima versione proposta da Menchini. Costui, allora, ragionava in termini di estensione del giudicato – se del caso implicito – e dava dunque rilevanza centrale al percorso logico-cognitivo

¹³¹ Come è dimostrato dalle stesse parole di S. MENCHINI – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., che, dopo aver affermato che «la stretta interdipendenza che ricorre tra le pretese che compongono il apporto obbligatorio complesso impone l'armonizzazione delle decisioni, che può essere ottenuta soltanto se il vincolo del giudicato colpisce (anche) l'accertamento del rapporto» (pag. 61) sostengono che «l'effetto del giudicato è collegato non all'attività dichiarativa del giudice, ma al precetto di diritto sostanziale che questo ha stabilito, il quale dipende dal contenuto dell'accertamento e dal motivo che lo giustifica» (pag. 68).

¹³² Per l'idea che l'oggetto della decisione che passa in giudicato non è semplicemente l'oggetto della domanda ma è l'oggetto della domanda qualificato giuridicamente dal giudice cfr. S. MENCHINI – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 60, 63 s., che però, continuano a legare tale caratteristica alla necessità di estendere il giudicato all'accertamento del rapporto complesso; ma soprattutto v. A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 154 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 499 ss. L'idea deriva dalla ricostruzione di A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 41 s.: «Dabei muß man sich jedoch über folgendes im klaren sein: Es handelt sich hier nicht etwa darum, daß die Vorfagenentscheidungen, auf die sich das Hauptkenntnis über den Klagantrag gründet, im Sinne der Lehren v. Savignys für sich allein mit bindender Kraft ausgestattet würden, so daß sie in jedem beliebigen künftigen Prozeß zu respektieren wären, in dem dieselben Fragen wieder akut werden. Worum es geht, ist vielmehr nur dieses: Die Gründe des Urteils beeinflussen die Tragweite der in Rechtskraft erwachsenden Entscheidung über die geltend gemachte Rechtsfolge; sie dürfen daher in einem späteren Verfahren nur insoweit nicht mehr in Frage gestellt werden, als andernfalls dieser von ihnen beeinflusste Inhalt der rechtskräftigen Entscheidung angetastet würde». Di contrario avviso, nella dottrina tedesca, H. ROTH, *Materielle Rechtskraft*, cit., 3 ss., spec. 10 s.; H.F. GAUL, *Die heutige Rechtskraftlehre*, cit., 211 ss., spec. 228 ss.

che il giudice aveva seguito o avrebbe dovuto seguire nel giungere alla decisione, mentre di recente ha valorizzato al massimo il ruolo del motivo portante della decisione, affermando che occorre addirittura prescindere dalla soluzione di altre questioni che, sebbene esplicitamente rese, non rispondono a tale funzione. È emblematica la seguente affermazione: «non sono interessate dall'efficacia del giudicato le difese, le allegazioni e le eccezioni, che, pur essendo state espressamente conosciute e accertate dal giudice, lo sono state soltanto in via di *obiter*, non rappresentando esse il motivo che giustifica la decisione; l'efficacia di cosa giudicata è collegata non al momento logico-cognitivo della sentenza, ma all'aspetto imperativo di attribuzione al vincitore del bene della vita»¹³³.

9. (Segue) Confronto fra le due teorie in una prospettiva evolutiva. Conseguenze sull'impostazione del problema del giudicato fondato su uno fra i più potenziali motivi di decisione

Sono già in parte emersi i punti di forza ed i punti deboli di entrambe le teorie richiamate, ma è il momento di riassumerli per coglierne gli aspetti più utili ai fini di questo studio.

Cominciando dalla teoria della pregiudizialità logica, occorre innanzitutto notare che essa ha il vantaggio di risultare di facile applicazione. Il dato giurisprudenziale dimostra che l'individuazione dell'antecedente logico necessario è operazione tutto sommato non complessa e la formazione di un giudicato ad ogni effetto su tale situazione giuridica pregiudiziale è un fenomeno conosciuto e di facile gestione da parte dell'operatore.

Inoltre, nella sua forma pura, questa teoria istituisce una corrispondenza quasi perfetta fra oggetto del giudizio e oggetto del giudicato, entrambi disegnati in materia ampia. È qui solo il caso di ricordare che una concezione dell'oggetto del processo più estesa risponde alle recenti linee di tendenza non solo italiane. Si è rammentato che l'oggetto del giudizio rileva per istituti ulteriori rispetto al

¹³³ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 991 s. L'osservazione è presente anche in ID - A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 68. Per ulteriori approfondimenti sulla questione v. *infra*, par. successivo, anche per ulteriori riferimenti di dottrina italiana e tedesca.

giudicato e in particolare la litispendenza, il cumulo di cause e la modifica della domanda; l'oggetto inteso in maniera ampia risponde al principio di concentrazione processuale, orientato quest'ultimo ora dall'esigenza di economia processuale, ora dall'esigenza di evitare giudizi contrastanti. In Italia, dove non vi è stato uno sviluppo del concetto relativo di oggetto della lite (*relativer Streitgegenstandsbegriff*) come in Germania, permane dunque la propensione a considerare che ad un allargamento dell'oggetto del processo corrisponda tendenzialmente un allargamento dell'oggetto del giudicato.

Sul piano dei difetti, la teoria della pregiudizialità logica, oltre a servirsi della malaccetta finzione dell'accertamento implicito, può essere additata di impiegare un giudicato, che esplicando l'efficacia ad ogni effetto che gli è propria (art. 2909 c.c.), risulta troppo ingombrante.

Ancora, la teoria della pregiudizialità logica, nella versione più «evoluta» fatta propria dalle sezioni unite della Cassazione del 2014, ossia quella per cui il giudicato sul rapporto giuridico fondamentale non si forma tutte le volte in cui la relativa questione è rimasta assorbita per effetto dell'applicazione del primato della ragione più liquida, da un lato, dà luogo ad una conseguenza del tutto *sui generis* e cioè che l'oggetto del processo – *rectius* una sua parte – può eccezionalmente rimanere assorbito¹³⁴ e, dall'altro, non sempre si rivela utile agli scopi che si prefigge di raggiungere e cioè evitare la disarticolazione della realtà sostanziale¹³⁵.

La teoria del vincolo selettivo al motivo portante, da parte sua, ha il grosso pregio, dato l'approccio casistico che la caratterizza, di essere duttile, di evitare di far ricorso all'ingombrante giudicato di cui si è detto e di attuare in maniera più piena il principio di strumentalità del processo al diritto sostanziale.

Come contropartita – occorre notare – si tratta di una teoria di non semplice applicazione. La selezione dei nessi sostanziali indissolubili è operazione

¹³⁴ V., a questo riguardo, le osservazioni di S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale*, cit., 201, nt. 202.

¹³⁵ Di nuovo si consideri l'esempio illustrato *supra* (par. precedente) della domanda di adempimento di un contratto rigettata con sentenza passata in giudicato sulla base del già avvenuto adempimento; l'esistenza del rapporto fondamentale è rimasta assorbita e dunque non si è formato giudicato implicito sul punto, eppure se il convenuto del primo processo chiede in un secondo e autonomo giudizio la controprestazione e il giudice la rigetta perché ritiene inesistente il rapporto fondamentale, si crea un inaccettabile scardinamento della realtà sostanziale.

complessa e comunque caratterizzata da un certo margine di discrezionalità¹³⁶. Forse è per questo che la teoria è rimasta pressoché inapplicata in giurisprudenza¹³⁷.

Nonostante vengano spesso presentate in netta contrapposizione, la due ricostruzioni hanno in realtà dei punti di convergenza, come dimostra anche il fatto che vanno incontro ad una stessa obiezione, che mentre in Italia ha perso negli ultimi anni il suo mordente, in Germania continua ad essere tutt'oggi ampiamente condivisa: con un «giudicato esteso ai motivi» le parti potrebbero subire conseguenze che non avrebbero potuto prevedere quando si erano difese nel relativo processo¹³⁸. Questo profilo, tuttavia, non merita probabilmente di essere eccessivamente stigmatizzato: non è infatti così imprevedibile un secondo giudizio su un diritto strettamente legato a quello oggetto del giudicato. In ogni caso si tratta di un «male» necessario per chi accolga, com'è indiscutibile, il principio di strumentalità del diritto processuale al diritto sostanziale.

Va poi ricordato che le due teorie nascono per rispondere agli stessi problemi e, sul piano pratico, la loro applicazione porta spesso a risultati analoghi.

¹³⁶ Se infatti è molto semplice riconoscere lo stretto legame nelle prestazioni dirimpettaie tipiche di un contratto sinallagmatico, ci sono altri casi (individuati dallo stesso Zeuner) in cui non è indiscutibile che ricorra un nesso altrettanto forte. Ad esempio l'Autore afferma che la sentenza di rivendica di un bene passata in giudicato vincola il successivo giudice adito sulle domande accessorie (domande di risarcimento per mancato utilizzo del bene o domande di restituzione dei frutti) a ritenere esistente la proprietà in capo all'attore (cfr. A. ZEUNER, *Die objektivten Grenzen*, cit., 69 ss.); eppure si potrebbe discutere che fra il diritto di restituzione e il diritto di risarcimento per mancato utilizzo del bene sussista un simile nesso.

¹³⁷ È la giustificazione che si dà lo stesso A. ZEUNER, *Beobachtungen und Gedanken zur Behandlung von Fragen der Rechtskraft in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft*, vol. 3, *Zivilprozess, Insolvenz, öffentliches Recht a cura di K. Schmidt*, Monaco 2000, 357.

¹³⁸ In Italia, per tale argomento v. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., 1156 s. secondo cui «dal punto di vista pratico deve osservarsi che l'estendere la cosa giudicata a tutte le questioni decise potrebbe avere qualche vantaggio perché eviterebbe qualche futuro processo e decisioni contraddittorie. Ma sarebbero di gran lunga più gravi gli inconvenienti di una simile estensione. Le parti, nel proporre un'azione o nel difendersi, non avrebbero più alcuna certezza intorno ai confini e alla portata della lite; e sarebbero costrette ad apparecchiare uno sforzo d'attacco e di difesa affatto sproporzionato al loro intento» e, recentemente, M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, cit., 57 ss., il quale ripudia su questa base tanto la teoria della pregiudizialità logica quanto la *Begründungstheorie*. L'Autore afferma che anche tale teoria si servirebbe di un qualcosa di molto simile all'accertamento da giudicato implicito poiché «viene comunque a correlare una *vis expansiva* della precedente sentenza a questioni anche non dibattute» (pag. 62); in Germania v. gli autori citati *supra* alla nt. 116, cui *adde*, K. PETERS, *Zur Rechtskraftlehre Zeuners*, in *ZZP*, 1963 (76), 236, che afferma che la *Begründungstheorie* produce gli effetti della domanda di accertamento incidentale pur in assenza di una sua espressa proposizione.

Lo stesso vale per W. GRUNSKY, *Die Rechtskraft von Entscheidungsgründen*, cit., 174 ss. per cui affermare che la decisione passata in giudicato ha un'efficacia diversa a seconda del motivo equivale a postulare un giudicato sui motivi; giudicato che però l'Autore ammette quando la seconda azione è sulla stessa pretesa.

Alla luce del raffronto compiuto, è opportuno ricavare gli elementi utili ai fini del presente studio.

In primo luogo occorre tener presente che la *Begründungstheorie* ha una portata applicativa più ampia di quella della pregiudizialità logica e dunque, fuori dal settore di sovrapposizione, non si pone quale alternativa a quest'ultima. Infatti, mentre la pregiudizialità logica mostra la propria utilità principalmente nel caso in cui un precedente giudicato rileva in un secondo giudizio avente ad oggetto un diverso effetto giuridico dipendente dal medesimo comune rapporto di cornice, viceversa la teoria del motivo viene in gioco¹³⁹ quale che sia l'oggetto del secondo giudizio e cioè sia esso rappresentato dalla medesima situazione giuridica, da una situazione giuridica dipendente, interdipendente o concorrente. Nei primi tre casi, dunque, si deve guardare necessariamente alla *Begründungstheorie*. Prima ancora, la teoria del motivo contribuisce a delineare in maniera precisa la regola di condotta cui le parti devono conformarsi nella dinamica dei loro rapporti.

La seconda conclusione che si trae rileva in particolare con riferimento al giudicato di accertamento negativo¹⁴⁰ – di cui ci si occupa prevalentemente in questo lavoro – che è proprio il profilo che ha spinto gli studiosi a interrogarsi sull'efficacia del giudicato in ragione dei motivi di decisione. La conclusione è la seguente: il vincolo derivante dal giudicato varia a seconda del motivo che regge la decisione; di conseguenza non è importante l'*iter* logico-cognitivo seguito dal giudice, ma il comando che si ricava dalla ragione da cui dipende la statuizione del giudice.

Al riguardo bisogna osservare come in concreto può manifestarsi la motivazione del provvedimento. Il caso che interessa è quello in cui concorrono più questioni suscettibili di trasformarsi in motivi (di merito) della decisione. Il giudice, nel giustificare la decisione: a) può selezionarne una sola (è il caso più frequente e quello di cui ci si occupa prevalentemente in questo lavoro); b) può utilizzarne più d'una (fino anche a impiegarle tutte); c) può procedere come nei casi sub a) e b),

¹³⁹ Si vedrà in che termini nei successivi capitoli.

¹⁴⁰ Ci sono infatti dei casi (v. *supra*, Cap. 2, par. 7) in cui anche in ipotesi di sentenza di accertamento positivo il giudice può scegliere uno dei più motivi di decisione: così nel caso in cui in giudizio sono stati allegati più fatti costitutivi concorrenti di un diritto autodeterminato.

ma solo una volta superata una ragione che avrebbe condotto ad un diverso esito decisorio (che diviene dunque un *obiter dictum*)¹⁴¹.

Prendiamo il seguente esempio: a seguito della proposizione di una domanda di condanna al pagamento di un credito, il convenuto eccepisce la prescrizione, la nullità del contratto e l'avvenuta cessione del credito da parte dell'attore. Nell'ipotesi sub a) il giudice rigetta la domanda per intervenuta prescrizione; nell'ipotesi sub b) la domanda è respinta vuoi perché il credito attivato è prescritto vuoi perché l'attore non è titolare di quel diritto in quanto lo ha ceduto ad un terzo; nell'ipotesi sub c) si ha una sentenza di rigetto, dove in motivazione si legge che il contratto non è nullo, ma il credito è stato ceduto (o è prescritto).

Nei casi sub a) e b) è evidente che quel o quei motivi di decisione sono portanti e pertanto contribuiscono a delineare la regola di condotta stabilita dal giudice¹⁴². Nel caso sub c), invece, nonostante una parte della motivazione sia dedicata all'espressa confutazione di un'eccezione del convenuto, tale motivo non è causale rispetto al dispositivo del provvedimento e non contribuisce a determinare il contenuto precettivo della pronuncia. Perciò, qualora la questione dovesse in qualche modo rilevare in un secondo giudizio, non potrebbe ritenersi che una decisione in senso contrario sulla stessa sia in contrasto con il precedente giudicato e dunque impedita dal vincolo promanante dallo stesso¹⁴³.

¹⁴¹ Su tale fenomeno v. le considerazioni di M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., 313 ss., che esamina le ragioni (giuridiche, ma soprattutto argomentative e persino «politiche») che spingono il giudice a procedere all'esame di più questioni, siano esse *rationes decidendi* ovvero *obiter dicta*.

¹⁴² Non è infatti possibile sostenere che quando la decisione è fondata su più motivi concorrenti, nessuno di questi, da solo, può essere ritenuto portante, con l'argomento per cui la decisione sopravviverebbe con il medesimo contenuto al suo venir meno. Così ragionando si doterebbe di un'efficacia più ristretta quella sentenza fondata su più motivi rispetto a quella basata su uno solo (cfr. in questo senso A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 179 s., nt. 221).

¹⁴³ In questo senso A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 179, 184, nt. 226 dove si dice: «tale rilievo [cioè quello di determinare il vincolo promanante dal giudicato] hanno solo i motivi che fondano l'accertamento, mentre non ha tale rilevanza la risoluzione delle questioni prive di efficacia portante rispetto alla decisione assunta»; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 991 s.: «non sono interessate dall'efficacia del giudicato le difese, le allegazioni e le eccezioni, che, pur essendo state espressamente conosciute e accertate dal giudice, lo sono state soltanto in via di *obiter*, non rappresentando esse il motivo che giustifica la decisione; l'efficacia di cosa giudicata è collegata non al momento logico-cognitivo della sentenza, ma all'aspetto imperativo di attribuzione al vincitore del bene della vita»; S. MENCHINI – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 68; P. DIETRICH, *Zur materielle Rechtskraft*, cit., 212: «Die Frage, inwieweit das Gericht des zweiten Verfahrens an die Feststellungen im ersten Urteil gebunden ist, kann damit beantwortet werden: Die unverändert gebliebenen Tatbestandsmerkmale, die zu den tragenden Gründen der Vorentscheidung gehören, sind nicht überprüfbar; alle für die Begründung nicht unbedingt erforderlichen Feststellungen sind

Non ci si occupa invece del giudicato di accertamento positivo, con riferimento al quale tuttavia, la dottrina ritiene, sebbene sulla base di percorsi argomentativi differenti, che «la decisione di accoglimento ha una portata pratica-precettiva fissa e costante» e non variabile in ragione del motivo¹⁴⁴.

A questo punto dovrebbe essere più chiaro il perché dell'affermazione, posta in apertura di questa digressione, per cui l'efficacia del giudicato (specie di accertamento negativo) varia in ragione del motivo portante della decisione¹⁴⁵. Per comprendere i motivi per cui il relativo giudicato è dotato di un'efficacia preclusiva e precettivo-conformativa variabile la cosa migliore è porre l'accertamento monomotivato in rapporto con un secondo giudizio e osservare che tipo di efficacia è in grado di volta in volta di esplicare su quest'ultimo. È ciò che si tenterà di fare nei successivi paragrafi. Tuttavia, poiché la portata oggettiva del vincolo sul piano processuale è solo lo specchio della sua efficacia a livello sostanziale (come regola di condotta per le parti), si farà riferimento in alcuni casi direttamente a

dagegen unbeachtlich»; H.J. KION, *Eventualverhältnisse*, cit., 116 s. In senso contrario, W. GRUNSKY, *Rechtskraft von Entscheidungsgründen*, cit., 169 s., che invoca a giustificazione della propria opinione il principio di parità delle armi: «Dieses Ergebnis folgt notwendig aus dem Prinzip der Waffengleichheit. Es geht nicht an, zwar dem *Beklagten* die Berufung auf die ihm günstigen Urteilelemente zu ermöglichen, dem *Kläger* dagegen diese Möglichkeit zu versagen» (pag. 170); C. ALTHAMMER, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., 910 s. il quale similmente sostiene che se i motivi della sentenza passata in giudicato devono essere considerati a sfavore di una parte, lo stesso deve valere anche per l'altra parte e riporta il seguente esempio, simile a quello già riferito da Grunsky: se con sentenza passata in giudicato è stabilito che un contratto è stato validamente concluso, ma il credito da esso derivante non era ancora esigibile, la valida conclusione del contratto non può più essere negata nella nuova domanda sullo stesso credito proposta una volta che è scaduto il termine iniziale. Si noti che la dottrina tedesca osserva il fenomeno solo sotto il profilo della riproposizione della domanda quando intervengano fatti nuovi (su cui v. *infra*, par. successivo), ma il problema alla base resta lo stesso.

¹⁴⁴ Così, A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 652; similmente anche A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 405 s.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 503 ss.). La portata del giudicato di accertamento positivo in ragione dei motivi pone tuttavia l'ulteriore problema – di cui non ci si occupa – della rilevanza dei fatti che pur essendo alla base della statuizione di esistenza del diritto (si è notato più volte che tutti i fatti costitutivi devono essere ritenuti esistenti e tutti i fatti i.m.e. inesistenti dal giudice), tuttavia non figurano come espresso motivo di decisione; problema che non si pone con riferimento al giudicato di accertamento negativo dove invece, come si è detto, rileva proprio quello fra i più fatti che è stato selezionato per giustificare la decisione.

¹⁴⁵ Si tenga peraltro presente che questa considerazione vale anche per certi casi in cui il giudice ha operato la selezione del motivo per decidere non l'intera causa ma un segmento di essa (per il fenomeno dell'applicazione del criterio della ragione più liquida ai fini della soluzione di un passaggio interno della motivazione e non dell'intero dispositivo v. *supra*, Cap. 2, par. 7, 8, 11). Un esempio è quello della decisione che accoglie la domanda relativa a un diritto autodeterminato sulla base di uno solo dei fatti costitutivi concorrenti allegati. In questo caso infatti il motivo selezionato fra i più regge solamente la decisione relativa alla fattispecie costitutiva e non alla restante fattispecie i.m.e., eppure determina – secondo la dottrina maggioritaria – conseguenze rilevanti sull'eventuale diritto dipendente (v. al riguardo *infra*, par. 11).

quest'ultima, specie dove è meno plausibile o frequente l'apertura di un secondo giudizio.

10. Efficacia del giudicato (di accertamento negativo) fondato su di un solo motivo rispetto alla stessa fattispecie arricchita del fatto giuridico sulla cui base il diritto era stato dichiarato inesistente

Il primo caso che si prende in considerazione è quello che tradizionalmente viene affrontato dalla dottrina come il problema della riproposizione della domanda rigettata, al sopraggiungere di un fatto nuovo. I primi e più rilevanti contributi al riguardo provengono dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche, che lo hanno analizzato come il principale risvolto pratico delle problematiche connesse alla sentenza di rigetto e ai limiti cronologici del giudicato.

In premessa occorre considerare la distinzione tra «elementi reversibili» e «irreversibili» della decisione¹⁴⁶. I primi sono quelli che portano ad un rigetto della domanda in quanto solo allo stato infondata (*derzeit* o *zur Zeit unbegründet*), mentre i secondi sono quelli che conducono ad un rigetto definitivo e cioè insuscettibile di essere superato in futuro.

Come esempi degli elementi del primo tipo, tipicamente, si fa riferimento alla mancata scadenza del termine iniziale o al mancato avveramento della condizione sospensiva, ma vengono talvolta citati anche la carenza del possesso di un bene rivendicato da parte del convenuto, nell'ambito di una domanda di pagamento degli alimenti, l'assenza dello stato di bisogno dell'attore o l'incapienza del patrimonio del convenuto, nelle azioni in materia negoziale, la mancanza di un elemento di un contratto in via di formazione, la mancata verifica e accettazione dell'opera da parte del committente di un contratto di appalto (art. 1665 c.c.), l'assenza dell'accettazione richiesta ma non ancora rifiutata da parte di un terzo (si pensi al caso dell'art. 1402 c.c.), l'inadempimento altrui (1460 c.c.) e il peggioramento delle condizioni economiche altrui tale da porre in evidente pericolo il conseguimento

¹⁴⁶ La terminologia è di A. PIEKENBROCK, *Die Bedeutung der Urteilsgründe*, cit., 427 che parla appunto di *irreversible* e *reversible Begründungselemente*.

della controprestazione (1461 c.c.), in un'azione risarcitoria, la mancanza del danno – che però resta suscettibile di verificarsi in futuro¹⁴⁷.

Viceversa come esempi del secondo tipo si riferiscono l'assenza di colpa in un'azione risarcitoria, la prescrizione di un credito di cui è chiesto l'adempimento, il perimento di un bene oggetto di un'azione di rivendica, la nullità di un contratto alla base di una domanda di condanna all'esecuzione di una delle prestazioni¹⁴⁸.

Posta questa premessa si può passare alla regola individuata dalla dottrina e applicata anche dalla giurisprudenza (soprattutto in Germania): il secondo giudice, adito per la tutela della stessa situazione giuridica, può discostarsi dalla precedente decisione passata in giudicato quando il fatto sopravvenuto dedotto a giustificazione della riproposizione della domanda coincide con quello sulla cui base il primo giudice aveva motivato la pronuncia di accertamento negativo.

Questa opinione è oggi generalmente accolta ed è anche riferita da Althammer e Gottwald nei principali commentari alla ZPO¹⁴⁹. Così si afferma che se una domanda è stata respinta perché il credito dedotto in giudizio è stato ritenuto non ancora esigibile, la domanda può essere riproposta con l'argomento che il termine è nel frattempo scaduto; se, invece, una richiesta di pagamento del prezzo d'acquisto di un bene è stata respinta a causa della nullità del contratto di compravendita, l'azione non può essere riproposta affermando che la decisione precedente era corretta nel risultato (rigetto dell'azione), ma che in realtà mancava solo l'esigibilità del credito e che quest'ultima è nel frattempo sopraggiunta. E ancora: un'azione di rivendica respinta per mancanza di proprietà in capo all'attore, può essere riproposta sostenendo che l'attore è diventato successivamente proprietario della cosa, ma non deducendo che in realtà il convenuto era privo di possesso e che nel frattempo lo ha ottenuto¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Simili esempi sono riportati da W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz*, cit., 165 s., il quale afferma che contrariamente a quanto si crede la maggior parte dei motivi porta ad un rigetto della domanda in quanto solo attualmente infondata e da A. PIEKENBROCK, *Die Bedeutung der Urteilsgründe*, cit., 427. L'ultimo esempio è invece di J. BLOMEYER, *Rechtskraft und Rechtsmittel*, cit., 591.

¹⁴⁸ Cfr., ancora, W. GRUNSKY e A. PIEKENBROCK, *opp. locc. ultt. citt.* Come si vedrà meglio più avanti in questo paragrafo il confine fra i due tipi di elementi tende a sfumarsi, come già possono lasciare intuire certi esempi riportati nel testo.

¹⁴⁹ Cfr. C. ALTHAMMER, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., 909 nel commentario Stein-Jonas e P. GOTTWALD, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., Rn. 154 nel commentario di Monaco.

¹⁵⁰ Cfr. C. ALTHAMMER, *op. ult. cit.*, 910, il quale riferisce le ipotesi trattate dalla giurisprudenza.

La tesi risale all'opera di Zeuner¹⁵¹, che per primo l'ha sostenuta con enfasi ed in termini espliciti nell'ambito della generale *Begründungstheorie*, tuttavia rilevanti spunti in questo senso erano già presenti nella dottrina precedente¹⁵².

In seguito vi hanno prestato adesione Grunsky¹⁵³, Dietrich¹⁵⁴, Kion¹⁵⁵ e, più di recente, Heiderhoff¹⁵⁶ e Walchshöfer¹⁵⁷.

Non sono mancate in letteratura ricostruzioni alternative, che affermano la necessità di elaborare criteri diversi sulla cui base stabilire quali fatti nuovi consentono la riproposizione dell'azione¹⁵⁸. Tali ricostruzioni, tuttavia, sono state

¹⁵¹ *Die objektiven Grenzen*, cit., 33 ss.

¹⁵² Per i riferimenti dottrinari di cui si parla nel testo si rinvia a P. DIETRICH, *Zur materielle Rechtskraft*, cit., 202

¹⁵³ Cfr. *Rechtskraft von Entscheidungsgründen*, cit., 168 ss. il quale ne ha approfondito i contorni con riferimento alla soccombenza (*rectius Beschwer*) in relazione ai motivi. Secondo l'Autore dal momento che per le parti non è indifferente il motivo di rigetto, è da ammettere un'impugnazione finalizzata a ottenere il rigetto dell'azione per un motivo più preclusivo (per il convenuto) e meno preclusivo (per l'attore). Questo proprio perché il giudice, respinta una prima domanda, in un secondo processo non può esaminare la questione che era stata già decisa nel primo processo se nulla è cambiato al riguardo. A distanza di quasi quarant'anni l'Autore nello scritto *Überlegungen zur Konkurrenz*, cit., 162 ss. riferisce l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che permette al convenuto o all'attore di modificare il motivo di rigetto quando sulla base di un altro potrebbe ottenere maggiori vantaggi, dopodiché afferma che questo orientamento è assolutamente da condividere in quanto: a) il limite dell'impugnazione va ricercato nell'idoneità del giudicato a spiegare determinati effetti e b) è corretta l'opinione di Zeuner per cui una nuova domanda è ammissibile solo nella misura in cui il fatto nuovo interviene sul motivo di rigetto e non su un altro; a ragionare diversamente si avrebbe un giudicato solo sulla carta che non protegge il convenuto dalla reiterazione della domanda.

¹⁵⁴ *Zur materielle Rechtskraft*, cit., 201 ss. che afferma che una stessa pretesa può essere fatta valere dopo il passaggio in giudicato di una sentenza di rigetto fondata su un certo motivo solo se interviene un fatto nuovo su quel motivo e dimostra che si tratta dell'unica soluzione possibile al problema.

¹⁵⁵ *Eventualverhältnisse*, cit., 116, il quale nota che se i motivi di decisione non delimitassero in questo caso la portata del giudicato, a seguito dell'emanazione di una sentenza di rigetto della domanda, quest'ultima potrebbe sempre essere riproposta affermando che è sopraggiunto un qualsiasi fatto nuovo (ad esempio accertata la nullità del contratto su cui si basava la domanda di adempimento della prestazione, l'attore potrebbe riproporre l'azione in quanto il credito è nel frattempo divenuto esigibile, costringendo il giudice a riesaminare la questione della validità del contratto). Si tratterebbe di una conclusione insostenibile per il sistema e contraria alla *ratio* del giudicato, quale istituto teso a preservare la decisione emessa.

¹⁵⁶ *Der entschiedene Lebenssachverhalt*, cit., 192 ss., che ha chiarito che in ipotesi di pronuncia di rigetto è possibile che il giudice lasci una porta aperta quando respinge la domanda in quanto solo attualmente infondata. Ciò può risultare dal dispositivo o anche solo dalla motivazione, ma – secondo l'Autrice – da qualche parte nel provvedimento il giudice è obbligato a esplicitare tale aspetto.

¹⁵⁷ *Die Abweisung einer Klage*, cit., 521 ss.

¹⁵⁸ J. BLOMEYER, *Rechtskraft und Rechtsmittel*, cit., evidenzia la circostanza per cui non sempre è possibile stabilire a priori se un motivo porta ad un rigetto definitivo, in quanto potrebbe cessare di essere tale, solo in un secondo momento (pag. 592) e afferma che tutti i fatti nuovi sono idonei a consentire la riproposizione dell'azione sullo stesso oggetto (pag. 588 ss.). B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen*, cit., propone invece di consentire la riproposizione dell'azione quando i fatti nuovi riguardano punti dubbi della decisione (*bezweifelte Punkten*; pag. 129 ss.) e più avanti

criticate e scartate dalla dottrina successiva e non hanno trovato applicazione nella giurisprudenza, che invece mostra di seguire la teoria del motivo.

Anche la dottrina italiana ha abbracciato il principio elaborato in Germania. Sono in particolare Consolo¹⁵⁹, Luiso¹⁶⁰, Attardi¹⁶¹, Caponi¹⁶² e Menchini (specie negli scritti più recenti)¹⁶³ ad aver affermato la tesi per cui, ai fini del superamento della precedente statuizione, è necessario che il fatto sopravvenuto posto a fondamento della nuova domanda «coincida» con il motivo di accertamento negativo della sentenza passata in giudicato.

Per arricchire il ventaglio dei possibili fatti che possono dar luogo ad una pronuncia di accertamento negativo solo *zur Zeit* è interessante osservare il dato giurisprudenziale tedesco. La casistica è ricca, dal momento che in Germania accade più spesso che in Italia che una medesima vicenda venga riportata dinanzi al giudice al sopraggiungere di fatti nuovi; ciò avviene, probabilmente, grazie al connubio tra una giustizia più veloce ed il più ampio margine di ammissibilità della riproposizione della domanda, dovuto al modo in cui sono disegnati i limiti oggettivi del giudicato. Si considerino i seguenti esempi tratti dai repertori giurisprudenziali.

chiarisce che sono dubbi quelli contestati dal convenuto (pag. 156 ss.). Per penetranti critiche alle due teorie v. P. DIETRICH, *Zur materielle Rechtskraft*, cit., 208 ss.

Un'ulteriore teoria alternativa è quella proposta sempre da B. RIMMELSPACHER, in un altro scritto, *Materiellrechtlicher Anspruch*, cit., 255 ss. e da W. HENCKEL, *Prozeßrecht und materielles Recht*, Gottinga 1970, 152 ss. secondo cui il giudicato dovrebbe cedere anche nell'ipotesi in cui il fatto nuovo, pur irrilevante secondo il concreto motivo (o i motivi) di decisione della prima sentenza, sarebbe comunque rilevante se l'azione fosse stata respinta per altro astratto motivo ipotizzabile secondo i fatti costitutivi o i.m.e. presi in considerazione dalla legge. Anche tale impostazione è andata però incontro alle critiche della dottrina (v. da ultimo P. GOTTWALD, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., Rn. 155) e dalla giurisprudenza (v. di recente BGH, 16 ottobre 2020, V ZR 98/19; questa come le sentenze altre sentenze tedesche citate in questo capitolo sono reperibili sulla banca dati Beck-online, disponibile al sito *beck-online.beck.de*). In BGH, 98/19-2020, cit., si trova espressa a chiare lettere la regola generale: «Ist über einen Streitgegenstand rechtskräftig entschieden worden, ermöglicht eine nachträglich eingetretene Tatsache eine neue abweichende Entscheidung nur dann, wenn sie denjenigen Sachverhalt verändert hat, der in dem früheren Urteil als für die ausgesprochene Rechtsfolge maßgebend angesehen worden ist; bei dieser Beurteilung ist von den Entscheidungsgründen des rechtskräftigen Urteils auszugehen und zu prüfen, ob die neu entstandene Tatsache die dort bejahten oder verneinten Tatbestandsmerkmale beeinflusst.».

¹⁵⁹ *Il cumulo condizionale*, I, cit., 503 ss.

¹⁶⁰ *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ.*, 1985, 560 s.

¹⁶¹ *In tema di limiti oggettivi*, cit., 506 ss.

¹⁶² *L'efficacia del giudicato*, cit., 312 ss.

¹⁶³ *L'ordine di decisione*, cit., 987 ss.

In un caso l'attore appaltatore aveva fatto valere in un primo processo il diritto al pagamento del compenso che non gli era stato corrisposto. Il processo si era chiuso con l'accertamento passato in giudicato della attuale infondatezza della pretesa (*Abweisung eines Zahlungsanspruchs als (noch) nicht fällig erwächst in materielle Rechtskraft*), in quanto l'appaltante non aveva ancora accettato l'opera né poteva accettarla al momento. In un secondo processo veniva di nuovo azionata la medesima pretesa con l'argomento dell'intervenuta esigibilità della prestazione. La Corte affermava che la proposizione di un'azione di questo tipo è in teoria ammissibile perché non in contrasto con il precedente giudicato, ma nel caso di specie il fatto che aveva reso esigibile la prestazione si era verificato nel corso del primo processo (in appello) e dunque lì poteva e doveva essere dedotto. È interessante notare come in quell'occasione l'attore avesse peraltro proposto nel secondo giudizio una qualificazione giuridica alternativa (risarcimento del danno da inadempimento contrattuale) con riferimento alla quale si sarebbe verificato un fatto nuovo successivo al referente temporale del giudicato. Secondo la Corte ciò non cambia le cose: una diversa qualificazione giuridica (peraltro ritenuta errata dal giudice) non impedisce al motivo su cui si fonda l'accertamento passato in giudicato di esplicare i propri effetti preclusivi. In altre parole il motivo nuovo deve intervenire rispetto al fatto che ha condotto all'emanazione del provvedimento; col che sembrerebbe ammettersi che a passare in giudicato è anche la qualificazione giuridica della *Rechtsfolge* dedotta¹⁶⁴.

In un altro caso la Corte suprema federale si è occupata di una fattispecie molto complessa che si cerca di riassumere, in forma semplificata, come segue. La società Alfa e il signor Tizio erano comproprietari per metà ciascuno di alcuni immobili residenziali. Con contratto del 1998, il Comune di Beta concedeva loro un mutuo fondiario, garantito da ipoteca sui beni immobili in comproprietà. Secondo il § 16 n. 2 del contratto, il mutuatario aveva diritto a rinunciare al prestito ma non a cederlo. Nel novembre 1999 era concluso un accordo transattivo, con cui la società trasferiva la proprietà dei beni in comunione a Tizio e la Alfa, a fronte dell'utilizzo esclusivo della somma presa a mutuo, assumeva gli

¹⁶⁴ Cfr. BGH, 28 luglio 2011, VII ZR 180/10; in termini simili, sempre con riferimento ad un contratto d'appalto v. OLG Francoforte a. M., 21 aprile 2017, 29 U 180/16.

obblighi derivanti dal mutuo garantito dall'onere fondiario come unico debitore. Nel marzo 2000, un accordo identico veniva firmato anche dal sindaco del Comune. Successivamente l'amministratore delegato della società proponeva domanda nei confronti del Comune per ottenere la cessione del credito ipotecario. Tale domanda veniva respinta con sentenza passata in giudicato sulla base del fatto che il mutuo non era cedibile ai sensi del § 16 n. 2 del contratto. In un secondo processo sempre l'amministratore di Alfa chiedeva che il Comune di Beta fosse condannato a presentare un'offerta per la cessione dell'intero mutuo fondiario. In primo grado la domanda veniva accolta, mentre in appello veniva sostanzialmente respinta. Nell'ambito del giudizio di revisione il BGH affermava che la sentenza resa all'esito del primo processo si fondava su un elemento di fatto irrilevante nell'ambito del secondo giudizio. Nel caso di specie la ragione del rigetto della prima domanda di cessione del canone fondiario avanzata dall'amministratore delegato della società attrice era che il § 16 n. 2 del contratto di prestito prevedeva solo la possibilità di rinunciare al mutuo fondiario, ma non di cederlo. Il fatto nuovo invocato dall'attore per superare tale pronuncia – il pagamento delle rate del prestito garantito avvenuto nel frattempo – non avrebbe potuto comportare una diversa decisione, poiché non incidente sul motivo di decisione della sentenza passata in giudicato¹⁶⁵.

Ancora, in un ulteriore caso, era sorta una controversia fra il socio accomandante di una società in accomandita per azioni e la società. Lo statuto prevedeva che al momento del recesso il socio avesse diritto alla liquidazione della quota, qualora questa avesse avuto valore positivo, o fosse obbligato al pagamento di un conferimento in uscita, qualora questa avesse avuto valore negativo, secondo il calcolo effettuato dalla società. Lo statuto prevedeva altresì che il socio avesse diritto ad ottenere un ricalcolo della quota di liquidazione da parte di un revisore esterno dallo stesso scelto, ricalcolo effettuato con i metodi e secondo le indicazioni contenute nello statuto stesso. Al momento del recesso al socio uscente veniva

¹⁶⁵ Cfr. BGH, 16 ottobre 2020, V ZR 98/19. Per completezza si riferisce anche che l'ulteriore circostanza – fatta valere dall'attore – che la clausola contenuta nel § 16 n. 2 del contratto di finanziamento è secondo la Corte irrilevante. L'oggetto del giudizio è determinato dall'intero episodio della vita cui si riferisce la domanda di tutela giurisdizionale dell'attore, indipendentemente dal fatto che i singoli fatti siano stati dedotti o meno, ed anche indipendentemente dal fatto che le parti se le parti fossero a conoscenza del vizio e quindi avessero potuto dedurre i fatti.

chiesto il pagamento di una somma in quanto il valore della quota sarebbe risultato negativo. Tuttavia il socio aveva ottenuto da parte di un revisore un ricalcolo del valore della quota di liquidazione, in base al quale quest'ultima sarebbe risultata invece di valore positivo. Il socio accomandante agiva in giudizio per ottenere la condanna della società al pagamento di tale importo. Il giudice dell'appello e lo stesso il BGH ritenevano la domanda da rigettarsi, ma solo in quanto allo stato infondata, poiché il revisore scelto non aveva rispettato le prescrizioni dello statuto nel calcolo della quota e per tale motivo non era venuto a scadere il diritto dell'attore di ottenere la liquidazione della quota¹⁶⁶.

Infine, un ambito del diritto sostanziale di grande interesse per il fenomeno che ci occupa è quello del pagamento del compenso per l'opera eseguita, dove può accadere che l'attore non produca in giudizio, a sostegno della propria pretesa, una fattura finale verificabile (*prüffähig Schlussrechnung*). Ai sensi del § 650g, comma 4, BGB, con riferimento al contratto di costruzione (*Bauvertrag*, un particolare sottotipo di contratto d'opera)¹⁶⁷, la caratteristica della verificabilità è necessaria, allo scopo di rendere edotto il committente del lavoro effettivamente svolto. Per diritto sostanziale, dunque, all'emissione di una fattura finale verificabile è collegata la scadenza del termine per l'adempimento in capo al committente e quindi l'esigibilità del credito. Quando in giudizio viene prodotta una fattura non verificabile, il giudice dichiara l'infondatezza della domanda solo allo stato (*zur Zeit o derzeit*). Data la natura reversibile dell'elemento di decisione è però possibile che l'esecutore dell'opera apra un secondo giudizio in cui avanza la medesima pretesa, stavolta supportata dalla fattura finale verificabile che nel frattempo ha emesso. In questo caso il fatto nuovo allegato incide sul motivo di decisione ed è idoneo a superare il precedente giudicato¹⁶⁸.

¹⁶⁶ BGH, 3 marzo 2020, II ZR 339/18.

¹⁶⁷ Disposizioni analoghe sono contenute nel § 15 HOAI con riferimento ai contratti stipulati con architetti e ingegneri e nel § 14, comma 1, VOB (B) che rappresenta una raccolta di condizioni generali del contratto di costruzione, elaborate dalle associazioni rappresentative delle parti negoziali; condizioni che possono essere inglobate nei singoli contratti.

¹⁶⁸ Simili fattispecie sono state decise, di recente, da OLG Düsseldorf, 13 marzo 2020, 22 U 222/19 e da BGH, 23 gennaio 2014, VII ZB 49/13. In quest'ultimo caso, a seguito di un primo giudizio conclusosi con il rigetto della domanda di pagamento di un compenso per una prestazione d'opera in quanto la fattura finale non era verificabile, veniva proposto un secondo giudizio, in cui però non era prodotta una fattura finale verificabile bensì una perizia di un esperto che attestava la verificabilità della prima fattura. Il BGH affermava che tale azione era preclusa dal precedente

Ciò di cui si è parlato fino ad ora è il caso (più frequente) in cui il giudice ha posto a fondamento della decisione un solo motivo fra i più concorrenti.

Tuttavia, come si è accennato, può accadere anche che vengano offerte più *rationes decidendi*. Qui la declinazione della regola è tutto sommato semplice: può essere superato il precedente giudicato se la domanda riproposta deduce il mutamento di *tutti* gli elementi posti a fondamento del primo giudicato (fatti costitutivi negati o fatti i.m.e. riconosciuti). In questo senso si esprime la dottrina¹⁶⁹ e la giurisprudenza. Quest'ultima ha affrontato il problema sotto il profilo dell'impugnazione, affermando l'inammissibilità del gravame che sollevi censure relative ad una soltanto delle più ragioni poste a fondamento della decisione¹⁷⁰.

giudicato in quanto l'attore non deduceva il sopraggiungere di un nuovo fatto, ma chiedeva, in sostanza, di valutare un fatto già esistente alla luce di nuove considerazioni.

Un'ulteriore interessante pronuncia in materia è quella resa da dall'OLG Düsseldorf nella sentenza 14 giugno 2019, I-22 U 248/18. Il caso era di nuovo quello di una domanda di pagamento del compenso per la prestazione di un'opera professionale sulla base di una fattura. In questo caso, per la precisione, il professionista opponeva il proprio credito di prestazione d'opera in via riconvenzionale dal momento che era stato il cliente ad agire per chiedere la restituzione di quanto indebitamente pagato al prestatore per difetti dell'opera realizzata. In ogni caso il giudice di primo grado rigettava l'eccezione di compensazione (eccezione che dà luogo ad una pronuncia suscettibile di passare in giudicato ai sensi e nei limiti stabiliti dal § 322, comma 2, ZPO) in quanto la fattura finale presentata dal convenuto non era né verificabile né conclusiva/esplicativa/corretta. Questo aspetto veniva censurato dal giudice dell'impugnazione che riteneva che nel diritto sostanziale esistesse un ordine, a cui il diritto processuale dovrebbe sottostare, fra la verificabilità e la conclusività/correttezza della fattura. Sul piano processuale il giudice dovrebbe quindi rigettare la domanda (o come in questo caso l'eccezione) di pagamento del compenso sulla base della non verificabilità della fattura (elemento a cui è collegata l'esigibilità del credito) e non sulla base della sua conclusività/correttezza poiché altrimenti non sarebbe chiaro se il prestatore possa, una volta emessa una fattura non conclusiva, proporre un nuovo giudizio per chiedere il pagamento del proprio credito nel frattempo divenuto esigibile. Si legge in motivazione: «In materiellrechtlicher Hinsicht hat das LG damit den zwingenden Vorrang der Prüffähigkeit vor der Schlüssigkeits-/Erheblichkeits-/Richtigkeitsprüfung einer Schlussrechnung verletzt. Das LG hat insoweit fehlerhaft nicht berücksichtigt, dass die Prüfung von Einwendungen, die die Höhe der Honorarforderung betreffen, bei einer schon nicht prüfaren Rechnung nicht angezeigt bzw. nicht statthaft ist». In realtà l'ordine di esame non sembra derivare dal diritto sostanziale, ma da esigenze di natura processuale, come quella di individuare un elemento di motivazione reversibile che permette la riproposizione dell'azione. Infatti sul piano sostanziale l'affermazione per cui la fattura è conclusiva/corretta solo se è verificabile non è più vera di quella opposta (la fattura è verificabile solo se è conclusiva/corretta) e comunque se anche un ordine logico-cronologico sul piano sostanziale si potesse individuare, come avviene per esempio rispetto ai fatti modificativi ed estintivi di un diritto che sono necessariamente successivi a quelli costitutivi, ciò non determina – per pacifica opinione anche in Germania – un ordine di esame vincolante per il giudice.

¹⁶⁹ Cfr. C. ALTHAMMER, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., 910; P. DIETRICH, *Zur materielle Rechtskraft*, cit., 211 s.; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., 317; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 507.

¹⁷⁰ Si veda, nella giurisprudenza italiana, Cass. 20 giugno 2022, n. 19888, resa all'esito di una controversia dove il cliente di una banca aveva proposto domanda di risoluzione sia di un contratto quadro di compravendita di titoli sia dell'ordine di acquisto a valle, in quanto l'istituto di credito si sarebbe reso inadempiente nell'assolvimento dei propri obblighi informativi; inoltre l'attore aveva chiesto la condanna dell'intermediario alla restituzione della somma impiegata in tale operazione.

Ancora e infine può accadere che il giudice abbia fondato la propria decisione di accertamento negativo su un motivo (o su più motivi) «dello stesso segno», ma in motivazione si sia intrattenuto su di una ragione «di segno contrario» (che se fosse stata portante – ma non lo è – avrebbe condotto ad una diversa soluzione della controversia). Ad esempio, il giudice ha rigettato la domanda di adempimento di un credito derivante da un contratto perché non ancora esigibile, ma in motivazione

La Corte d'appello rigettava le domande sulla base di tre ragioni, tra loro concorrenti: a) risultava prescritto il diritto a chiedere la risoluzione; b) mancava l'elemento soggettivo della colpa in capo alla banca; c) non era stato provato il nesso di causalità fra condotta e danno patito. La Corte Suprema rigettava il ricorso per cassazione proposto dal cliente in quanto quest'ultimo nel formulare la propria impugnazione aveva censurato solo le prime due *rationes decidendi* e non anche l'ultima che era in grado di reggere, da sola, la pronuncia. In generale è ricorrente la massima secondo cui «ove la sentenza impugnata sia sorretta da una pluralità di ragioni, distinte ed autonome, ciascuna delle quali giuridicamente e logicamente sufficiente a giustificare la decisione adottata, l'omessa impugnazione di una di esse rende inammissibile, per difetto di interesse, la censura relativa alle altre, la quale, essendo divenuta definitiva l'autonoma motivazione non impugnata, non potrebbe produrre in nessun caso l'annullamento della sentenza». Si vedano inoltre, *ex multis*, Cass., 3 ottobre 2022, n. 28585; Cass., 22 settembre 2022, n. 27723, Cass., 25 settembre 2019, n. 23937 (in dottrina sul punto v. R. POLI, *I limiti oggettivi*, cit., 189 s., 464 s.). Nella giurisprudenza tedesca si rintraccia la stessa identica massima. Si veda, di recente, BGH, 27 gennaio 2022, V ZB 90/20, in un caso in cui l'attore, titolare del fondo adiacente a quello del convenuto, aveva proposto domanda di inibitoria del passaggio del vicino sul proprio fondo. La domanda era stata rigettata sulla base di due motivi: l'attore era decaduto per rinuncia dal potere di chiedere la cessazione dell'altrui comportamento asseritamente lesivo del suo diritto di proprietà e il diritto di passaggio comunque esisteva sulla base del diritto consuetudinario. La sentenza era stata impugnata soltanto con riferimento a questo secondo elemento e perciò dichiarata inammissibile. Cfr. anche LAG Rheinland-Pflaz, 26 settembre 2017, 8 Sa 134/17, BGH, 18 ottobre 2005, VI ZB 81/04 in *NJW-RR*, 2006, 285 s. La massima in esame era stata in parte circoscritta da due pronunce del BGH: BGH, 28 febbraio 2007, V ZB 154/06 che affermava che se tramite un motivo di censura viene implicitamente messo in discussione anche l'altro motivo di rigetto su cui si reggeva la decisione, allora pur in mancanza di un'impugnazione espressa sullo stesso non l'impugnazione è ammissibile; e, più interessante per il tema allo studio, BGH, 25 novembre 1999, III ZB 50/99, dove la domanda era stata respinta per due motivi, uno dei quali aveva portato al rigetto definitivo (prescrizione), mentre l'altro motivo era suscettibile di essere sanato dal ricorrente (mancanza di una fattura adeguata). L'appello con il quale l'attore chiedeva solo l'annullamento del rigetto per prescrizione (*Verjährungsabweisung*) era ritenuto ammissibile sulla base della considerazione per cui nel caso di plurime motivazioni che sorreggono autonomamente il rigetto di un ricorso, l'impugnazione riguarda ciascuna di esse, è applicabile solo se i rispettivi motivi di rigetto sono equivalenti. Nel caso di specie l'ostacolo del secondo motivo di rigetto poteva essere sanato senza grandi sforzi con l'emissione di una nuova fattura e dunque poteva non essere oggetto di impugnazione. La pronuncia è molto interessante nella parte in cui valorizza anche in questo caso la distinzione fra motivi reversibili o irreversibili, tuttavia occorre segnalare che essa non ha avuto seguito nella giurisprudenza successiva, che anzi la richiama come precedente conforme alla regola generale della necessità di impugnazione di tutte le *rationes decidendi* (così, ad esempio, di recente, BGH 23 novembre 2021, XI ZB 9/21 e BGH 25 settembre 2018, XI ZB 7/17). Anche nella nostra giurisprudenza si è compiuta un'operazione simile a quella del BGH 50/1999, appena citata, con Cass. 23 febbraio 2012, n. 2758, annotata da A. MOTTO, *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed "accertamento in prosecuzione" nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 151 ss., il quale alle pagg. 162 ss., spec. 165 afferma che l'impugnazione anche solo di una delle plurime ragioni della decisione è ammissibile quando le stesse non sono tra loro equivalenti e quella impugnata produce un'efficacia del giudicato maggiormente sfavorevole per l'impugnante rispetto ad un'altra o alle altre.

ha dato conto della validità del contratto. A proposito di questo caso, in chiusura del precedente paragrafo, si era detto che l'impostazione preferibile vuole che il motivo «di segno diverso», in quanto mero *obiter dictum*, non espliciti alcun valore ai fini della determinazione dell'efficacia precettiva del giudicato. Si tratta ora di vedere quanto sia condivisa tale impostazione e quali siano i suoi risvolti sulla tematica dei limiti cronologici del giudicato.

La dottrina è divisa. Alcuni ritengono che, per il principio di parità delle armi (*Waffengleichheit*), se i motivi della decisione che vanno a vantaggio del convenuto, contribuiscano a determinare l'efficacia precettiva del giudicato, lo stesso debba valere per quelli che vanno a vantaggio dell'attore. Come conseguenza di questo assunto affermano che nel processo aperto sulla stessa situazione giuridica, a seguito del sopravvenuto mutamento del fatto posto alla base della precedente pronuncia, non è possibile ridiscutere di quanto accertato nel primo processo a vantaggio dell'attore. Per riprendere l'esempio di prima, la sopravvenuta esigibilità del credito consentirebbe all'attore di azionare il credito contrattuale in un nuovo processo, all'interno del quale la validità del titolo non potrebbe essere messa in discussione, essendo stata accertata in modo incontrovertibile e non essendo mutata per effetto del sopravvenire di fatti nuovi¹⁷¹. Questa tesi ha ricevuto anche di recente avallo da parte del *Bundesgerichtshof*¹⁷².

¹⁷¹ Il principale sostenitore di questa tesi è W. GRUNSKY, *Rechtskraft von Entscheidungsgründen*, cit., 175 ss., il quale si fa carico di risolvere il problema dell'apparente contrasto con il par. 322, comma 1, ZPO, che – come più volte detto – afferma che la sentenza può passare in giudicato solo nella misura in cui si sia pronunciata una decisione sulla pretesa e dunque esclude il giudicato sui motivi. In realtà, come detto, per l'Autore il contrasto è solo apparente. Grunsky richiama la *ratio* della limitazione del giudicato al solo *Anspruch*: il legislatore ha voluto evitare che le parti fossero colpite da una preclusione rispetto ad una questione suscettibile di ripresentarsi in diverse controversie, perché in questo caso sarebbe violato il loro diritto di difesa, dato che potevano non aver calcolato la rilevanza della questione in successive controversie. Questo problema però non si porrebbe se la questione rileva in un processo relativo alla medesima situazione giuridica. D'altro canto questa soluzione consente al giudicato di svolgere una funzione pienamente utile non solo nell'interesse generale alla certezza dei rapporti giuridici e alla pace sociale, ma anche nell'interesse delle parti private. Condivide questa opinione C. ALTHAMMER, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., 910 s.; nella nostra dottrina R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., 317.

¹⁷² BGH, 9 giugno 2022, III ZR 24/21: in un primo processo era stata proposta un'azione risarcitoria ex § 19 BNotO (legge sulla responsabilità professionale del notaio) contro un notaio per un danno causato all'attore nella gestione del patrimonio ereditario. Il giudice aveva accertato l'esistenza degli elementi della fattispecie ma poi l'aveva rigettata in quanto al momento infondata stante la clausola di sussidiarietà prevista dal § 19, comma 1, secondo periodo. Nel secondo processo sorgeva il problema relativo alla vincolatività degli accertamenti contenuti nella prima sentenza passata in giudicato, che però non costituiscono motivo su cui si fonda la decisione (così nello specifico l'esistenza dei fatti che danno luogo al risarcimento); il BGH affermava che i fatti accertati,

Altri, invece, negano la vincolatività, in un secondo processo, degli accertamenti contenuti nella pronuncia passata in giudicato ma non portanti e dunque affermano che nell'ipotesi in cui venga di nuovo fatta valere la medesima situazione giuridica al sopraggiungere di fatti nuovi, il giudice possa tornare liberamente su tali accertamenti¹⁷³. Si ritiene maggiormente condivisibile tale seconda impostazione in quanto più coerente con le premesse della *Begründungstheorie*.

Data la maggiore complessità del tema, un discorso a parte deve essere svolto con riferimento alle ipotesi di domande di accertamento di esistenza o non esistenza di un rapporto giuridico a seguito dell'esercizio da parte dell'attore o del convenuto di un potere sostanziale di costituzione, impedimento, modifica o estinzione di tale rapporto.

La reversibilità o meno del motivo posto a fondamento della pronuncia (e in particolare del fatto sulla cui base è stato esercitato il diritto potestativo sostanziale) determina la possibilità ed i limiti entro cui può essere reiterato il potere¹⁷⁴. Qui la variabilità dell'efficacia precettiva e regolamentare del giudicato si mostra evidente

anche se non portanti, sono vincolanti nel processo riproposto. La sentenza è interessante in quanto richiama le opinioni favorevoli e contrarie della dottrina e afferma espressamente di aderire alla ricostruzione di Grunsky.

¹⁷³ Questa ricostruzione rappresenta piena espressione della *Begründungstheorie*, ma A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., non l'ha presa espressamente in considerazione, anche se sembra implicitamente aderirvi (pag. 37); cfr., invece espressamente, B. RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung*, cit., 126 ss. che critica la ricostruzione di Grunsky: estendere il giudicato ai motivi solo nell'ipotesi di riproposizione della stessa situazione giuridica nel secondo processo crea di conseguenza un'autorità di giudicato variabile a seconda che l'oggetto del primo processo si ponga in rapporto di identità con quello del secondo o di pregiudizialità; mentre niente del genere risulta dal § 322 ZPO. Tuttavia poi l'Autore, come già riferito *supra* (cfr. nt. 158), propone la teoria alternativa dei *bezweifelte Punkten*; P. DIETRICH, *Zur materiellen Rechtskraft*, cit., 211 ss., che nega la ricostruzione di Grunsky proprio sulla base della considerazione per cui i motivi decisi a favore dell'attore nella sentenza di rigetto non sono portanti e dunque non possono esplicare alcuna efficacia nel secondo giudizio sulla stessa situazione giuridica; similmente anche H.J. KION, *Eventualverhältnisse*, cit., 116 s.; da ultimo una simile considerazione si trova in A. PIEKENBROCK, *Die Bedeutung der Urteilsgründe*, cit., 428 s., il quale afferma anche che il principio di parità delle armi non può giustificare la conclusione cui perviene Grunsky, ma semmai spiega perché le parti dispongono del rimedio della *Zwischenfeststellungsklage* per provocare una decisione con efficacia di giudicato sulle conseguenze giuridiche delle questioni pregiudiziali di merito (v. *supra*, ntt. 116-117); nella dottrina italiana A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 142 nt. 29 che mette in luce il contrasto tra la *Waffengleichheit* e l'essenza della teoria di Zeuner; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 503 ss..

¹⁷⁴ Così S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 989; F.P. LUISO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento*, cit., 561; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto*, cit., 162 ss.; R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., 140 s.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 178 ss., spec. 182 ss., testo e note.

prima e soprattutto sul piano sostanziale¹⁷⁵. Dalla teoria della necessaria coincidenza fra il motivo di accertamento della sentenza passata in giudicato e il fatto sopravvenuto posto a fondamento della nuova domanda – che si pone invece sul piano processuale – si trae solo un’ulteriore conferma.

Come esempio di domande di accertamento di esistenza o inesistenza di una situazione giuridica a valle dell’esercizio di un diritto potestativo si può prendere il caso del rapporto di lavoro a seguito del licenziamento. Nell’ipotesi in cui il lavoratore chieda l’accertamento della persistenza del rapporto del lavoro pur a seguito dell’esercizio dell’atto di recesso datoriale si aprono due alternative. a) Il giudice può rigettare la domanda perché sussistono i presupposti per intimare il licenziamento e dunque sussiste un fatto estintivo del rapporto di lavoro (ma ciò – come si ricorderà – lo può fare solo a condizione che verifichi che il potere è stato esercitato correttamente). In questo caso non vi è spazio per un secondo giudizio sulla stessa situazione giuridica in quanto non può sopraggiungere un fatto nuovo con riferimento a nessun elemento posto alla base della decisione. b) Il giudice può accertare che il potere non è stato esercitato correttamente e accogliere la domanda (affermando che il rapporto di lavoro persiste), lasciando aperta la questione dell’esistenza di un fatto estintivo (ad esempio la condotta costituente giusta causa di licenziamento; si tratta – si era detto – di un’ipotesi eccezionale in cui, pur a fronte di una pronuncia di accertamento positivo di una situazione giuridica, l’esame di una questione determina l’assorbimento di un’altra o di altre). Qui il successivo corretto esercizio del diritto potestativo si pone come fatto sopravvenuto che consente al secondo giudice, adito a seguito del riesercizio del potere di licenziamento, di ritenere superato il precedente giudicato. La stessa conclusione vale anche nel caso in cui venga accertata l’esistenza del fatto estintivo a cui il potere è chiamato a dare rilevanza (ad esempio che la condotta del lavoratore costituisce effettivamente giusta causa di licenziamento), dal momento che l’accertamento di tale questione non ha alcun valore, rappresentando un mero *obiter dictum* e non un motivo portante della decisione¹⁷⁶.

¹⁷⁵ V. al riguardo in particolare, A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 578 ss.

¹⁷⁶ Diversamente sembra ragionare invece F.P. LUISO, *Rinnovazione dell’atto di licenziamento*, cit., 561 quando afferma: «Né varrebbe dire - come fa il pretore nella sentenza annotata - che il secondo licenziamento produce un effetto giuridico nuovo, e quindi sotto questo profilo

Le problematiche trattate fino ad ora risultano grossomodo condivise e, come accennato, vengono tradizionalmente inserite nel tema dei limiti cronologici del giudicato. Occorre però considerare che quest'ultimo si lega strettamente al tema dei limiti oggettivi ed anzi il problema del sopraggiungere del fatto nuovo, che legittima la riapertura della controversia, mette proprio in luce il sottile confine tra i due.

La dottrina che da noi si è occupata a fondo del tema¹⁷⁷ evidenzia una distinzione. In primo luogo si pone l'ipotesi in cui la mancanza di un fatto costitutivo o la presenza di un fatto i.m.e. conduce ad una declaratoria di inesistenza di un diritto, rispetto al quale il sopravvenire di un fatto che incide su tale motivo dà luogo ad una situazione giuridica nuova e del tutto diversa. Così ad esempio se una domanda di pagamento di un debito è respinta per nullità del contratto su cui l'obbligazione è fondata, il nuovo contratto valido stipulato tra le parti legittima la proposizione di una nuova domanda di adempimento del contratto¹⁷⁸. Tuttavia, in questo caso, la ragione dell'ammissibilità della nuova domanda va ricercata non nella circostanza che il fatto sopravvenuto (la conclusione del contratto privo del vizio che dà luogo alla nullità) incide sul motivo di rigetto su cui si fondava il precedente giudicato – cosa peraltro vera – quanto nella circostanza che il diritto invocato nel secondo processo è del tutto nuovo. Entrano quindi in gioco i limiti oggettivi del giudicato.

Diversamente si pone anche il caso in cui il diritto fatto valere con la seconda domanda rimane lo stesso di quello attivato nel primo processo e dichiarato inesistente con sentenza passata in giudicato, dove era stata rilevata la carenza di

consentirebbe di riaprire il discorso chiuso dal giudicato: anzitutto, che tale licenziamento produca effetti è in parte una petizione di principio; la giurisprudenza tedesca propende - per ipotesi come questa ed altre simili - a ritenere la nullità *ipso iure* dell'atto con cui si rinnova l'esercizio del diritto. Ma, soprattutto, dato e non concesso che tale nuovo effetto si produca, esso non è idoneo a superare il giudicato, poiché per l'esito del precedente giudizio è stata determinante la questione attinente alla fattispecie costitutiva del diritto potestativo, e non quella attinente all'atto di esercizio dello stesso. E quindi la «novità» deve riguardare la fattispecie costitutiva, e non l'effetto prodotto dall'esercizio del diritto. L'affermazione del pretore, in sostanza, sopravvaluta il ruolo dell'atto di esercizio del diritto potestativo: esso non è l'unico fatto produttivo dell'effetto, ma uno degli elementi della fattispecie; tanto è vero che il controllo del giudice non si limita ad esso, ma scende a verificarne i presupposti e le modalità di esercizio». L'Autore dunque, con questa affermazione, sembra aderire alla teoria che attribuisce valore vincolante ai fatti accertati dal giudice pur se non sono portanti per la decisione.

¹⁷⁷ Ci si riferisce a R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., 309 ss.

¹⁷⁸ Cfr. R. CAPONI, *op. ult. cit.*, 313.

un fatto costitutivo o la presenza di un fatto i.m.e. di una fattispecie durevole o in via di formazione, il cui effetto ancora non si era prodotto proprio a causa di tale circostanza. Così, ad esempio, si può considerare una domanda di accertamento della proprietà rigettata perché il termine per l'acquisto a mezzo dell'usucapione non si era concluso, oppure una domanda di pagamento di un credito rigettata per mancata scadenza del termine iniziale a favore del debitore, oppure ancora una domanda di rivendica rigettata perché il convenuto non aveva il possesso del bene¹⁷⁹. In questo caso entrano effettivamente in gioco i limiti cronologici del giudicato¹⁸⁰.

A ben vedere però i confini tendono a sfumarsi: non sempre è facile stabilire quando siamo di fronte ad un *diritto del tutto nuovo* ovvero ad un *diritto che si è perfezionato* dopo il primo giudicato. Il fatto che il convenuto in rivendica abbia acquisito il possesso dopo il referente temporale del giudicato determina il sorgere di un nuovo diritto alla restituzione del bene di proprietà dell'attore forse non meno di quanto la riproduzione nella forma prescritta dalla legge di un contratto identico a quello precedentemente dichiarato nullo a causa del vizio di forma comporta il sorgere degli effetti giuridici cui le parti aspiravano già al tempo del primo contratto¹⁸¹.

¹⁷⁹ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato*, cit., 314 ss.

¹⁸⁰ Il problema del confine fra limiti cronologici e limiti oggettivi del giudicato è avvertito anche in Germania, dove però si pone in termini diversi rispetto che in Italia. Questa differenza deriva dalla circostanza che là a costituire oggetto del processo non è il diritto soggettivo, ma la conseguenza giuridica affermata, identificata tramite l'*Antrag* ed il *Lebenssachverhalt* (v. *supra*, Cap. 1, par. 4). È facile allora comprendere perché al variare dei fatti allegati con la seconda domanda (dove viene dedotto il fatto sopravvenuto) sorge il dubbio che muti anche il *Lebenssachverhalt* e dunque l'oggetto del processo. V. al riguardo P. DIETRICH, *Zur materielle Rechtskraft*, cit., 203 e soprattutto, più di recente, B. HEIDERHOFF, *Der entschiedene Lebenssachverhalt*, cit., 187 ss., dove si dice (pag. 190) «Für die h. A. dagegen betrifft auch die Frage nach der Zulässigkeit des Vortrags neu eingetretener Tatsachen unmittelbar die vom Streitgegenstand bestimmte Reichweite der Rechtskraft. Die so genannten zeitlichen Grenzen der Rechtskraft werden also ebenfalls vom Streitgegenstand bestimmt. Für diese h. A. stellt sich die Frage, welche neuen Tatsachen den Streitgegenstand verändern. Dafür wiederum ist entscheidend, ob durch diese Tatsachen der Sachverhalt im Rechtssinne verändert wird. Die Antwort bereitet große Schwierigkeiten» (corsivo aggiunto).

¹⁸¹ Al riguardo v. le considerazioni svolte da E. HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 222 ss., spec. 224 e, quanto alla teoria generale in punto di fattispecie complessa e sua progressiva formazione, le brevi osservazioni svolte da R. SCOGNAMIGLIO, voce *Fattispecie*, cit., 7 e il criterio distintivo dettato da A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, 490 ss., secondo cui «tutte le volte in cui un fatto trasforma il sistema di interessi lasciandone intatto il nucleo fondamentale si ha modificazione; quando invece un fatto comporta una trasformazione che incide il nucleo fondamentale si ha innovazione» (pag. 492). Si consideri infine l'approccio critico di D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., 126 ss. che, nel disegnare il rapporto fra effetti preliminari ed effetti definitivi,

Con ciò non si vuol negare la validità della regola della necessaria coincidenza fra il motivo di accertamento della sentenza passata in giudicato e il fatto sopravvenuto posto a fondamento della nuova domanda né si intende tracciare una netta linea di demarcazione fra limiti oggettivi e limiti cronologici del giudicato. Si vuol solo dire che tale regola non è altro che una declinazione della *Begründungstheorie*, che è una teoria che riguarda sempre l'efficacia precettivo-conformativa del giudicato¹⁸². L'ipotesi esaminata in questo paragrafo lo conferma nella misura in cui permette di stabilire quando una nuova pronuncia, di segno diverso, è incompatibile con il precedente giudicato e quando invece non lo è.

11. Efficacia del giudicato fondato su di un solo motivo rispetto ad una fattispecie diversa ma suscettibile di essere «influenzata» dal primo giudicato a causa della forte connessione fra le due situazioni giuridiche

In questo paragrafo si prendono in considerazione le situazioni giuridiche legate da nessi funzionali di carattere sostanziale (i *Sinnzusammenhänge*, per usare la terminologia di Zeuner). A caratterizzare tale gruppo di casi è un simile tipo di collegamento fra l'oggetto del secondo processo e quello del primo giudicato e non una specifica forma di connessione. Si ritengono infatti pienamente condivisibili le conclusioni di chi ha osservato che le situazioni giuridiche suscettibili di essere «influenzate»¹⁸³ da un giudicato non sono solo quelle legate dalla relazione di identità o di pregiudizialità-dipendenza¹⁸⁴.

afferma che i primi rappresentano entità giuridiche autonome e non una fase di formazione dei secondi.

¹⁸² Lo dimostrano anche le tipologie di azioni con cui può essere dedotta la sopravvenienza del fatto e cioè l'azione di opposizione all'esecuzione, l'azione di accertamento negativo e l'azione di arricchimento ingiustificato (cfr. C. ALTHAMMER, *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, cit., 906) e cioè quelle azioni utilizzate per far valere anche altri diritti potenzialmente incompatibili con quello del primo processo, anche se legati da differenti forme di connessione (interdipendenza e pregiudizialità-dipendenza).

¹⁸³ L'espressione atecnica e generica è volutamente usata nell'intento di sganciare il caso dalle tradizionali forme di connessione ed in particolare dalla mera pregiudizialità-dipendenza.

¹⁸⁴ Così A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 41 ss., 52 ss. In questo senso sembra andare anche quella dottrina italiana che parla di legame di interdipendenza funzionale, reciproca interferenza ecc. o che comunque parla degli effetti del giudicato non in ragione di un legame di pregiudizialità-dipendenza ma di uno stretto nesso a livello sostanziale (v. al riguardo E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 106 ss., spec. 116, nt. 54, S. RECCHIONI, *Pregiudizialità*

Prima di entrare nel vivo delle questioni di cui ci si occuperà in questo paragrafo, è necessario anticiparne alcuni dei risultati, poiché solo così può risultare chiara la scelta (obbligata), di carattere metodologico, di condurre un'analisi caso per caso. La *Begründungstheorie*, come si è detto più volte, distingue l'efficacia precettivo-conformativa del giudicato a seconda e del motivo che sorregge la prima decisione passata in giudicata e del legame fra l'oggetto di quest'ultima e quello del secondo giudizio. Tale teoria, pertanto, consta di due momenti: il momento dell'individuazione del motivo portante del giudicato ed il momento della selezione dei successivi processi rispetto ai quali tale giudicato può spiegare effetti. Ciò premesso, occorre osservare che mentre per le ipotesi prese in considerazione nel paragrafo precedente è stata individuata una regola generale, di cui poi è stata vagliata la tenuta alla luce della casistica, qui non si può fare altrettanto: in primo luogo perché non è possibile individuare un utile criterio di classificazione dei motivi di decisione (diversamente da quanto si era fatto là con la distinzione fra motivi reversibili e irreversibili); in secondo luogo perché il diritto oggetto del secondo processo non si pone in una relazione costante rispetto a quello del giudicato (diversamente da quanto avveniva là con la riproposizione della domanda), seppur ad esso sempre legato in maniera forte.

Fra le innumerevoli fattispecie, si ritiene utile prendere in considerazione prevalentemente, anche se non esclusivamente, le azioni in materia contrattuale, dal momento che, da una parte, rappresentano un interessante campo di indagine e, dall'altra, sono state oggetto di grande attenzione da parte della dottrina (e della giurisprudenza). Il compito resta comunque complesso poiché occorre tener conto sia del motivo su cui si fonda la pronuncia passata in giudicato sia dell'oggetto del successivo giudizio, al fine di valutarne la compatibilità.

Infine, si premette che si procederà con l'esame dei soli casi che interessano ai fini di questo studio e cioè quelli in cui la pronuncia del giudice è di accertamento negativo e gli altri eccezionali in cui, pur essendo di accertamento positivo, si fonda su una delle potenziali concorrenti *rationes decidendi*.

processuale, cit., 129 ss., 203 ss.; S. MENCHINI, negli scritti più recenti e in particolare *L'ordine di decisione*, cit., 991 ss.; M. GRADI, *Il contrasto teorico*, cit., 94 ss., 361 ss.). V. al riguardo anche *supra*, par. 6.

Partiamo dalle decisioni fondate sulla nullità¹⁸⁵ e sull'annullamento del contratto.

La nullità può essere stata spesa tanto in via d'azione quanto in via d'eccezione: in ogni caso conserva la sua natura di fatto impeditivo del sorgere del negozio, operante *ipso iure*¹⁸⁶. In particolare potrebbe essere stato l'attore a proporre azione di accertamento negativo oppure potrebbe essere stato il convenuto a sollevare o il giudice a rilevare d'ufficio l'eccezione di nullità in un giudizio di condanna all'adempimento di una prestazione contrattuale ovvero in un giudizio di annullamento, rescissione, risoluzione¹⁸⁷.

Per quanto riguarda l'annullamento non è certo che se speso in via d'eccezione produca il medesimo effetto caducatorio che produce quando è speso in via d'azione; a rendere più incerta la risposta a tale quesito vi è che l'effetto di

¹⁸⁵ Considerazioni simili potrebbero essere svolte a proposito della simulazione.

¹⁸⁶ Sulla natura dei vizi che danno luogo a nullità come fatti impeditivi v. I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 140 ss., 193 ss.; S. MENCHINI, *Nullità contrattuale*, cit., par. 4; C. CONSOLO, *Poteri processuali*, cit., 2010, 958.

¹⁸⁷ Una parte della giurisprudenza per molto tempo aveva negato che il giudice potesse disporre del potere di rilievo officioso della nullità nel caso in cui fosse proposta una domanda di impugnativa negoziale, limitandolo dunque alle ipotesi di domanda di esecuzione del contratto. La motivazione era grossomodo la seguente: gli artt. 99 e 112 c.p.c. pongono al giudice l'insuperabile limite della domanda; al contempo la nullità costituisce una ragione che favorisce la pretesa attorea che non è ascrivibile ad un'eccezione ma ad una «difesa a sostegno della domanda» che l'attore avrebbe potuto proporre, ma non lo ha fatto. Tale conclusione non aveva mai convinto né quella dottrina che considera oggetto delle azioni medesime l'intero rapporto contrattuale (v. gli autori, citati *supra*, alla nt. precedente, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti) né quella dottrina che invece considera oggetto del processo di impugnativa il singolo diritto potestativo dedotto e che ritiene che il rilievo della nullità avverrebbe *incidenter tantum*, seppur suscettibile di creare vincoli selettivi alla Zeuner (v. al riguardo C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 955 ss.). La dottrina concordava in ogni caso sul fatto che i motivi di nullità rappresentassero un'eccezione vera e propria: v., di nuovo, la nota precedente, cui *adde* le considerazioni di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 185 ss. Quest'ultimo afferma tuttavia che se si propende per la natura di eccezione della nullità occorre fare una distinzione: se è stato dedotto in giudizio il singolo effetto del contratto, l'accoglimento dell'eccezione di nullità condurrà ad una pronuncia di rigetto che incide solo sulla singola pretesa; viceversa è solo nel caso in cui l'attore abbia dedotto l'intero rapporto fondamentale che l'accoglimento dell'eccezione di nullità farà venir meno l'intero rapporto. Si tratta di una conclusione che deriva, evidentemente, da una concezione ristretta dell'oggetto del giudicato; il problema si ripropone anche con riferimento all'eccezione di annullamento, come si vedrà subito nel testo. Qui è solo il caso di notare che l'adesione della *Begründungstheorie* porta a risultati del tutto analoghi a quelli della teoria dell'ampliamento dell'oggetto del giudizio e del giudicato rispetto alle situazioni giuridiche riferite nel testo. Come già accennato, anche la giurisprudenza ritiene che in qualsiasi tipo di giudizio in materia contrattuale possa essere rilevata d'ufficio la nullità: cfr. Cass. sez. un. 4 settembre 2012, n. 14828 con cui era stato ammesso il rilievo officioso della nullità nel giudizio di risoluzione per inadempimento e con le sentenze 26242/2014 e 26243/2014, cit. in cui la regola è stata estesa ad ogni tipo di azione di impugnativa e dunque anche annullamento, rescissione, scioglimento del contratto per mutuo dissenso ovvero ai sensi dell'allora in vigore art. 72 l. fall.

annullamento non solo si realizza a seguito dell'esercizio del potere della parte interessata ad avvalersene (e fin qui sono tutti d'accordo), ma, secondo un'opinione assai diffusa, deve anche passare necessariamente per la pronuncia del giudice.

Gli aspetti da tenere in considerazione per la soluzione del problema sono molteplici: l'estensione dell'oggetto del processo, l'idoneità della spendita del potere a produrre l'effetto di annullamento solo a seguito della pronuncia c.d. costitutiva oppure già direttamente sul piano sostanziale, in caso di adesione alla prima ricostruzione, la possibilità che l'effetto costitutivo si produca in via incidentale e non solo in via principale. In questa sede non è possibile anche solo ricostruire con precisione i termini del problema¹⁸⁸. Ciò che interessa mettere in luce è che la dottrina, generalmente, giunge alla conclusione per cui l'effetto di annullamento, nonostante riguardi il rapporto giuridico fondamentale, quando viene speso in via d'eccezione (senza la contestuale proposizione della domanda di accertamento incidentale), serve a estinguere o paralizzare solo la singola prestazione contrattuale dedotta in giudizio¹⁸⁹. Tale conclusione viene poi da taluni

¹⁸⁸ Si rinvia agli approfondimenti di I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 258 ss.; C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 280 ss., nt. 147; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 232 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 268 ss. Preme peraltro segnalare gli originali spunti sul tema offerti da A. ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello 1949, 52, nt. 1 e R. ORIANI, voce *Eccezione*, cit., 289 ss., spec. 291 s. che propongono di distinguere, fra le varie ipotesi ricondotte nella schiera delle pronunce costitutive, quelle in cui l'effetto può prodursi solo in via d'azione da quelle in cui invece può prodursi anche tramite un accertamento *incidenter tantum* provocato dall'eccezione. Costoro rintracciano tali ipotesi sostanzialmente in quelle in cui l'accertamento costitutivo sia diretto non già a creare ma ad estinguere un effetto giuridico.

¹⁸⁹ Così gli Autori citati alla nota precedente che tuttavia vi giungono tramite diversi percorsi argomentativi. La principale distinzione riguarda il fatto che per I. PAGNI, *op. ult. cit.*, 279 ss. la circostanza che l'eccezione provochi effetti più ristretti dell'azione deriva non da una diversità di poteri del contraente che agisce in via d'azione rispetto a quello che oppone l'invalidità tramite l'eccezione, ma da ragioni di carattere prettamente processuale e in particolare dal principio della domanda (l'eccezione non amplia l'oggetto del processo). Nel senso che eccezione e azione di annullamento non possono invece fondarsi sul medesimo potere v. E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 232 ss., spec. 244 ss. che afferma che accogliendo tale ricostruzione non si spiegherebbe perché con l'eccezione (imprescrittibile) sarebbe possibile esercitare un potere già estinto. L'Autrice pertanto afferma che debba abbandonarsi «l'idea che l'eccezione valga a determinare la nascita dell'effetto e.i.m., ed accedendo piuttosto alla sua ricostruzione come potere volto a determinare la semplice rilevanza di determinate fattispecie sostanziali e.i.m. in sede di accertamento giudiziale di una posizione d'obbligo dell'eccezione, su cui hanno esplicito, oppure potrebbero (o, ancora, avrebbero potuto) indirettamente esplicitare, un'efficacia, appunto, estintiva-impeditiva-modificativa». Ancora diversa la spiegazione di A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 277 ss.: l'Autore ritiene che sia possibile che la modificazione giuridica si realizzi a seguito dell'eccezione oltreché dell'azione, ma che nel primo caso il mutamento non operi a ogni effetto perché non viene accertato con autorità di giudicato il ricorrere delle condizioni dell'esistenza del potere. Motto tenta infatti di dimostrare che l'effetto di accertamento e quello costitutivo sono slegati e che l'accertamento derivante dall'autorità di giudicato non è ciò che produce l'effetto costitutivo, il quale invece si realizza autonomamente a

circoscritta con l'argomento per cui, se si accede ad una concezione ampia dell'oggetto del processo (e in particolare si afferma che dedotta in giudizio per l'esecuzione la singola prestazione, l'oggetto si estende al contratto nel complesso), la proposizione dell'eccezione può produrre esattamente lo stesso effetto dell'azione¹⁹⁰. Rispetto ai diritti legati da nessi funzionali stringenti, tuttavia, anche la *Begründungstheorie* conduce a risultati non molto diversi.

Vediamo allora quali sono gli *effetti* spiegati dal giudicato fondato sui fatti impeditivi nullità o annullamento. In base all'efficacia precettivo-conformativa (o preclusiva se si usa la terminologia di Merlin), se siamo in presenza di un contratto sinallagmatico, qualora una parte faccia valere in un secondo giudizio la prestazione di cui è creditrice (che ovviamente non era stata dedotta nel primo processo), il giudice non potrà pronunciare condanna all'adempimento di tale prestazione perché ciò presuppone un contratto efficace e un sinallagma in azione. Questo è vero tanto con riferimento al negozio nullo che non ha prodotto alcun effetto, quanto con riferimento a quello annullato i cui effetti sono venuti meno retroattivamente.

Passiamo adesso ad esaminare le decisioni fondate sull'inadempimento (di non scarsa importanza). Quest'ultimo è preso in considerazione dall'ordinamento, nei contratti a prestazioni corrispettive, sia nell'azione di risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.) sia nell'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.). Nel primo caso costituisce, insieme al potere che ha a disposizione il contraente fedele per farlo valere, fatto estintivo degli effetti nascenti dal contratto, nel secondo caso, invece, rappresenta un fatto impeditivo della produzione di tali effetti.

La pronuncia fondata sull'inadempimento quale fatto che dà luogo alla risoluzione trae origine comunemente da una domanda volta ad ottenere tale effetto. Una parte della dottrina legge tuttavia nelle pieghe dell'ordinamento anche l'esistenza di un'eccezione di risoluzione¹⁹¹.

seguito della pronuncia del giudice; quest'ultima, infatti, accertati i presupposti del potere, realizza la modificazione giuridica richiesta.

¹⁹⁰ Cfr. I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa*, cit., 280 s., nt. 162; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, cit., 93, nt. 50.

¹⁹¹ V. soprattutto I. PAGNI, op ult. cit., 337 ss., nonché, di recente, EAD., *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione*, cit., 79 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza, anche in senso contrario.

In ogni caso occorre chiedersi anche in questa ipotesi che tipo di effetti produce tale decisione passata in giudicato su di un secondo giudizio. Evidentemente preclude una domanda di adempimento delle prestazioni contrattuali; è incompatibile tuttavia anche con la domanda di nullità (e probabilmente anche con quelle di annullamento e rescissione) poiché dalla risoluzione discende che il contratto è stato per un certo periodo pienamente valido e produttivo di effetti¹⁹².

La pronuncia fondata sull'inadempimento speso come eccezione dilatoria *ex art. 1460 c.c.* deriva dal rigetto di una domanda di esecuzione del contratto. Si tratta di un tipico esempio di decisione *zur Zeit* e dunque, per quanto riguarda la riproposizione della domanda, soggiace alla regola enunciata nel paragrafo precedente: tale riproposizione è ammissibile quando, dopo il referente temporale del giudicato, è sopraggiunto l'adempimento, che è fatto che incide proprio sul motivo di rigetto. Poiché, secondo la concezione comune, il giudice potrebbe aver eletto l'eccezione di inadempimento come questione più liquida su cui ha basato la decisione, senza aver deciso la questione della validità ed efficacia del contratto, è anche possibile che venga aperto un secondo giudizio di nullità o annullamento dello stesso. Tali azioni non sono incompatibili con il primo giudicato, il quale non spiega alcuna efficacia preclusiva né precettivo-conformativa.

Vediamo ancora un'altra tipologia di decisioni, quelle fondate sulla prescrizione della pretesa contrattuale fatta valere¹⁹³. Anche in questa ipotesi, poiché la sentenza di rigetto dell'azione di adempimento fatta valere dall'attore si fonda su di un elemento estintivo che riguarda esclusivamente il singolo effetto giuridico, si ha, da una parte, che non è stato compiuto alcun accertamento (portante) circa la validità del negozio e, dall'altra, che il giudicato non produce alcun effetto precettivo-conformativo¹⁹⁴. Dunque, se nel secondo giudizio viene dedotta la controprestazione del contratto sinallagmatico, è possibile che il giudice

¹⁹² In questo senso v. S. MENCHINI, *Nullità contrattuale*, cit., 372 s., testo e nt. 53.

¹⁹³ La dottrina civilistica maggioritaria considera infatti la prescrizione come fatto estintivo del diritto e non dell'azione: cfr., *ex multis*, C.M. BIANCA, *Diritto civile, VII, Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano 2012, 515 ss.; B. GRASSO, voce *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 63 ss.

¹⁹⁴ Cfr. S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 374 s. Sul fatto che la decisione fondata sulla prescrizione sia emanata in via ipotetica cfr. anche C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato, I*, cit., 223 ss., nt. 12.

pronunci condanna al pagamento a sfavore del debitore (potrebbe essersi infatti prescritta solo una delle obbligazioni corrispettive). Ancora, se nel secondo giudizio viene proposta un'azione di nullità o un'altra azione di impugnativa, il giudice può ben accoglierle, in quanto pienamente compatibili con il giudicato fondato sulla prescrizione.

Trattiamo da ultimo due ipotesi più complesse: quelle delle decisioni fondate su compensazione e adempimento. Come si ricorderà, prima di dare avvio all'indagine sull'efficacia del giudicato in ragione dei motivi, si era chiusa la parte sull'ordine di esame delle questioni proprio chiedendosi se queste rappresentassero ipotesi di eccezioni subordinate *ex lege* alla questione dell'esistenza originaria del credito¹⁹⁵. Questa soluzione è adottata da alcuni per scongiurare il rischio che il giudicato fondato su queste eccezioni soddisfattive, se non è stata affrontata e decisa anche la questione dell'esistenza originaria del credito, lasci spazio a successive azioni capaci di diminuire il bene della vita attribuito al vincitore. Si tratta di una questione che si risolve, innanzitutto, sul piano dell'efficacia del giudicato.

Cominciamo con la pronuncia fondata sull'eccezione di adempimento¹⁹⁶. L'efficacia precettivo-conformativa del relativo giudicato si irradia in vari successivi processi aventi oggetti differenti: a) in presenza di un contratto sinallagmatico, quando nel secondo giudizio venga domandata la condanna al pagamento della controprestazione, il giudice non potrà emanare una sentenza di rigetto, se non fondando tale statuizione su ragioni proprie di tale prestazione (ad esempio sull'estinzione, a sua volta, per avvenuto adempimento o per prescrizione). Una diversa conclusione porterebbe a ritenere ammissibile una decisione che viola i nessi di carattere sostanziale e che intacca l'efficacia attributiva del giudicato; b)

¹⁹⁵ V. *supra*, par. 5.

¹⁹⁶ Secondo la ricostruzione del corretto impiego della ragione più liquida compiuta nel precedente Capitolo, il caso della pronuncia che si regge su un solo motivo, è, per questa ipotesi, quella della decisione di rigetto della domanda di esecuzione del contratto. Qualora invece il giudice respinga l'azione di risoluzione per inadempimento perché invece l'adempimento c'è stato, non si rientra nell'ipotesi in esame, se si ritiene che oggetto della pronuncia sia rappresentato dalla rilevanza giuridica del contratto. In questo caso, infatti, l'accertamento che il negozio è valido e produttivo di effetti si fonda sull'esistenza di tutti i fatti costitutivi e sull'inesistenza di tutti i fatti i.m.e. Come osservato più volte la circostanza che, nel processo, si discuta esclusivamente della sussistenza dei presupposti dell'esercizio del potere e cioè dell'inadempimento e/o della sua importanza non cambia le cose. Le altre questioni rimangono meri punti pregiudiziali e dunque non bisognosi di approfondimento sul piano probatorio, ma rappresentano a tutti gli effetti motivi portanti della decisione.

sempre in presenza di un contratto sinallagmatico, è da ritenersi precluso l'accoglimento di un'azione di nullità (o di un'altra azione di impugnativa). Poiché il primo giudicato ha stabilito che il contratto è valido e ha avuto regolare esecuzione, non può poi essere affermata l'invalidità del negozio ed il venir meno (retroattivo) dei suoi effetti¹⁹⁷; c) è infine incompatibile la successiva azione (sul diritto dipendente) di ripetizione dell'indebito proposta dal convenuto sull'assunto che la prestazione è stata adempiuta ma non era dovuta perché il credito originario era inesistente¹⁹⁸. Infatti il giudicato che si fonda sull'avvenuto adempimento, per non tradursi in un «guscio vuoto»¹⁹⁹, in una protezione fragilissima che rischia di cedere al primo colpo di vento, deve assicurare non solo l'incontrovertibilità del diritto ad ottenere il pagamento del credito, ma anche il diritto di trattenerlo²⁰⁰.

Un discorso simile rispetto a quello appena svolto nell'ipotesi *sub c)* vale per la decisione passata in giudicato fondata sull'eccezione di compensazione rispetto alla successiva domanda proposta dal convenuto per chiedere il pagamento del controcredito già *exceptio*²⁰¹. Anche in questo caso si deve ritenere che il giudice non possa accogliere una simile domanda, ostandolo gli effetti precettivo-

¹⁹⁷ Cfr. S. MENCHINI, *Nullità contrattuale*, cit., 375, nt. 58.

¹⁹⁸ Concordano con questa conclusione E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 110 ss.; S. MENCHINI negli scritti più recenti e in particolare *L'ordine di decisione*, cit., 1002 ss., spec. 1009; A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 84 ss.; E. PETERS, *Zur Rechtskraftlehre Zeuners*, cit., 230; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 654, 662 ss.; anche A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 508 giunge alla medesima conclusione ma come si desume dalla nt. 16 a pag. 505 e da quanto afferma a proposito della compensazione, l'effetto preclusivo nei confronti della *condictio indebiti* deriva dal fatto che il giudice nel determinare l'ordine delle questioni non può esaminare e decidere la questione dell'adempimento prima di aver deciso quella dell'esistenza originaria del credito (ma sul punto v. subito di seguito nel testo ed in nota). Di contrario avviso pare invece C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, I, cit., 288, nt. 154.

¹⁹⁹ La metafora è spesso impiegata da Menchini.

²⁰⁰ Sulla duplice componente del diritto di credito (diritto di ricevere la prestazione e diritto di trattenerla; in tedesco, rispettivamente, *Bekommensollen* e *Behaltendürfen*) v. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 110 s.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 432 s.; nella dottrina tedesca A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 14 s.; B. RIMMELSPACHER, *Materiellrechtlicher Anspruch*, cit., 24 ss., 103 ss.

²⁰¹ Sebbene la problematica relativa all'adempimento si presenti in termini più «lineari». Lo osserva E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 106 s., nt. 36 che spiega: «la maggiore linearità dell'ipotesi è dovuta alla circostanza che l'«adempimento» opera come *fatto estintivo* su di un solo diritto (il rapporto obbligatorio principale) e che questo stesso diritto è parte – con segno negativo – della fattispecie costitutiva del contrapposto diritto di ripetizione. Da questo punto di vista l'ipotesi si differenzia da quella della compensazione, che si concreta in un fatto operante come estintivo di entrambi i diritti contrapposti e, correlativamente impone ad essi, dal punto di vista strutturale, una relazione di *interdipendenza*, anziché di unilaterale dipendenza».

conformativi del giudicato²⁰². Quando però il secondo giudizio abbia ad oggetto la controprestazione di un contratto sinallagmatico (ipotesi trattata sopra *sub a*) è probabilmente da escludere che il primo giudicato fondato sulla compensazione possa impedire una pronuncia di rigetto della prestazione dirimpettaia rispetto al diritto di credito dedotto nel precedente processo in via originaria. Infatti tra il controcredito eccepito in compensazione e la controprestazione del credito principale non corre, a livello sostanziale, nessun tipo di legame che meriti di essere preservato sul piano processuale. E lo stesso argomento pare valere anche per la proponibilità di un'azione di nullità (o di un'altra azione di impugnativa) negoziale.

Si sono trattate sino ad ora le ipotesi in cui i nessi fra le situazioni giuridiche oggetto dei due giudizi risultano particolarmente forti (c.d. interdipendenza funzionale, reciproca inscindibile interferenza o *teleologischer Sinnzusammenhang*), ma il discorso non è ancora concluso. Quando si parla di effetti del giudicato reso su un diritto condizionante, infatti, bisogna prendere in considerazione anche un altro caso: quello in cui nel secondo giudizio siano dedotti

²⁰² La questione è stata al centro di un lungo dibattito. Tradizionalmente si sono fronteggiate, nella dottrina tedesca, con echi anche presso la nostra, due orientamenti. Il primo (c.d. *Klababweisungstheorie*) affermava che la sentenza passata in giudicato che, accogliendo l'eccezione di compensazione, aveva rigettato la domanda originaria, lasciava impregiudicata la questione dell'esistenza del credito principale e dunque lasciava il convenuto libero di pretendere l'adempimento del proprio controcredito. Tale ricostruzione lascia spazio a grosse riserve: da una parte, si pone in contrasto con il principio di economia extra-processuale, poiché per arrivare all'accertamento della compensazione dello stesso credito sono necessari due processi e, dall'altra, risulta in frizione con il valore dell'intangibilità del giudicato e della parità delle armi, poiché permette al convenuto del primo processo di spendere due volte il proprio «valore compensabile» (una prima volta in via di eccezione e una seconda in via di azione). Per questo motivo la *Klababweisungstheorie* è stata presto abbandonata, a vantaggio della c.d. *Beweiserhebungstheorie*. In base a quest'ultima l'eccezione di compensazione è un'eccezione *ex lege* condizionata: il giudice deve sempre risolvere prima la questione dell'esistenza del credito principale (anche nell'ipotesi, invero più teorica che pratica, in cui il convenuto non avesse proposto le proprie difese in via graduata), questione, dunque, che non può mai rimanere assorbita. Per approfondimenti su queste ricostruzioni v. E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 98 ss. e C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 334 ss., dove si trovano ampie indicazioni bibliografiche. La concezione a cui si fa riferimento nel testo, tuttavia, non è neppure quella della *Beweiserhebungstheorie*, sebbene ne condivida il risultato. Infatti, come più volte accennato, la più condivisibile ricostruzione in punto di giudicato e suoi effetti, si fonda sulla premessa per cui non è il percorso logico-cognitivo seguito dal giudice, a determinare la portata attributiva della cosa giudicata, bensì il motivo o i motivi portanti della decisione. Calato sul caso specifico ciò significa che una volta rigettata la domanda di adempimento del credito dell'attore per avvenuta compensazione, l'attribuzione a quest'ultimo in via definitiva del bene della vita esclude che il convenuto possa porre nel nulla i risultati del primo processo spendendo di nuovo il proprio valore compensabile. In questo senso v. E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 104 ss., 114 ss.; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 1006 ss.; A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 86. *Contra* C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 537 ss. il quale presta adesione alla teoria dell'eccezione di compensazione come necessariamente subordinata.

diritti legati da nessi più tenui sul piano sostanziale. Ci si riferisce a quelle ipotesi di connessione per pregiudizialità-dipendenza comune, che – come detto più volte – è stata definita da taluno «tecnica».

Si pensi al caso in cui in un primo processo venga proposta la domanda di adempimento di un credito e nel secondo processo venga dedotto il diritto dipendente agli interessi. Il giudicato di rigetto della domanda di pagamento del capitale può fondarsi sull'inesistenza sin dall'origine di tale diritto, ovvero sulla sua estinzione successiva, ad esempio per adempimento. A detta della dottrina, la prima pronuncia esclude in radice che in un secondo processo possa essere riconosciuto il diritto agli interessi, mentre la seconda lascia aperta tale possibilità²⁰³.

Anche in ipotesi di accertamento positivo si danno dei casi in cui il giudice può fondare la decisione su una delle più ragioni: è il caso del giudizio in cui sia dedotto un diritto autodeterminato e siano allegati più fatti costitutivi concorrenti. Ad esempio il giudicato che accerta l'acquisto della proprietà di un bene può fondarsi sulla circostanza che il trasferimento è avvenuto sulla base di un contratto risalente nel tempo, ovvero che, più di recente, è maturata l'usucapione a vantaggio dell'attore. I due motivi hanno, anche in questo caso secondo la dottrina, un impatto differente sul diritto (dipendente) del proprietario a ottenere dal possessore di mala fede i frutti, i quali – infatti – sono dovuti dal momento di acquisto del diritto²⁰⁴.

Quelli riportati rappresentano due esempi del principio per cui, anche rispetto ai diritti dipendenti, per stabilire l'efficacia (riflessa) del giudicato, occorrerebbe guardare al motivo della decisione²⁰⁵.

²⁰³ Cfr. in questo senso S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 298; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 137, nt. 125.

²⁰⁴ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 513 s.; S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 299; A. CERINO CANOVA, *op. ult. cit.*, 138, testo e nt. 127; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 168, nt. 203.

²⁰⁵ Sull'enunciazione della regola in via generale v., di nuovo, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 514, S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 296 s. In linea è anche una parte della dottrina tedesca, che tuttavia pare essere più cauta: cfr. A. BLOMEYER, *Zum Urteilsgegenstand*, cit., 80 ss., il quale richiama alcune ipotesi in cui in base al motivo su cui si fonda il giudicato, il giudice adito sul diritto dipendente, non può dichiararlo esistente, quantomeno fino al referente temporale del giudicato. A chiare lettere l'Autore afferma però che la decisione passata in giudicato è vincolante solo nella misura in cui nega l'esistenza del diritto pregiudiziale fino al referente temporale del giudicato (l'ultima udienza) e aggiunge che l'accertamento passato in giudicato dell'estinzione del diritto non comprende anche l'accertamento della sua esistenza fino all'estinzione. Si veda in particolare quanto afferma A. Blomeyer alla pag. 82: «Auch hier soll die Entscheidung über den Anspruch nur so weit binden, als die Existenz für einen vor der letzten

Questa affermazione, tuttavia, è solo all'apparenza lineare e rischia invece di creare un corto circuito. I diritti dipendenti, infatti, non sono direttamente coinvolti nella portata attributiva del giudicato. In altri termini riconoscere o negare il diritto dipendente una volta che sia stato accertato il diritto pregiudiziale, non significa mettere in discussione il bene della vita attribuito dal giudicato o creare un contrasto pratico o semi-pratico di decisioni, tant'è che se viene azionato per primo il diritto dipendente, l'art. 34 c.p.c. pacificamente prevede che l'accertamento del diritto principale avvenga *incidenter tantum*. Al contempo, però, bisogna anche considerare che l'art. 2909 c.c. afferma che il giudicato «fa stato *ad ogni effetto*» e cioè, a detta di tutti, anche rispetto ai diritti dipendenti.

Occorre allora andare alla ricerca del punto di equilibrio. La conclusione più convincente è la seguente: nel secondo giudizio sul rapporto condizionato l'accertamento contenuto nel primo giudicato sul rapporto condizionante deve rimanere fermo, tuttavia le parti sono libere di ridiscutere i motivi per i quali quest'ultimo rapporto è stato considerato esistente o inesistente, naturalmente ai soli fini del processo in corso²⁰⁶.

mündlichen Verhandlung liegenden Zeitpunkt verneint wird: Rechtskräftig steht fest, daß der Anspruch damals nicht bestand. Zur Verdeutlichung darf darauf hingewiesen werden, daß die rechtskräftige Feststellung des Untergangs nicht auch die des Bestehens bis zum Untergang einschließt. Sie gibt nur den Zeitpunkt an, von dem ab keinesfalls der Anspruch bestand». Cfr. anche A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 61 ss.: l'Autore riferisce una serie di esempi in cui il motivo di decisione produce effetti sul diritto (dipendente) al risarcimento del danno, ponendo l'accento sulla circostanza che quest'ultimo deve essere sorto prima del referente temporale del giudicato sul diritto pregiudiziale. Esclude invece in maniera netta la rilevanza del motivo di decisione a determinare l'efficacia del giudicato rispetto al diritto dipendente B. RIMMELSPACHER, *Materiellrechtlicher Anspruch*, cit., 188 s.

²⁰⁶ È questa la conclusione cui giunge anche A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 168 ss., nt. 203, il quale nota che negare la possibilità di accertare le questioni preliminari che hanno rilevanza sia per il diritto pregiudiziale che per quello dipendente, non solo non è imposto dai principi o dal diritto sostanziale, ma non è neppure opportuno. «In specie, può accadere che, nel primo processo, per le parti sia sostanzialmente indifferente quale delle più fattispecie concrete sia ritenuta operante, atteso che, in questo processo, l'attribuzione del bene della vita concretamente richiesto, alla luce della lesione lamentata, è soddisfattiva della richiesta di tutela, sol che la situazione giuridica sia riconosciuta esistente, indipendentemente dal fatto in base al quale tale riconoscimento è compiuto. In questo processo, conseguentemente, le parti non contraddicono sul punto (né hanno interesse a farlo, alla luce della domanda proposta). Per contro, può avvenire che, nel processo sul rapporto dipendente, la misura dell'attribuzione del bene della vita rivendicato è decisivamente influenzata, a seconda del fatto costitutivo del rapporto pregiudiziale, di guisa che, in questo giudizio, assume un valore affatto diverso, da quello assunto nel primo processo, la questione relativa a quale fatto costitutivo effettivamente operi per l'esistenza della situazione giuridica pregiudiziale.» (così, A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 169, nt. 203, sebbene poi l'Autore non tragga dal ragionamento tutte le conseguenze). Ragionare diversamente significherebbe estendere il giudicato ai motivi, in un'ipotesi in cui peraltro non si pone nemmeno la necessità di preservare nessi indissolubili di carattere sostanziale.

È utile calare il principio individuato negli esempi proposti sopra. Partiamo dal caso del diritto di proprietà. Una volta che sia stato accertato come esistente in capo all'attore, nel giudizio sull'obbligo di restituzione dei frutti da parte del possessore di malafede, l'attore potrà sostenere che il suo titolo d'acquisto era più remoto, rispetto a quello posto alla base del giudicato e il convenuto potrà affermare che l'attore ha conseguito la proprietà in un momento successivo rispetto a quello accertato dal giudicato. Questa la conclusione (corretta, ma incompleta) cui giunge la dottrina²⁰⁷.

Vediamo ora l'esempio della domanda relativa al capitale e di quella dipendente al pagamento degli interessi, successivamente proposta. Se il giudice del processo pregiudicante ha fondato la statuizione di inesistenza del credito in linea capitale sull'eccezione di adempimento, nel successivo giudizio sugli interessi il debitore potrà far accertare che tale credito, anziché essere rimasto in vita fino al pagamento, non è mai sorto. In questo modo non dovrà corrispondere alcunché di interessi. Tale soluzione pare essere condivisa anche dalla dottrina maggioritaria che, però, inspiegabilmente, non la estende all'altra ipotesi, quella in cui il giudicato esclude il diritto al capitale perché il credito non è mai sorto. In verità, anche qui, nel successivo giudizio sugli interessi, deve essere concesso al creditore di dimostrare, naturalmente ai soli fini della domanda accessoria, che tale credito non esiste sì (più precisamente, non esisteva sì già al tempo del primo giudicato), ma perché estinto e non perché mai sorto. In questo modo potrà ottenere gli interessi per il periodo in cui il rapporto obbligatorio è stato in vita. La dottrina, come già anticipato, è in disaccordo con tale secondo punto²⁰⁸, ma si tratta di un'opinione

²⁰⁷ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 514 che afferma: «Tuttavia dall'accoglimento della rivendica sulla base del secondo, cronologicamente più tardo, titolo di acquisto non scaturirà a quel riguardo alcun pregiudizio davvero irreparabile: accadrà solamente che, nel successivo processo sui frutti, colui che fu riconosciuto proprietario sulla base del titolo "più recente" potrà contare su di un già acquisito accertamento della proprietà solo con quella decorrenza, dovendo invece ancora onerarsi della dimostrazione - fino ad allora impregiudicata (trattandosi di questione in precedenza assorbita o risolta sfavorevolmente solo obiter) - della fondatezza anche (o meglio: effettivamente) della decorrenza "più remota"». Aderisce alla ricostruzione di Consolo anche S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 299. Certo manca nella dottrina l'esplicitazione per cui qualora invece la prima pronuncia fosse fondata sul titolo di acquisto «più remoto», comunque dovrebbe essere data la possibilità, stavolta a colui che aveva perso nel precedente giudizio, di dimostrare che il diritto di proprietà è stato acquistato solo in epoca più recente (sul punto v. le considerazioni che ci si accinge a fare anche nel testo).

²⁰⁸ Cfr. S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 298; in questa direzione sembra andare anche A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 174, nt. 5. Si tenga però presente che il *Verzugsanspruch* di cui parla

non condivisibile. Ragionando diversamente, infatti, si genererebbe un'evidente disparità di trattamento fra convenuto/debitore che una volta ottenuta una sentenza sfavorevole sul rapporto principale potrebbe solo migliorare la propria posizione nel processo sul diritto dipendente e attore/creditore a cui invece non sarebbe offerta un'analoga opportunità, in quanto rimarrebbe vincolato all'accertamento di non esistenza, sin dall'origine, del diritto pregiudiziale. In altre parole nell'impostazione criticata il motivo su cui si basa il giudicato crea una sorta di tutela minima per il convenuto, inidonea ad essere rimessa in discussione in peggio.

È dunque preferibile ritenere che *sempre, ad entrambe le parti*, sia data la possibilità di ridiscutere non sull'esistenza o inesistenza del diritto pregiudiziale, ormai accertate indiscutibilmente, ma sulle ragioni per cui questo è sorto o si è estinto, ai fini della quantificazione del diritto dipendente. Dunque, riprendendo tutti gli esempi: a) se nel primo processo era stato accertato il diritto di proprietà in capo all'attore in base ad un titolo di acquisto risalente, nel secondo processo in cui si discute della decorrenza dei frutti, il convenuto debitore potrà dimostrare che in realtà il titolo di acquisto è successivo; b) allo stesso modo se invece il primo giudicato si fondava su un titolo d'acquisto recente, l'attore proprietario potrà dimostrare, ai (soli) fini della condanna ai frutti, che la proprietà l'ha acquisita in tempi più remoti; c) se nel primo processo era stato dichiarato inesistente il diritto del creditore attore al capitale in quanto mai sorto, nel secondo processo relativo agli interessi, il creditore potrà dimostrare che è vero che il diritto al capitale non esisteva già più al tempo del precedente processo, ma non perché non era mai sorto, ma perché si era già estinto, pur essendo stato in vita per un certo periodo (periodo per il quale il creditore potrà ottenere gli interessi)²⁰⁹; d) allo stesso modo se il

l'Autore (letteralmente pretesa da ritardo) non è da intendere necessariamente come pretesa agli interessi moratori, ma potrebbe anche essere riferito alla pretesa al risarcimento per ritardo nell'adempimento. Nell'attuale disciplina codicistica, che è frutto di una novella del 2001, alla richiesta di risarcimento danni si applicano i § 280 comma 1 e 2 e 286 BGB, mentre alla richiesta degli interessi moratori il § 286 BGB in combinato disposto con il § 288 (di norma il comma 1 frase 2). In ogni caso non fa grossa differenza ai fini che qui interessano a quale delle due situazioni si riferisca Zeuner.

²⁰⁹ La ragione per la quale, forse, la dottrina fatica a riconoscere questa possibilità (v. nota precedente) potrebbe risiedere nel fatto che riconoscendo l'esistenza, per un certo periodo, del diritto principale, sembrerebbe mettersi in discussione non solo i motivi della precedente pronuncia passata in giudicato, ma lo stesso accertamento secondo cui il diritto principale era stato inesistente. In realtà si tratta solo di un'impressione poiché, come più volte chiarito nel testo, nel secondo processo si

giudicato aveva negato il diritto al capitale affermando che quest'ultimo si era estinto, il debitore convenuto potrà dimostrare, nel secondo processo relativo agli interessi, che in realtà il diritto principale non era mai sorto (al fine di evitare di pagare gli interessi che sarebbero potuti maturare nell'intervallo di esistenza del capitale).

Alla luce di quanto detto si può che affermare che i motivi su cui si fonda la decisione non contribuiscono mai a determinare la portata dell'efficacia del giudicato rispetto ad un diritto dipendente in senso tecnico.

Si possono così sintetizzare i risultati raggiunti e così trarre delle conclusioni dalla casistica esaminata. Appare evidente che il tentativo di elaborare una classificazione univoca sul grado di preclusività dei motivi di decisione, rispetto ad un diritto connesso in maniera forte, va incontro a notevoli difficoltà²¹⁰: queste ultime derivano dalle variegata combinazioni che possono crearsi, quando si tiene in considerazione il diverso motivo su cui si fonda la decisione passata in giudicato ed il diverso oggetto del secondo giudizio. Tendenzialmente si può dire: a) che il giudicato fondato sulla non esistenza del rapporto fondamentale produce un'efficacia preclusiva e precettivo-conformativa più ampia, ma tale regola entra in crisi quando nel primo giudizio è stato dedotto il singolo effetto scaturente dal rapporto, rispetto al quale c'è disaccordo sull'efficacia impeditiva o estintiva che le eccezioni di nullità e (ancor più) di impugnativa negoziale sono in grado di produrre; b) che il giudicato fondato su motivi estintivi di un singolo effetto del contratto ha un'efficacia più ristretta; c) che tuttavia il giudicato fondato sulle eccezioni soddisfatti rappresenta un'anomalia alla regola *sub b)*, in quanto, sebbene tali eccezioni siano riferite al singolo effetto, il relativo giudicato ha comunque portata precettivo-conformativa ampia; d) che a sua volta la compensazione rappresenta un'anomalia dell'anomalia in quanto se l'oggetto del secondo giudizio non è rappresentato dal controcredito, il giudicato torna ad avere una portata più

afferma solo che in passato il diritto è esistito per un certo periodo prima di estinguersi, ferma dunque la sua già sopraggiunta inesistenza al tempo del primo processo.

²¹⁰ Se si accoglie la *Begründungstheorie* perde rilevanza, infatti, ai fini di un'ipotetica classificazione, sia l'ordine logico e cronologico di formazione della fattispecie (cioè la circostanza che sul piano sostanziale prima il diritto viene ad esistenza e poi si estingue: se si è estinto, significa che esisteva), sia il percorso logico-cognitivo che il giudice ha seguito, dal momento che un motivo è rilevante se regge la decisione e non se è stato esaminato e neppure se ipoteticamente ne viene dato conto nella motivazione.

ristretta. È evidente che un simile groviglio di alternative mette in dubbio la stessa utilità di una classificazione delle difese e delle eccezioni in ragione del grado di efficacia che il relativo giudicato può produrre.

12. Efficacia del giudicato fondato su di un solo motivo rispetto ad una fattispecie concorrente o regolata da una norma concorrente

Nel precedente capitolo, nel paragrafo dedicato al concorso di norme e al concorso di diritti²¹¹, si è visto che il criterio della ragione più liquida può essere impiegato in due ipotesi: 1) per accogliere la domanda dell'attore selezionando una delle più disposizioni astrattamente applicabili, che si trovano in relazione di coincidenza cronologica (o casi simili)²¹²; 2) per dichiarare l'inesistenza del diritto dedotto in giudizio selezionando uno di quei fatti comuni, rilevante ai sensi delle più disposizioni apparentemente applicabili. In questa fase dello studio, con riferimento al punto 1), occorre chiedersi se l'efficacia preclusiva o precettivo-conformativa varia in ragione della qualificazione giuridica attribuita dal giudice; con riferimento al punto 2) è necessario tornare a interrogarsi sulla portata preclusiva o precettivo-conformativa del giudicato fondato su di un elemento preso in considerazione dalle più norme apparentemente applicabili ovvero da una sola di queste.

In premessa ad entrambi i profili è particolarmente opportuno richiamare, in questa sede, alcuni temi propri dell'oggetto del processo e del giudicato in ipotesi di concorso di norme o di diritti.

Tradizionalmente uno dei principali interrogativi che sorgono quando si tratta il concorso di norme o di azioni è quello relativo al se il giudicato di rigetto fondato su una delle più norme applicabili precluda la proposizione della stessa domanda fondata su una norma diversa. Sia in Italia che in Germania l'intento di limitare tale

²¹¹ V. *supra*, Cap. 2, par. 6.

²¹² È infatti opportuno ricordare che solo per questo tipo di relazione (coincidenza cronologica) può porsi un problema di concorso effettivo di norme tra cui rimane discrezionalità di scelta; negli altri casi la presenza di elementi caratterizzanti sposta il problema sulla individuazione dei fatti giuridici su cui fondare la decisione (comuni alle più fattispecie astratte ovvero previsti da una sola).

possibilità è stato perseguito tramite l'allargamento dell'oggetto del processo e del giudicato e/o, a seconda delle impostazioni, tramite la svalutazione della fattispecie legale nell'individuazione del diritto dedotto in giudizio²¹³. Tuttavia, se vi è ampio consenso sul principio generale, le divergenze e le puntualizzazioni nascono quando si vanno ad analizzare singoli casi.

Prendiamo due esempi che hanno dato origine, abbastanza di recente, a due importantissime pronunce della Corte di cassazione a sezioni unite, in tema di *emendatio e mutatio libelli*, istituti che si intersecano con quello in esame e che ne offrono un angolo di osservazione privilegiato. Il primo esempio è quello del concorso fra la domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. fondata sulla qualificazione del negozio come preliminare e la domanda di accertamento del già avvenuto trasferimento della proprietà fondata sulla qualificazione del medesimo negozio come definitivo. Come noto, le sezioni unite, ribaltando l'orientamento restrittivo nettamente prevalente in precedenza, hanno affermato la possibilità per l'attore di passare dall'una all'altra richiesta fin nella memoria prevista dall'art. 183, comma 6 n. 1 c.p.c.²¹⁴. Il secondo esempio è quello del concorso fra domanda di adempimento contrattuale e domanda di arricchimento senza causa motivata sulla invalidità del negozio. Le sezioni unite hanno affermato ancora una volta la possibilità di passare dall'una all'altra domanda, precisando, in questo arresto, che le stesse possono anche essere cumulate²¹⁵.

Al di là della soluzione offerta dalla giurisprudenza in punto di modificazione della domanda in corso di causa²¹⁶ ciò su cui interessa brevemente concentrare

²¹³ In Germania, in particolare, l'aver individuato lo *Streitgegenstand* in un'entità di carattere processuale ha permesso di svalutare il ruolo individuatore del diritto sostanziale fatto valere. In Italia v. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 186 ss.; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, 226 ss.; C. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., 74 ss., A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 75 ss., F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., 64 s.

²¹⁴ Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2016, I, 255 con nota di C.M. CEA; in *Foro it.*, 2015, I, 3174, con nota di A. MOTTO; in *Corr. giur.*, 2015, 968 con nota di C. CONSOLO; in *Riv. dir. proc.*, 2016, 807 con nota di E. MERLIN; in *Giusto proc. civ.*, 2016, 389.

²¹⁵ Cass., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1300, con nota di C. CONSOLO-F. GODIO; in *Corr. giur.*, 2019, 267, con nota di L. DITTRICH; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 249, con nota di E. ITALIA e di M. ABBAMONTE; in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1055.

²¹⁶ Su cui v. E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 816 ss.; C. CONSOLO, *Le S.U. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da*

l'attenzione riguarda la questione dell'unicità o pluralità dei diritti dedotti e – tema connesso ma non perfettamente sovrapponibile, come si vedrà – della possibilità di far valere in un secondo processo quel (diverso) diritto che poteva essere dedotto, anche in corso di causa, nel giudizio già chiuso.

Alcuni Autori ritengono che in ipotesi simili a quelle sottoposte alle sezioni unite ci si trovi al cospetto di un unico diritto soggettivo a fronte di due norme che si pongono in relazione di esclusione reciproca²¹⁷, con la conseguenza che l'oggetto del processo e del giudicato resta unico²¹⁸. Tuttavia da ciò qualcuno non fa sempre derivare – come ci si potrebbe aspettare – l'operatività della preclusione del dedotto e del deducibile rispetto alla norma che non era stata spesa nel primo processo a sostegno della pretesa. Facendo leva sulla diversa lesione che l'attore può subire pur con riferimento alla medesima situazione giuridica soggettiva, si è detto che, ad esempio, se l'attore ha agito *ex art. 2932 c.c.* ed ha ottenuto il rigetto della domanda in via irrevocabile, può poi, in un secondo giudizio, domandare l'accertamento degli effetti già prodotti, sebbene il diritto oggetto del processo (il bene della vita che le parti si contendono) resti la proprietà²¹⁹.

Altri Autori ritengono di contro che, anche in ipotesi di mero concorso di norme, sebbene sul piano sostanziale il diritto soggettivo sia uno solo, sul piano processuale le due domande abbiano oggetti diversi, con la conseguenza che il diritto che non viene speso nel primo processo, in caso di pronuncia di rigetto della

quella originaria cui si cumuleranno, in *Corr. giur.*, 2015, 961 ss.; A. MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.*, 2015, I, 3190 ss.

²¹⁷ Lo stesso discorso varrebbe per quelle norme che si trovassero in rapporto di specialità, sussidiarietà, assorbimento e coincidenza cronologica (cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 250 ss.).

²¹⁸ A. MOTTO, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 1073 ss., 1077 e, più approfonditamente ID., *Le sezioni unite*, 3198; S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.* Per la considerazione per cui se si ricade nell'ambito della mera *emendatio libelli*, significa che la domanda modificata ricade all'interno dell'oggetto del processo e del giudicato v. anche A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale*, cit., 76; B. GAMBINERI, *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, cit., 692 s.

²¹⁹ Cfr. A. MOTTO, *Domanda di esecuzione*, cit., 1073 ss., spec. 1074-1075. Tale conclusione sembra però valere solo per il caso in cui le due norme in concorso conducano a due richieste di tutela diverse (ad esempio, come in questo caso, una di accertamento mero e l'altra costitutiva, oppure – si potrebbe pensare – una di tutela in forma specifica e l'altra per equivalente), poiché, si dice, che il rigetto della domanda ha come motivo portante l'errore circa «lo strumento utilizzato e non la spettanza del bene della vita, il quale può essere perseguito dall'istante con i diversi rimedi a sua disposizione». Di contrario avviso pare invece S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 251, 265. Per un'espressa critica alla ricostruzione di Motto v. E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli*, cit., 825, nt. 25.

domanda dell'attore, resta sempre azionabile in un secondo giudizio²²⁰. In base a tale impostazione, dunque, si allarga il campo del concorso di azioni a discapito di quello del concorso di norme.

Non è possibile in questa sede, né è essenziale ai fini dello studio, prendere posizione su tale complessa questione e, di conseguenza, tracciare una linea di demarcazione netta fra i due fenomeni. La premessa fatta dovrebbe invece servire a snellire il discorso che ci si accinge a fare.

Il primo problema che si affronta, come già detto in apertura, riguarda l'efficacia del giudicato in ragione della qualificazione giuridica che il giudice ha selezionato e su cui è fondata la statuizione²²¹. Tale efficacia si apprezza sul piano sostanziale prima ancora che sul piano processuale dei futuri giudizi sullo stesso bene della vita o su beni della vita connessi.

La differente utilità che l'attore può ricavare quando è stata applicata una delle più norme (se ci si pone nell'ottica dell'unico diritto disciplinato da più norme) o quando è stata accolta una delle più azioni (se ci si pone nella prospettiva del concorso di azioni) è evidente nei seguenti casi. Si pensi in primo luogo all'ipotesi in cui l'ordinamento, a fronte della medesima vicenda sostanziale e per reagire alla

²²⁰ V. E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 823 che afferma: «sul piano del processo i diritti si affacciano in chiave di ipoteticità sicché stabilire se le diverse ipotetiche affermazioni vadano assunte in termini di unicità o pluralità dei *thema decidendum* non può di per sé dipendere dal fatto che, secondo il diritto sostanziale, uno solo sia il diritto effettivamente spettante»; analogamente cfr. G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 284, 291; vi prestano adesione anche C. CONSOLO – F. GODIO, *Le sezioni unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Corr. giur.*, 2019, 272.

²²¹ Il presupposto, del tutto condivisibile, è che la qualificazione giuridica attribuita dal giudice passi in giudicato. Cfr. nella dottrina tedesca, dove il tema è stato oggetto di grande attenzione e studio, in senso favorevole A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 41 s.; W.J. HABSCHIED, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, cit., 123 s.; A. BLOMEYER, *Zum Urteilsgegenstand*, cit., 58 s.; in senso contrario, A. GEORGIADIS, *Die Anspruchskonkurrenz* cit., 261 ss.; C. ALTHAMMER, *Streitgegenstand und Interesse*, cit., 454 ss.; H.F. GAUL, *Die heutige Rechtskraftlehre*, cit., 211 ss., spec. 228 ss.; H. ROTH, *Materielle Rechtskraft*, cit., 3 ss., spec. 10 s. Quest'ultimo individua tre ragioni per escludere la qualificazione giuridica dall'ambito del giudicato: 1) l'oggetto della sentenza e del giudicato sono più ampi dell'oggetto della controversia e questo andrebbe contro l'intenzione del legislatore della ZPO di evitare effetti che le parti non potevano prevedere; 2) si tenderebbe con questa ricostruzione a tornare all'opinione storica di Savigny che si ritiene ormai superata; 3) l'estensione del giudicato ai nessi teleologici è negata dall'attuale dottrina e giurisprudenza tedesca a causa dell'incompatibilità con il par. 322 ZPO. La dottrina italiana è schierata in maniera unanime a favore della suscettibilità della qualificazione giuridica a passare in giudicato: cfr. la dettagliata spiegazione di A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 149 ss., spec. 154 ss., a cui si aggiungono A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 499 ss.; G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., 267 s.; S. MENCHINI – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 60, 63 s.

medesima lesione, predispone rimedi differenti²²². Così nell'ipotesi dei rimedi previsti in via generale a vantaggio del contraente fedele in caso di inadempimento dell'altro (art. 1453 c.c.), oppure di quelli previsti per specifici negozi come ad esempio, nel contratto di compravendita, *l'actio redhibitoria* e *l'actio quanti minoris* (art. 1492, comma 1, c.c.) o, nel contratto di appalto, la domanda per l'eliminazione dei vizi dell'opera e quella di riduzione del prezzo (art. 1668, comma 1, c.c.). Si tratta di rimedi che assicurano evidentemente utilità diverse, proprio in quanto pensati per rispondere ad interessi diversi del contraente non inadempiente.

Ancora è evidente che, in presenza di un contratto di compravendita, la qualificazione come definitivo ovvero come preliminare, sia pure ad effetti parzialmente anticipati, conferisce utilità diverse all'attore, anche, ma non solo²²³, rispetto ai diritti dipendenti (ad esempio il diritto ai frutti)²²⁴.

L'individuazione della norma giuridica può poi avere rilevanza anche quando una parte intende esercitare un diritto potestativo successivamente al giudicato²²⁵: se un contratto viene qualificato come comodato anziché come locazione, è consentito al comodante esercitare in ogni momento il proprio potere di recesso *ad nutum* (art. 1810 c.c.).

Alla luce di questi esempi, pertanto, è lecito concludere che il motivo di decisione, stavolta inteso come norma da applicare, può giocare un ruolo importante nella determinazione dell'efficacia precettiva del giudicato.

²²² La fattispecie in esame è da ricondurre nell'ambito del concorso (alternativo) di diritti: cfr. G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., 317; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 351 ss.; ID. – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 101 ss.; I. PAGNI, *Contratto e processo*, in *Trattato sul contratto diretto da E. Roppo*, VI, *Interferenze*, Milano 2006, 872 ss. Le norme che prevedono i plurimi rimedi avverso l'inadempimento consentono al contraente fedele di sceglierne l'uno o l'altro di tali rimedi, a seconda del risultato economico cui questi mira.

²²³ Si tenga conto dell'opinione giurisprudenziale autorevolmente espressa dalle sezioni unite per cui il contratto preliminare ad effetti anticipati in virtù del quale il promissario acquirente ottiene la disponibilità del bene rende quest'ultimo mero detentore del bene e non possessore; con la conseguenza che egli non può acquistare la proprietà del bene per usucapione (cfr. Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, pubblicata, fra l'altro in *Foro it.*, 2009, I, 3156 ss., con nota di PUPPO; in *Giur. it.*, 2009, 1160 (m), con nota di SCAGLIONE; in *Riv. dir. comm.*, 2009, 165, con nota di CALISAI).

²²⁴ Cfr. A. MOTTO, *Domanda di esecuzione*, cit., 1052, 1073. Naturalmente il discorso vale a condizione che si ammetta che la scelta in punto di qualificazione giuridica produca effetti rispetto ai diritti dipendenti. La risposta pare debba essere positiva, nonostante quanto si è detto nel paragrafo precedente circa la vincolatività dei motivi di decisione rispetto ad un successivo giudizio avente ad oggetto un diritto dipendente. La qualificazione giuridica compiuta dal giudice rappresenta sì un «motivo di decisione», ma certamente *sui generis*, poiché contribuisce in maniera diretta a mettere a fuoco e circoscrivere il contenuto stesso della decisione.

²²⁵ Sul tema v., soprattutto, A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., passim, spec. 95 ss., 635 ss.

Veniamo al secondo problema: per determinare l'efficacia preclusiva del giudicato di accertamento negativo è rilevante la circostanza che il motivo di decisione riguardi un fatto previsto da tutte le norme applicabili alla fattispecie ovvero un fatto previsto da una sola di esse?

Come si è visto nel capitolo precedente, a) quando il giudice fonda la pronuncia su di un fatto comune, è possibile che non abbia preso posizione sulla norma giuridica da applicare; viceversa, b) quando il motivo di decisione è rappresentato da un fatto previsto solo da una delle più norme apparentemente applicabili, vi è a monte una scelta della fattispecie legale²²⁶. Tale differenziazione, tuttavia, come subito si vedrà, non produce effetti sull'estensione della portata del giudicato.

Partiamo dal caso sub b): se si ritiene, come è corretto, che la qualificazione giuridica attribuita dal giudice passi in giudicato²²⁷, si deve escludere che una volta individuata la norma rilevante si possa tornare a discutere della questione.

Il caso sub a) è invece più complesso; occorre qui distinguere fra le ipotesi che rientrano nel mero concorso di norme e quelle che invece danno luogo ad un concorso di azioni.

Per quanto riguarda il concorso di norme, poiché l'oggetto del processo e del giudicato è unico, una volta rigettata la domanda, quale che sia il motivo, non è possibile per l'attore dedurre nuovamente in giudizio la stessa situazione giuridica²²⁸. Anzi gli studi che tendono a dilatare l'ipotesi del concorso di norme a discapito del concorso di diritti mirano proprio ad evitare tale inconveniente.

In questi casi si può concludere che l'efficacia del giudicato fondato su una delle più norme in concorso rispetto ad un successivo giudizio in cui sia invocata un'altra norma non dipende dalla circostanza che il motivo portante sia comune o specifico.

²²⁶ V. *supra*, Cap. 2, par. 6.

²²⁷ V. *supra*, nt. 221.

²²⁸ Una deroga a questa regola ricorre nel caso in cui si ammetta, con Motto, che, pur a fronte dell'unicità del diritto, a seconda del motivo di rigetto sia possibile riportare in giudizio il diritto già azionato: secondo la *Begründungstheorie*, infatti, se il motivo di rigetto è rappresentato non dall'inesistenza del diritto ma dal rimedio utilizzato contro la lesione subita, motivo portante è soltanto questo profilo.

Passando infine ad esaminare il concorso di azioni²²⁹, si può osservare che il rigetto della domanda in cui era stata invocata una fattispecie legale non dovrebbe, in linea di principio, impedire all'attore di proporre la domanda invocandone un'altra²³⁰. Tuttavia si potrebbe sostenere che in alcuni casi tra le due fattispecie concorrenti sussista un nesso teleologico sostanziale tale per cui il giudicato sulla sussistenza o insussistenza dell'una crea un vincolo, in base al motivo portante, sull'altra: tale motivo portante sarebbe rappresentato proprio dal motivo comune alle due fattispecie²³¹. Viceversa nell'ipotesi in cui un nesso teleologico forte fra le due fattispecie concorrenti non sussista, il giudicato reso sulla prima fattispecie non produce alcun tipo di efficacia sul processo relativo alla seconda. Se si ragionasse diversamente si andrebbe a configurare un'estensione del giudicato ai motivi, a

²²⁹ A prescindere che lo si ammetta solo per il caso del concorso dei diritti (come fanno Menchini e Motto, pur con la deroga riferita alla nota precedente), ovvero anche per il caso del concorso di norme (come fanno Merlin e Consolo rispetto alle domande da quest'ultimo definite «complanari»).

²³⁰ Cfr. S. MENCHINI, *I limiti oggettivi*, cit., 347, spec. nt. 108; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, I, cit., 317; nella dottrina tedesca A. GEORGIADIS, *Die Anspruchskonkurrenz*, cit., 259 s.

²³¹ Cfr. A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen*, cit., 164 ss. L'Autore prende come esempio l'obbligo all'adempimento in forma specifica che è suscettibile di tramutarsi in un risarcimento per equivalente monetario se non adempiuto dal debitore. Questo esempio mostra il legame sostanziale tra le due pretese – secondo Zeuner si tratta di dipendenza reciproca (*wechselseitige Abhängigkeit*) – che determina l'applicazione della *Begründungstheorie*: «müsse die wechselseitige [Abhängigkeit] derart zur Einheit des Anspruches führen, daß die Abweisung des ersten Anspruches stets auch den anderen verneine» (A. ZEUNER, *op. ult. cit.*, 167). L'Autore prosegue affermando che il rigetto di una domanda può escludere l'accoglimento dell'altra solo se si basa sulla negazione di un fatto che è comune a entrambe le domande e quindi riguarda il loro comune scopo (*gemeinsames Ziel*); se, invece, la richiesta di risarcimento in forma specifica viene respinta perché il ripristino è impossibile per natura, tale decisione non può ovviamente avere alcun effetto giuridico sull'altra richiesta. Di conseguenza conclude: «Allgemein gesprochen, kann man als Ergebnis hiernach feststellen, daß dort, wo das Gesetz mehrere Wege zur Erreichung desselben Zieles zur Verfügung hält, die für den einen ergangene Klagabweisung auch die Beschreitung der anderen ausschließt, sofern sie nicht nur die Besonderheiten des jeweiligen Weges, sondern das gemeinsame Ziel verneint» (A. ZEUNER, *op. ult. cit.*, 169 s.; si segnala che per S. MENCHINI – A. MOTTO, *Art. 2909. Cosa giudicata*, cit., 99, nt. 218 i rapporti tra risarcimento in forma specifica e per equivalente vanno ricondotti nell'alveo del mero concorso di norme). Infine Zeuner individua tra le ipotesi di concorso di azioni cui può estendersi tale ragionamento anche il diritto di recesso dal contratto e il risarcimento del danno per inadempimento (170), il diritto alla risoluzione e il diritto alla riduzione del prezzo a fronte di vizi del bene acquistato (170 s.), le diverse pretese scaturenti da obbligazioni alternative (171; ma v. S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. loc. ult. cit.*, per i quali la fattispecie rientra nell'ambito del concorso di norme e non di azioni). Per altri esempi v. la nota successiva. La cautela ad aderire a questa ricostruzione, testimoniata dal condizionale che si è usato nel testo, deriva dalla circostanza che non è indiscutibile la sussistenza del nesso sostanziale. Come già messo in luce (v. *supra*, par. 8 s.), infatti, l'approccio casistico della *Begründungstheorie* non consente di individuare regole e principi univoci utili a riconoscere il nesso funzionale indissolubile che il giudicato è tenuto a preservare.

prescindere dal nesso teleologico: cosa che non risponde alla ratio della *Begründungstheorie*²³².

13. L'imposizione, ad opera delle parti, di un vincolo di subordinazione (o di un vincolo di completezza) nella decisione delle questioni. La dottrina individua nell'interesse il parametro alla cui stregua vagliarne l'ammissibilità. Profili critici di questa ricostruzione

La digressione sull'oggetto del giudicato doveva servire anche a chiarire i limiti entro cui può essere esercitato il potere di graduare le eccezioni (e più in generale le difese delle parti). È giunto il momento di tirare le fila di questo discorso, non prima di aver ricordato, in estrema sintesi, i risultati raggiunti. Nei limiti che si è tentato di tracciare, la sentenza passata in giudicato, di accertamento positivo, ma soprattutto di accertamento negativo, può influenzare in maniera differente l'esito di successivi giudizi in cui sia dedotto lo stesso bene della vita o beni della vita fortemente legati sul piano giuridico a quello oggetto del primo giudicato. Tale variabilità della portata oggettiva del giudicato dipende dal vincolo promanante dal motivo portante della decisione²³³.

A questa premessa si aggancia generalmente la dottrina quando traccia il perimetro entro cui le parti dispongono del potere di proporre le proprie difese in

²³² Si consideri quanto affermato da S. MENCHINI – A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 101 ss. naturalmente con riferimento a quelle fattispecie che riconducono nell'ambito del concorso di azioni. Alla pag. 101, testo e nt. 228, vengono riferiti alcuni esempi: a) nel caso in cui sia rigettata con sentenza passata in giudicato una pretesa restitutoria di carattere personale perché il convenuto non ha la disponibilità del bene, è preclusa in un secondo processo la proposizione di una domanda di rivendica (in quanto la disponibilità del bene è elemento comune alle due fattispecie); «b) nel caso in cui la domanda di rivendica sia stata respinta perché il convenuto ha un titolo legittimo di godimento (ad esempio, fondato su un rapporto di locazione), tale pronuncia, dichiarando che legittimamente il convertito gode del bene altrui, pregiudica anche la domanda fondata sul diritto personale di restituzione» e così via. Non è però sufficiente a giustificare l'effetto preclusivo sulla fattispecie concorrente la mera circostanza che il primo giudicato sia fondato su di un elemento comune, essendo necessario anche che fra le due fattispecie concorrenti sussista un nesso teleologico forte (v. infatti quanto affermato alla pag. 103, lett. c), d), e)). Altrimenti si rischia di cadere nel tranello di estendere a prescindere il giudicato ai fatti; viceversa si ribadisce – ancora una volta – che il vincolo selettivo opera solo laddove i diritti siano collegati da nessi funzionali stringenti.

²³³ Sono parafrasate nel testo le parole di C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 512 s.

via subordinata²³⁴⁻²³⁵. Il limite all'esercizio di tale potere viene infatti individuato tenendo conto dell'*interesse* all'allegazione condizionale, il quale sorge dal diverso grado di utilità che le parti possono trarre dalla decisione a seconda del motivo su cui si fonda; si tratta di un interesse giuridico rilevante, poiché la proposizione in via principale di quella difesa che consente di ottenere la massima utilità dal processo favorisce la formazione di un giudicato dotato di un'efficacia preclusiva o precettivo-conformativa maggiore, circoscrivendo di conseguenza il rischio della proposizione di successive azioni sullo stesso bene della vita o su beni della vita intensamente collegati²³⁶. In questo modo non solo è soddisfatto l'interesse privato,

²³⁴ Cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 478, 481, 512 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 144 ss., spec. 147; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 503 ss., spec. 505, nt. 16; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 981 ss.; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 168 ss., spec. 172, nt. 365. La correlazione fra l'ammissibilità della proposizione delle allegazioni in forma subordinata e l'idoneità della decisione ad assumere portata preclusiva e precettivo-conformativa diversa è stata individuata, nella dottrina italiana, per primo da A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 493, nt. 165 e ID., *La domanda giudiziale*, cit., 137 ss. Nella dottrina tedesca una pietra miliare ai fini della costruzione dell'impostazione in commento è l'opera di W. GRUNSKY, *Rechtskraft von Entscheidungsgründen*, cit., 165 ss. dove l'Autore dimostra la sussistenza del diritto della parte ad ottenere una pronuncia fondata su un certo motivo piuttosto che su un altro passando per l'efficacia variabile del giudicato e affermando l'interesse a impugnare per la sostituzione del motivo di decisione: in particolare se il convenuto può proporre impugnazione di tal fatta, allora deve essergli riconosciuto in primo grado anche il potere di vincolare il giudice all'ordine di esame da lui prospettato; il pensiero è poi ripreso in ID., *Überlegungen zur Konkurrenz*, cit., 159 ss., dove peraltro l'Autore rileva che la dottrina tedesca pare assumere una posizione contraria all'ammissibilità delle allegazioni graduate: infatti sebbene ciò non sia mai espressamente affermato, lo si trae indirettamente dal fatto che la subordinazione dell'eccezione di compensazione è trattata come un caso eccezionale (v. pag. 160). Grunsky invece afferma a chiare lettere tale facoltà in capo alle parti in via generale: «Sowohl der Kläger als auch der Beklagte haben demnach das Recht, eine das Gericht bindende Reihenfolge von Abweisungsgründen vorzugeben, wobei der nachrangige Grund erst dann herangezogen werden darf, wenn der vorrangige Grund vom Gericht verneint worden ist» (pag. 167); cfr. anche H.J. KION, *Eventualverhältnisse*, cit., 112 ss., il quale collega l'interesse alla graduazione delle difese all'influenza che in certi casi i motivi esercitano sulla portata del giudicato, ma poi nell'esemplificazione, richiama poche circoscritte ipotesi; infine, anche nella dottrina tedesca attuale, l'ammissibilità di un vincolante condizionamento nelle allegazioni (c.d. *bedingende Eventualstellung*) sembra essere impostata in termini restrittivi: è infatti affermato un generale divieto, cui fanno eccezione i casi in cui la sentenza produce un'efficacia diversa a seconda del motivo di decisione (sugli esempi offerti si tornerà più avanti): cfr. L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 65, Rn. 41; C. KERN, *vor § 128*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²³, II, Tubinga 2018, 914 s.

²³⁵ Quando si parla di difese si fa riferimento, in particolare, nella prospettiva dell'attore, ai fatti costitutivi di diritti autodeterminati che, essendo concorrenti, possono anche non sussistere tutti affinché l'effetto giuridico si produca e, nella prospettiva del convenuto, delle eccezioni. Devono probabilmente aggiungersi le contestazioni dei fatti allegati dall'avversario. Il problema di quali difese siano di preciso graduabili verrà ripreso più approfonditamente più avanti.

²³⁶ Sul collegamento fra diversa portata del giudicato e ammissibilità ed interesse al condizionamento delle difese cfr. A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale*, cit., 137 ss., spec. 139, nt. 131; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 982; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 507 ss.; D. DALFINO, *Case management*, cit., 871 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 505, nt. 16; H.J. KION, *Eventualverhältnisse*, cit., 109 ss., spec. 111 ss.

ma anche quello pubblico alla salvaguardia dell'economia extra-processuale e dunque dell'efficienza del sistema²³⁷.

Prima di individuare i limiti di esercizio del potere di graduazione delle difese e più in particolare delle eccezioni, la dottrina si è però anche interrogata sul fondamento di questo potere, rintracciandolo nel principio dispositivo in senso processuale²³⁸. In questo modo si è sgombrato il campo dall'idea che potessero essere proposte in via subordinata solo le eccezioni in senso stretto, sostenuta da alcuni sulla base di un parallelismo – in realtà indimostrato – fra potere di far valere o meno gli effetti di quel fatto i.m.e. e potere di farli valere in via principale o subordinata²³⁹. Tale conclusione si fonderebbe infatti su di una superata concezione

²³⁷ Si veda, al riguardo Cap. 2, par. 3 e *supra*, in questo Capitolo, par. 1, testo e nt. 6, e la dottrina ivi citata, cui *adde* M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 172, nt. 365. Si tenga però presente che nella dottrina italiana pare essere accordata una eccessiva preferenza alla economia extra-processuale rispetto a quella endo-processuale: senza una precisa dimostrazione si afferma diffusamente che eventuali compressioni della seconda sono assolutamente tollerabili in ragione del vantaggio che si ottiene rispetto alla prima. L'atteggiamento della dottrina tedesca pare invece più cauto ed equilibrato (v. anche quanto detto al Cap. 1, par. 4). Testimonia questo tipo di approccio C. KERN, *vor § 128*, cit., 910, il quale indica come doppio criterio per valutare l'ammissibilità della subordinazione l'interesse delle parti e l'economia processuale, senza dare per scontato che il primo assicuri automaticamente la seconda e 914, dove parla dei rischi per l'economia endo-processuale in caso di proposizione delle difese in via subordinata. Si tenga inoltre presente che non è sempre vero che il vincolo imposto dalla parte per soddisfare il proprio interesse asseconda anche l'esigenza di economia extra-processuale: si pensi all'esempio della compensazione. Il convenuto ha interesse a porre in via prioritaria la questione della non esistenza del credito principale, lasciando così aperta la possibilità di far valere in un successivo giudizio il controcredito; mentre invece le esigenze di economia extra-processuale spingerebbero per una sentenza del giudice fondata sull'eccezione di compensazione, se è vero che l'efficacia attributiva del relativo giudicato impedisce al convenuto di agire successivamente per chiedere il pagamento del controcredito.

²³⁸ Cfr. l'analisi di C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 468 ss. che giunge alla conclusione esposta nel testo sgombrando il campo dal dubbio che l'ammissibilità delle difese allegazioni subordinate possa discendere dal principio della domanda. Concorde sul punto è E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 146, anche in nt. 120 e soprattutto 151. Quest'ultima ritiene che le conclusioni restrittive cui giunge Consolo in punto di ammissibilità di graduazione delle difese – conclusioni che non condivide – derivino da un'eccessiva valorizzazione del primato della questione più liquida (cfr. E. MERLIN, *op e loc. ult. cit.*). In senso contrario pare invece P. COMOGIO, voce *Allegazione*, cit., 278 s., che sostiene che «la possibilità di preconstituire un certo ordine decisorio, proponendo domande ed eccezioni in connessione d'interdipendenza subordinata (o addirittura in relazione di alternatività) fra loro, è riconducibile con sufficiente chiarezza nel contesto dei principi enunciati dagli artt. 99 e 112, c.p.c., in quanto si riaggancia con immediatezza alla disponibilità dei diritti e della loro tutela».

²³⁹ Cfr. in questo senso, anche se si tratta solo di cenni, E.T. LIEBAMN, *L'ordine delle questioni*, cit., 542, che afferma: «l'interessato, così come può discrezionalmente opporre o non opporre una eccezione di tale natura, può anche opporla subordinatamente ad altre difese od eccezioni»; R. ORIANI, voce *Eccezione*, cit., 306, 309; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 261, nt. 9.

del potere del convenuto di sollevare eccezioni (specie in senso stretto) come controdiritto, specularmente al diritto di azione²⁴⁰.

Dalla lettura della dottrina, tuttavia, si ha l'impressione che, ai fini dell'individuazione dei limiti al condizionamento delle difese, siano stati ignorati o sottovalutati rilevanti profili problematici.

Il primo e principale problema riguarda la valutazione dell'interesse delle parti alla graduazione delle questioni; si afferma semplicemente che tale valutazione è rimessa al giudice, il quale deve indagare, caso per caso, se effettivamente il fatto posto in via preordinata può dar luogo ad un giudicato con portata oggettiva più ampia.

Si tratta a ben vedere di una valutazione estremamente complessa, in grado di impegnare molte energie del giudice. Infatti quest'ultimo non solo dovrebbe, sulla base delle argomentazioni fornite dalle parti al riguardo, interrogarsi sui tipi di nessi sostanziali e sull'efficacia che il giudicato è in grado di spiegare rispetto a situazioni giuridiche così legate (operazione di per sé complicatissima, come dovrebbe risultare chiaro da quanto emerso nei paragrafi precedenti), ma lo dovrebbe anche fare compiendo una prognosi circa la possibilità che vengano aperti successivi processi su tali situazioni. Il tutto guardando all'efficacia talvolta preclusiva (cioè di *ne bis in idem*), talaltra precettivo-conformativa (cioè di vincolo a tener fermo un certo risultato) dell'emananda pronuncia.

A seconda di quanto ampiamente si intendano gli effetti del giudicato rispetto a situazioni giuridiche connesse, il problema può acquistare contorni ancora più marcati. Così, se si ammette con la dottrina maggioritaria – ma diversamente da quanto qui sostenuto – che il motivo di decisione diversifichi l'efficacia conformativa del giudicato rispetto a futuri giudizi sui diritti dipendenti, occorre che il giudice tenga conto anche di questo profilo. Nel concreto, se il convenuto ha proposto in via principale l'eccezione di prescrizione ed in via subordinata l'eccezione di annullamento del contratto sinallagmatico posto alla base della domanda dell'attore, sussiste l'interesse alla graduazione, considerando che la prescrizione è motivo con portata precettiva più ampia rispetto al diritto dipendente

²⁴⁰ Si tratta di una posizione autorevolmente sostenuta in passato e oggi probabilmente superata (cfr., al riguardo, Cap. 1, par. 5, testo e nt. 76).

(ad esempio agli interessi), ma più ristretta rispetto alla controprestazione del contratto sinallagmatico? Il convenuto dovrebbe allegare e dimostrare al giudice le circostanze da cui deriva la maggiore probabilità che in futuro si verifichi una controversia sul diritto dipendente piuttosto che sulla controprestazione?

Si prospetta il rischio di giungere a situazioni grottesche in cui il fulcro dell'attenzione si sposta dalla discussione sul diritto oggetto del processo alla questione relativa al se la decisione fondata sul fatto A piuttosto che sul fatto B abbia conseguenze più o meno vantaggiose per le parti, ovvero se il vantaggio ottenibile dall'attore sia più meritevole di quello ottenibile dal convenuto. Il rimedio risulta peggiore del male: per cercare di evitare un futuro sviluppo della lite, ipotetico e incerto, si aggrava a dismisura la controversia, attuale e reale.

Un secondo problema coinvolge l'impugnazione. Una volta ammessa la graduazione delle questioni, si riconosce generalmente che la parte che l'ha proposta abbia interesse a impugnare la sentenza, anche a lei favorevole, quando il giudice abbia fondato la sentenza su di una ragione diversa da quella posta in via prioritaria, per ottenere la sostituzione del motivo di decisione. Così l'attore avrà interesse a impugnare la sentenza di accoglimento che sia fondata su un motivo subordinato e che non abbia deciso quello principale; lo stesso varrà per il convenuto per la sentenza di rigetto²⁴¹. Una parte della dottrina (tedesca) ritiene che una previa graduazione dei motivi in primo grado non sia necessaria ai fini dell'ammissibilità di un'impugnazione tesa ad ottenere una pronuncia dello stesso tenore di quella gravata ma diversamente motivata; tale dottrina è giunta a sostenere che l'interesse e la legittimazione a impugnare in capo all'attore per ottenere la sostituzione del motivo *di rigetto* della domanda e in capo al convenuto per ottenere la sostituzione del motivo *di accoglimento* della domanda²⁴².

²⁴¹ Cfr. L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., 144 ss., spec. 152 s.; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 490 s., 499, 521; W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz*, cit., 161 ss.; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 1012 ss.; A. MOTTO, *Ordine di esame*, cit., 162 ss.; ID., *Poteri sostanziali*, cit., 664, nt. 806. A ben vedere si distingue fra l'ipotesi in cui la parte non abbia imposto alcun vincolo di condizionamento in primo grado (nel qual caso non sussiste interesse ad impugnare per sostituire il motivo di decisione cfr. S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 1011 ss.; L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 365 ss.) dall'ipotesi in cui un tale condizionamento sia invece stato imposto. Il caso che interessa e di cui ci si occupa è naturalmente il secondo.

²⁴² È questa la teoria cui giunge, all'esito di una sofisticata dimostrazione, W. GRUNSKY, *Rechtskraft von Entscheidungsgründen*, cit., 168 ss. La teoria ha trovato parziale seguito nella dottrina tedesca (cfr., da ultimo, C. ALTHAMMER, *vor § 128*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*²³, VI, Tubinga 2018, 53 ss.), ma non è andata anche là del tutto esente da

Che si accolgano entrambe le impostazioni o – come pare più equilibrato – solo la prima, si pone il problema dell’aggravamento del lavoro del giudice dell’impugnazione in misura direttamente proporzionale all’allargamento del potere di condizionamento delle allegazioni. I giudici dell’appello, infatti, da una parte, devono compiere le stesse complicate valutazioni che si erano poste davanti ai giudici di prime cure, al fine di valutare l’interesse ad impugnare della parte, dall’altra, si trovano investiti di tutti quei giudizi di gravame proposti al solo scopo di veder modificato il motivo di decisione, giudizi che se si fosse esclusa sin dal primo grado la facoltà di porre il vincolo di condizionamento, non sarebbero stati aperti²⁴³.

Un ulteriore problema può porsi qualora si ammetta la facoltà dell’attore di graduare le eccezioni e del convenuto di graduare i fatti costitutivi, al fine di ottenere, rispettivamente, il rigetto per un motivo meno preclusivo o dotato di un’efficacia precettivo-conformativa più favorevole alla posizione attorea e l’accoglimento per un motivo più preclusivo o dotato di un’efficacia precettivo-conformativa più favorevole alla posizione del convenuto. Tale possibilità potrebbe non essere del tutto peregrina²⁴⁴. Secondo l’impostazione preferibile – come si è visto – è da escludere che sussista un onere di allegazione dei fatti giuridici rilevanti in capo alla parte a cui vantaggio operano; vige al contrario nel nostro ordinamento il principio di acquisizione, in base al quale, escluso l’utilizzo del sapere privato, il giudice può tener conto dei fatti che operano di diritto che siano stati entrati nel processo in qualsiasi modo (naturalmente lecito), sempreché non valgano a

critiche (cfr., fra gli altri, B. RIMMELSPACHER, *Zur prüfung von Amts wegen*, cit., 127 s.). Tale impostazione non ha trovato accoglimento presso la nostra dottrina (cfr., in senso critico, C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 503 ss.; L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 292 ss.; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 153 s., nt. 138).

²⁴³ Lo stesso W. GRUNSKY, *Rechtskraft von Entscheidungsgründen*, cit., 183 riconosce tale inconveniente che però per l’Autore si verifica allo stesso modo nel caso in cui si escluda l’ammissibilità del fenomeno delle difese graduate, con la sola differenza che in quest’ultimo caso sarebbero i giudici di primo grado ad essere gravati da plurimi giudizi sullo stesso diritto o su diritti strettamente collegati.

²⁴⁴ In effetti un potere di questo tipo è dato per presupposto da W. GRUNSKY, *Rechtskraft von Entscheidungsgründen*, cit., 168 ss., il quale sebbene se ne occupi sotto un profilo diverso (non quello delle allegazioni graduate in primo grado, ma quello dell’ammissibilità dell’impugnazione per la sostituzione del motivo), afferma il potere della parte di incidere sui fatti favorevoli all’altra parte. Per un cenno in senso negativo v. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 383, nt. 326 ed EAD., *Compensazione e processo*, II, cit., 153 s., nt. 138.

individuare l'oggetto del processo²⁴⁵. Se ne potrebbe trarre che come l'interessato non ha il monopolio sull'allegazione e rilevazione dei fatti favorevoli, parallelamente non è l'unico titolare del potere di graduarli. Si tratta di una conclusione che naturalmente meriterebbe un approfondimento, che però ai nostri fini non risulta necessario; infatti, se anche si esclude il potere di graduazione nell'ipotesi appena delineata, il problema si ripresenta rispetto ad un'altra del tutto simile ed espressamente contemplata dalla dottrina: la parte che gradua le contestazioni che ha mosso ai fatti avversari²⁴⁶.

Ebbene, in entrambi i casi si pone il problema intravisto da un giudice e studioso tedesco²⁴⁷: gli stessi fatti possono essere contemporaneamente oggetto di graduazione da parte di due soggetti diversi e quindi si dà la possibilità di un contrasto fra l'ordine di priorità imposto dall'uno e quello imposto dall'altro. In questo caso se, come può succedere, entrambe le parti hanno effettivamente interesse a porre alla base della decisione certe ragioni, dovrebbe forse il giudice compiere una valutazione comparativa degli interessi? Non sembra trattarsi di un'operazione facile: a tutte le complicazioni cui si è fatto cenno più indietro, si aggiunge anche il problema di stabilire quale pronuncia, fra le due ipotizzabili, è in grado di conferire un'utilità più piena ad una delle due parti, tenendo anche conto delle ragioni di stampo pubblicistico che spingono a privilegiare quel motivo che è più efficace nel prevenire il sopraggiungere di future liti.

Un ultimo problema attiene al rapporto fra la subordinazione delle allegazioni e la prova dei relativi fatti. In primo luogo, anche qualora si consideri il potere di condizionamento limitato a quei soli fatti che operano a vantaggio della parte che li subordina, si danno svariate ipotesi in cui, vista la tecnica dell'inversione dell'onere della prova (le c.d. presunzioni relative), le circostanze poste da una parte in via prioritaria devono poi essere dimostrate da parte dell'avversario. La

²⁴⁵ Cfr., al riguardo, Cap. 1, parr. 5 e 7.

²⁴⁶ Così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 28; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 345, nt. 306.

²⁴⁷ Cfr. J. BLOMEYER, *Rechtskraft und Rechtsmittel*, 592, nt. 37, il quale affronta il problema dal punto di vista del giudice dell'impugnazione in quanto oggetto di critica nel suo studio è la tesi che ammette l'impugnazione per la sostituzione del motivo di decisione. L'Autore afferma che a fronte di richieste di sostituzione dei motivi di decisione in contrasto fra loro si pongono difficoltà insormontabili (*unüberwindliche Schwierigkeiten*) per il giudice. Ad esempio, cosa deve fare il giudice quando l'appellante chiede la sostituzione del motivo A con il motivo B, ma l'appellato insiste che la decisione si fondi sul motivo A o addirittura che sia da preferire il motivo C?

graduazione, dunque, ha come effetto quello di far esaminare al giudice in via prioritaria un fatto la cui prova è scaricata sulla controparte. Inoltre, se si ammettesse che il vincolo di condizionamento possa essere imposto fin al momento della precisazione delle conclusioni – facoltà forse da escludere, ma non del tutto inverosimile²⁴⁸ – si aprirebbe ad un uso strumentale dei risultati dell'istruttoria: una parte potrebbe richiedere l'esame in via prioritaria di una questione su cui l'istruzione probatoria si è rivelata sfavorevole.

Si potrebbe obiettare che si tratta di legittime strategie difensive che sono da ricondurre all'armamentario a disposizione delle parti; ma non si può disconoscere che si tratta di poteri di forte impatto pratico, che meritano perciò, quantomeno, di essere attentamente vagliati. In ogni caso, in punto di valutazione di ammissibilità del condizionamento, si porrebbe anche qui il complicato problema di comparare i due interessi eventualmente contrapposti: quello di una parte a che si segua l'ordine di priorità delle difese dettato da motivi di strategia processuale (quelli appena visti), e quello di un'altra a che si segua l'ordine di priorità dettato dalle più volte richiamate esigenze di preclusività o percettività della sentenza passata in giudicato.

Questa rassegna delle problematiche connesse al potere graduazione delle questioni impone estrema cautela nel disegnarne il campo d'applicazione.

14. (Segue) Individuazione delle fattispecie in cui è ammissibile il condizionamento di parte

Partiamo da un'ipotesi che sicuramente ne fuoriesce: quando il condizionamento sarebbe pensato per assicurare una maggiore efficacia precettivo-conformativa sui diritti dipendenti. A questo riguardo si è detto nella parte relativa alla portata oggettiva del giudicato²⁴⁹ che il motivo di decisione non ha alcuna rilevanza in un successivo processo sul diritto condizionato. In questo caso, dunque, se si accoglie – come sembra corretto – l'irrilevanza in ogni caso del motivo di

²⁴⁸ Come si è visto, una parte della dottrina ammette le allegazioni e le contestazioni tardive. Se questo è vero non si vede perché – e a maggior ragione – non dovrebbe essere ammessa anche la graduazione tardiva.

²⁴⁹ Cfr. *supra*, par. 11.

decisione, è evidente che non può scorgersi alcun interesse meritevole alla graduazione²⁵⁰.

All'opposto prediamo un'ipotesi in cui sicuramente vi è spazio per le allegazioni in via graduata: quella in cui concorrano motivi di decisione irreversibili e motivi di decisione reversibili²⁵¹. In questo caso è di massima importanza che non rimanga assorbita la questione dell'inesistenza irreversibile del diritto oggetto del processo. Infatti, come osservato dalla dottrina, un accertamento negativo pronunciato solo allo stato (*zur Zeit*) dà adito al rischio, per non dire alla certezza, che venga riproposta la domanda al venir meno dell'elemento temporaneo su cui era basta la pronuncia. Anzi, mettere in evidenza la reversibilità del motivo, significa proprio pungolare la parte a riproporre la domanda a tempo debito. Se il diritto fosse anche irreversibilmente inesistente, si avrebbe un'inutile perdita di tempo e di risorse, che va evitata in ogni modo²⁵².

Lo stesso è da dirsi con riferimento alle ipotesi in cui in discussione sia il diritto potestativo e si chieda l'accertamento della realtà giuridica così come risulta

²⁵⁰ Cfr. in questo senso C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 514 s.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 346, nt. 306, i quali tuttavia non escludono del tutto l'irrelevanza dei motivi di decisione rispetto al diritto dipendente (v. *supra*, par. 11, testo e note 196 e 197). Di contrario avviso è invece S. MENCHINI, *L'ordine di decisine*, cit., 987 ss., spec. 995 ss., il quale sostiene l'ammissibilità della graduazione sempre sulla base della diversa utilità ritraibile dal processo per il convenuto (o anche per l'attore) rispetto ai diritti dipendenti. Lascia ampi margini al potere di subordinazione anche E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 151 ss. che ritiene che non si possano porre limiti in astratto, ma si debba guardare caso per caso quando sussiste l'interesse delle parti. Così tale interesse può sussistere anche rispetto ai diritti dipendenti; cfr. pag. 155 nt. 140: «ammesso, come non è pacifico, che la prescrizione non elida il diritto anche in tutte le sue manifestazioni accessorie maturate prima della scadenza del termine, può appunto pensarsi, per ammettere l'allegazione subordinata, all'interesse del convenuto ad ottenere una pronuncia che, col sancire la originaria inesistenza del credito, lo metta definitivamente al riparo anche dalle pretese accessorie di interessi». In termini simili v. anche M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 174 ss., il quale afferma, in via generale, che ogni volta che «la situazione sostanziale del convenuto possa venire in qualche modo incisa (negativamente) dalla pronuncia resa *principaliter* sul diritto dell'attore, il convenuto potrà senz'altro imporre che l'esame delle difese, che coinvolgono tali situazioni, avvenga solo quale *ultima ratio*» (pag. 176).

²⁵¹ Cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 503 ss. che osserva che, in questo caso, il convenuto che veda dichiarato inesistente il diritto soltanto allo stato (*zur Zeit*) ottiene una «vittoria di Pirro» e aggiunge che in questo settore le parti non hanno che lo strumento delle allegazioni subordinate per evitare la riproposizione della domanda. Nello stesso senso v. anche S. MENCHINI, *L'ordine di decisine*, cit., 987 ss., spec. 990-991; A. MOTTO, *op. ult. cit.*, 345, nt. 306; E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 146; M. FORNACIARI, *op. ult. cit.*, 172 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 505, nt. 16; L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., 146; D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti*, cit., 256, 261; W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz*, cit., 162 ss.; L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 65, Rn. 41; C. KERN, *vor § 128*, cit., 915; H.J. KION, *Eventualverhältnisse*, cit., 112; K.H. SCHWAB, *Der Streitgegenstand*, cit., 99 ss.

²⁵² Tantoché, come meglio si vedrà, probabilmente deve essere lo stesso giudice a pronunciarsi in ogni caso sul motivo irreversibile.

modificata a seguito del suo esercizio. Si è già accennato al fatto che i vizi da cui è affetto il potere sostanziale possono essere di diversa natura. Semplificando al massimo si può distinguere fra: a) vizi formali, che attengono alle scorrette modalità di esercizio; in questo caso l'accertamento della loro sussistenza non impedisce la reiterazione del potere; b) vizi sostanziali, che attengono alla carenza dei presupposti o, in generale, alla non esistenza del potere stesso; in questo caso, invece, l'accertamento della ricorrenza ne impedisce la reiterazione. Anche a questo proposito, si può parlare di motivi reversibili o irreversibili di decisione: l'accertamento fondato su di un vizio formale, che lascia impregiudicata la questione dell'inesistenza del vizio sostanziale, conduce agli stessi inconvenienti che si sono visti poco sopra. Pertanto anche qui è da considerare del tutto ammissibile l'allegazione in via prioritaria dei motivi di invalidazione del potere che ne escludono la rinnovazione²⁵³.

Occorre adesso analizzare l'ammissibilità delle allegazioni subordinate in relazione ai diritti interdipendenti (cioè legati sul piano sostanziale da nessi funzionali). Questi ultimi, si è visto, sono effettivamente coinvolti nella portata precettiva del giudicato, che può variare in ragione del motivo di decisione²⁵⁴; ciononostante un generale potere di condizionamento è da escludere²⁵⁵ in quanto il

²⁵³ Cfr., in questo senso, A. MOTTO, *Ordine di esame*, cit., 158 ss.; ID., *Poteri sostanziali*, cit., 345, nt. 306; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 989 s.

²⁵⁴ Per ricordare alcuni esempi: la decisione fondata sull'adempimento pregiudica il diritto alla ripetizione dell'indebito; la pronuncia fondata sulla compensazione pregiudica il diritto al pagamento del controcredito già opposto in compensazione; la pronuncia fondata su un'eccezione di impugnativa negoziale pregiudica il diritto a ottenere la controprestazione.

²⁵⁵ Cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 513 s., 518 ss., ma anche 528 s., 540. Con riferimento ai diritti interdipendenti, l'Autore, come già osservato, sposa pienamente la *Begründungstheorie*. Di conseguenza ritiene che la portata oggettiva del giudicato vari in ragione del motivo di decisione (pag. 508 ss.), ma esclude che in questo caso sussista un interesse concreto e attuale delle parti alla graduazione del motivo. Da una parte, infatti, non vi è spazio per una facile riproposizione della domanda – con conseguente mancata o irrilevante lesione all'economia extra-processuale – e dall'altra le parti hanno a disposizione gli istituti del cumulo originario o sopravvenuto di cause per sollecitare la definizione globale della lite su un dato complesso di rapporti giuridici (come meglio si vedrà subito nel testo); in senso contrario, tuttavia, è la dottrina maggioritaria: cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 991 ss., spec. 994-995 per i diritti interdipendenti, dove l'autore afferma che non vale in senso contrario l'argomento per cui si avrebbe a che fare in questa ipotesi con un diritto diverso, in quanto bisogna guardare caso per caso e tener conto del fatto che il processo proietta la propria efficacia sul diritto collegato; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 147 ss., la quale, anche, ritiene che in questo settore vi sia spazio per le allegazioni subordinate e ciò in quanto «la *causa petendi* segna la portata precettiva della pronuncia con riguardo al diritto fatto valere e alle implicazioni che esso evidenzia rispetto ai diritti accessori, dipendenti o interdipendenti» (così pag. 148 s., nt. 125); A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 345 s., nt. 306, dove ammette espressamente la proposizione in via subordinata delle eccezioni di compensazione,

relativo interesse non è supportato da stringenti giustificazioni sul piano processuale o da inderogabili esigenze di economia processuale, che permettano di superare i timori che si sono sopra evidenziati.

Prendiamo degli esempi. A fronte di una domanda di esecuzione della prestazione scaturente da un contratto sinallagmatico, il convenuto, se gli fosse accordato il potere di graduazione, potrebbe così combinare le proprie difese: 1) eccepire in tesi di aver pagato (prima di essere venuto a conoscenza dell'invalidità) e in ipotesi che il contratto è annullabile; oppure 2) eccepire in tesi l'annullamento del contratto e in ipotesi l'avvenuto pagamento inconsapevole. Sulla base di quanto emerso nella parte dello studio sulla portata oggettiva del giudicato si ha che: nell'ipotesi *sub* 1) il convenuto potrebbe mirare a ottenere una decisione che, in ragione del vincolo selettivo al motivo portante, gli permetta di chiedere, in un secondo processo, l'adempimento della controprestazione; nell'ipotesi *sub* 2) invece il convenuto potrebbe mirare a ottenere una pronuncia che lascia aperta la possibilità di proporre in un secondo processo l'azione di ripetizione dell'indebito.

Ebbene, si tratta di casi in cui non è necessario né opportuno concedere alla parte il potere di proporre in via graduata queste eccezioni, in vista del secondo giudizio. Come è stato giustamente osservato, il convenuto ha in questo caso a disposizione l'istituto del cumulo processuale (*ab origine* o in corso di causa)²⁵⁶, che gli consente di chiedere subito, nel giudizio in corso, rispettivamente, l'esecuzione della controprestazione e la ripetizione di quanto indebitamente pagato. È chiaro che il condizionamento sarà consentito, quando tali domande sono state effettivamente proposte, al fine di coordinare con queste ultime le eccezioni sollevate; altrimenti la difesa risulterebbe incoerente e dunque scadente²⁵⁷, come se il convenuto, senza graduare, eccepisse l'annullamento e poi chiedesse il pagamento della controprestazione contrattuale.

adempimento e impugnativa del contratto, poiché in grado di condizionare la portata oggettiva del giudicato rispetto a diritti interdipendenti.

²⁵⁶ Cfr. C. CONSOLO, *op. loc. cit.*, alla nota precedente. Nella letteratura tedesca, è il caso di ricordare ancora una volta, il ruolo rilevante che viene attribuito alla domanda di accertamento incidentale (*Zwischenfeststellungsklage*) di cui al § 256, comma 2 ZPO come contropartita rispetto alle limitazioni all'estensione dell'efficacia del giudicato ai motivi di decisione (v. al riguardo *supra* par. 8, testo e ntt. 116-117.).

²⁵⁷ V. al riguardo F. AULETTA, *Il principio generale di coerenza nella difesa della parte: nuovi approdi dell'analisi economica del diritto processuale civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 962 s.

Non si vede quali esigenze di economia (sia pure extra-)processuale sarebbero salvaguardate con la concessione del potere di subordinare le eccezioni in vista della deduzione in un secondo processo del diritto interdipendente: il vero risparmio di tempo ed energie si ottiene spingendo le parti a far valere nel processo già aperto tutte le situazioni giuridiche strettamente connesse sul piano sostanziale, appartenenti alla medesima vicenda della vita. Se il convenuto (che pure ha adempiuto) vuole vedere la domanda di pagamento del credito dell'attore respinta per inesistenza dell'obbligazione, al fine di ottenere indietro quanto ha indebitamente pagato, perché non dovrebbe richiedere subito, nel processo in corso, tale somma?²⁵⁸

Insomma anche in questo settore è da escludere che il convenuto possa graduare le proprie eccezioni sebbene ponendo in via prioritaria quelle con efficacia precettivo-conformativa più ampia rispetto a futuri giudizi sui diritti interdipendenti.

Un caso particolare è rappresentato però dall'eccezione di compensazione, che il convenuto deve poter proporre in via subordinata alle difese relative all'inesistenza del credito originario²⁵⁹. Le ragioni di tale peculiarità risiedono nella specificità della compensazione, che opera sul piano sostanziale come causa estintiva dei due crediti contrapposti e che vanta sul piano processuale una disciplina *ad hoc*.

²⁵⁸ La soluzione però è diversa se si nega che il giudicato fondato su questo fatto estintivo precluda la proposizione della successiva domanda di ripetizione dell'indebitato: così H.J. KION, *Eventualverhältnisse*, cit., 119, nt. 59; concorde C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 539, nt. 128. In questo caso mancherebbe proprio l'interesse a proporre subito la domanda di ripetizione dell'indebitato posto che anche la pronuncia fondata sull'adempimento non avrebbe, come detto, efficacia alcuna rispetto alla *condictio indebiti*. Sempre sulla graduabilità dell'eccezione di adempimento v. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 159 ss. la quale afferma che ad evidenziare l'interesse alla sua proposizione in via subordinata è necessaria – quantomeno – la prospettazione dell'esistenza del diritto di ripetizione, oppure – a maggior ragione la relativa domanda riconvenzionale; v. anche la peculiare posizione di A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 505, nt. 16, che sembra equiparare l'eccezione di compensazione a quella di adempimento sotto il profilo della loro necessaria proposizione subordinata *ex lege*.

²⁵⁹ Cfr. E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 155 ss.; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 1003 s., spec. 1007 ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, 509 ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 345, nt. 306. Nella dottrina tedesca L. ROSENBERG – K.H. SCHWAB – P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., § 65, Rn. 41; C. KERN, *vor § 128*, cit., 915; H.J. KION, *Eventualverhältnisse*, cit., 113, dove però la soluzione è condizionata dalla regola posta dal § 322, comma 2 ZPO, secondo cui «se il convenuto ha chiesto la compensazione di un controcredito, la decisione secondo cui il controcredito non sussiste può passare in giudicato fino all'ammontare dell'importo per cui è stata fatta valere la compensazione».

Quando l'eccezione di compensazione costituisce una vera e propria domanda di accertamento incidentale *ex lege* – quando cioè il controcredito è contestato²⁶⁰ – non si pone il problema della sua graduabilità posto che, in ipotesi di sua subordinazione, si ha a che fare con un cumulo condizionale non di difese, ma di vere e proprie domande. Tuttavia, anche qualora non si rientri in questa ipotesi e dunque il controcredito venga soltanto eccepito ma non contestato (senza cioè che ne derivi un ampliamento dell'oggetto del processo), è indubbio che con l'eccezione di compensazione il convenuto si gioca il valore compensabile, sacrificando il proprio controcredito²⁶¹. Dal momento che l'ordinamento prevede istituzionalmente l'eccezione di compensazione come mezzo per portare in giudizio il controcredito, il fatto – del tutto estraneo alla sfera di controllo del convenuto – che l'attore abbia poi contestato o meno il controcredito non può determinare alcuna conseguenza sul potere di imporre il vincolo di condizionamento. Al fine di evitare il più possibile l'irreversibile sacrificio del controcredito, occorre consentire in entrambi i casi al convenuto la facoltà di spendere il valore compensabile solo in via subordinata.

Per questo una parte della dottrina ritiene che, una volta sollevata l'eccezione di compensazione, essa debba essere intesa come proposta in via subordinata²⁶². Ciò non perché abbia rilevanza il percorso logico-cognitivo seguito dal giudice – si è visto che quello che conta per determinare la portata oggettiva del giudicato è il motivo portante della decisione – ma perché occorre evitare che la decisione sulla questione di compensazione lasci assorbito il tema dell'esistenza del credito

²⁶⁰ Per la necessità della contestazione a provocare l'allargamento dell'oggetto del processo e del giudicato cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, 3 ss., dove si trovano i riferimenti di dottrina anche all'opposta tesi dell'eccezione riconvenzionale teorizzata da Mortara e alle tesi di coloro che allargano, in diversa misura, l'oggetto del giudicato anche al controcredito pur in mancanza di contestazione.

²⁶¹ Cfr. S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 1004; E. MERLIN, *op. ult. cit.*, 114 ss.; sul punto v. comunque più approfonditamente *supra*, par. 11.

²⁶² Cfr. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 154 ss. per la quale «la volontà di subordinazione deve sempre considerarsi implicitamente espressa, per il solo fatto che il convenuto abbia sollevato contestazioni, difese o altre eccezioni sull'esistenza originaria del credito». Conf. A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 345, nt. 306; *contra* A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 505, nt. 16, 509; S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 1007 s.

originario²⁶³. È tuttavia probabilmente da preferire la tesi contraria che lascia al convenuto la libertà e l'onere di individuare l'ordine di esame²⁶⁴.

Facciamo ora breve cenno al potere di graduazione in relazione al concorso di diritti e al concorso di norme.

Nell'ipotesi del concorso di diritti graduare le norme giuridiche significa proporre un cumulo condizionale subordinato (o eventuale) di domande²⁶⁵, posto che la norma applicabile è individuatrice del diritto fatto valere. Si pensi all'azione causale proposta subordinatamente all'azione cambiaria, oppure, se si aderisce ad una nozione ristretta di oggetto del giudizio in ambito di impugnative negoziali, all'azione di annullamento per errore proposta in via subordinata all'azione di annullamento per incapacità legale. Ancora, si pensi al caso in cui a fronte di una medesima lesione l'ordinamento mette a disposizione più rimedi (tipico esempio i rimedi contro l'inadempimento contrattuale); anche qui è ben possibile che la parte imponga un vincolo di subordinazione. È lo stesso diritto sostanziale che pone in capo al contraente leso la facoltà di scelta del rimedio che reputa più vantaggioso (si vedano, solo per fare alcuni esempi, gli artt. 1453, 1492, 1668, comma 1 c.c.)²⁶⁶. Non si pongono particolari problemi.

Più complessa invece l'ipotesi in cui il diritto soggettivo è unico e dunque graduare le norme giuridiche significa proporre un cumulo subordinato di mere questioni. Innanzitutto è bene richiamare i confini entro cui può legittimamente porsi il problema del condizionamento e cioè solo in presenza di norme effettivamente concorrenti (e dunque in ipotesi di coincidenza cronologica fra le stesse) e nei casi assimilabili, come il concorso di motivi di impugnativa negoziale (se si aderisce a una nozione ampia dell'oggetto del giudizio in questi casi). In

²⁶³ Due eccezioni a questa regola sono da individuarsi nelle ipotesi individuate da E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 158 s., testo e note; la questione dell'esistenza originaria del credito principale può rimanere assorbita in due casi: 1) quando il convenuto pone l'eccezione di compensazione in via prioritaria (perché ritiene di non poter sfruttare altrimenti il proprio credito, magari in quanto prescritto o in quanto il debitore non è solvibile); 2) se il credito dell'attore non risulti contestato. In questi due casi il disinteresse mostrato per il sacrificio del controcredito ne giustifica l'assorbimento.

²⁶⁴ Del resto ad essere sacrificato è solo l'interesse del convenuto poiché, come si è già notato, l'economia processuale non trae altro che beneficio da una pronuncia fondata sulla compensazione, posto che con un colpo solo si elidono (almeno in parte) due crediti e si evita (o si riduce il rischio di) un secondo processo sul credito già speso in compensazione.

²⁶⁵ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 1 ss.

²⁶⁶ Cfr. F. LENT, *Contributo alla dottrina dell'oggetto*, cit., 451.

presenza di altri tipi di relazione (esclusione, specialità ecc.) imporre un vincolo di condizionamento significa limitare in maniera illegittima il potere del giudice di qualificare giuridicamente una fattispecie: in questi casi, infatti, la norma che disciplina la fattispecie concreta è una e una soltanto e dunque il giudice deve per forza applicare quella.

Nelle ipotesi in cui invece un concorso si pone, quando le più norme possono trovare contemporanea applicazione, non pare opportuno concedere alle parti il potere di condizionamento. Anche in questo caso aprire a tale eventualità comporterebbe il rischio di trovarsi di fronte a vincoli di subordinazione intricati o contrastanti (le parti potrebbero individuare diversi ordini di esame delle norme), che il giudice dovrebbe sbrogliare tramite complesse e defatiganti indagini sull'interesse di cui possono essere titolari i proponenti²⁶⁷.

Un ultimo discorso da svolgere riguarda il potere delle parti di imporre un vincolo di completezza di esame delle questioni in capo al giudice e dunque di limitare la sua facoltà di sfrondare il materiale della cognizione. L'individuazione dei limiti al criterio della ragione più liquida era stata in precedenza rinviata²⁶⁸ ed è ora il momento di sciogliere tale riserva.

Alla luce dei risultati raggiunti in punto di portata oggettiva del giudicato si potrebbe concludere che una parte può avere un forte interesse a che la sentenza si fondi su più (portanti) ragioni. Infatti, una pronuncia di questo tipo può avere un'efficacia preclusiva o precettivo-conformativa maggiore. Vediamo alcuni esempi: a) una sentenza passata in giudicato rigetta la domanda di rivendica poiché manca la proprietà del bene in capo all'attore e poiché il convenuto non ne ha il possesso. Il fatto che le giustificazioni siano più d'una rafforza la tenuta cronologica della sentenza irrevocabile in quanto per poter tornare a discutere dell'obbligo di consegna del bene non sarà sufficiente soltanto che l'attore sia diventato nel frattempo proprietario o che il convenuto abbia acquisito il possesso, ma sarà necessario che si verificino entrambi tali eventi; b) una sentenza passata in giudicato dichiara invalida la delibera approvata dall'assemblea di condominio poiché non c'era stata regolare convocazione dei condomini, poiché la maggioranza

²⁶⁷ Per il generale divieto di condizionamento delle norme giuridiche applicabili cfr. C. KERN, *vor § 128*, cit., 913.

²⁶⁸ V. Cap. 2, par. 10, nella parte del lavoro dedicata alla completezza di esame delle questioni.

era inferiore a quella prescritta dal regolamento condominiale e poiché andava ad incidere sulle proprietà esclusive dei condomini. La pronuncia presenta una portata precettivo-conformativa ampia: qualora il condominio dovesse tornare a deliberare sullo stesso oggetto lo dovrebbe fare avendo cura di convocare regolarmente l'assemblea, di ottenere il voto di tanti condomini che rappresentino la maggioranza necessaria per la delibera e di evitare di prendere decisioni in grado di intaccare le proprietà esclusive.

Questi esempi sono per dire che una pronuncia fondata su plurime *rationes decidendi*, tramite l'ampliamento della sua efficacia preclusiva o precettivo-conformativa, potrebbe effettivamente soddisfare l'interesse della parte che vuole evitare un successivo processo. Ma a quale prezzo?

In questo caso non si pongono particolari problemi nel valutare l'interesse della parte all'imposizione del vincolo in parola: il termine di comparazione utile per una simile valutazione non è la pronuncia fondata su di un altro motivo, ma la pronuncia fondata su un numero inferiore di motivi e dunque sarà facile concludere, il più delle volte, per la sussistenza di un interesse della parte ad ottenere una pronuncia dotata di un'efficacia precettiva più pervasiva. Inoltre, i casi in cui più frequentemente sorgerà la richiesta di una sentenza plurimotivata saranno quelli in cui è in discussione la validità di un atto, frutto dell'esercizio di un potere: qui l'interesse da proteggere sarà quello alla maggiore efficacia del giudicato nel dettare la regola utile per la reiterazione del potere. L'effetto che si otterrà in questo caso è una più ampia tenuta cronologica del giudicato; effetto della cui indubbia utilità si è già parlato²⁶⁹.

Ciononostante la facoltà per le parti di imporre un vincolo di completezza è da escludersi, stante l'imponente compressione del principio di economia endo-processuale che altrimenti si avrebbe. Al giudice di primo grado (o anche dei gradi successivi) sarebbe sempre impedito di fare applicazione dello strumento della rimessione anticipata della causa in decisione *ex art. 187, comma 2 c.p.c.*, oltretutto naturalmente di motivare sulla base di un solo motivo. Un equo temperamento fra le esigenze di economia endo-processuale da una parte e di economia extra-

²⁶⁹ Cfr., in questo senso, A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 182, nt. 225; ID., *Ordine di esame delle questioni*, cit., 158 ss.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 150; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 979 s., nt. 11.

processuale e ottenimento della massima utilità ritraibile dal processo dall'altra è invece rappresentato dalla facoltà della parte di graduare le questioni, laddove possibile. In particolare nell'ipotesi in cui l'eventuale problema del vincolo di completezza perlopiù si pone, quella dell'impugnazione di atti di esercizio del potere, si è già detto che è da riconoscersi la possibilità per colui che ha esercitato l'azione di impugnativa dell'atto di far valere in via principale quei motivi di invalidazione del potere che ne escludono la rinnovazione.

15. La scelta del motivo di decisione da parte del giudice. L'individuazione, all'interno del sistema, di vincoli di subordinazione nella decisione delle questioni

Resta a questo punto da riprendere quello che è emerso nel corso della ricerca, con lo scopo di ricostruire il quadro d'insieme.

Così come affermato comunemente in dottrina e come risulta dall'analisi della giurisprudenza, quando ricorrono più concorrenti e fungibili motivi di decisione il giudice può scegliere discrezionalmente quello su cui basare la statuizione. Per descrivere questo principio, per comodità, visto l'intenso uso che se ne fa, si può mantenere l'espressione «criterio della ragione più liquida», con l'accortezza di non pretendere di trarre dalla stessa adeguate indicazioni descrittive. Del resto che la locuzione sia scarsamente eloquente è dimostrato dal fatto che in ambito tedesco, dove è nata dalla penna di Goldschmidt, non è stata pressoché mai più utilizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Tale discrezionalità, se – è vero – lascia spazio a svariate scelte di politica giudiziaria (ad esempio il giudice seleziona il motivo che reputa più convincente, quello che ritiene possa fornire una risposta più definitiva alla domanda di giustizia delle parti, oppure quello relativo ad un argomento su cui è più preparato), tuttavia conferisce flessibilità al processo e, soprattutto, non è surrogabile, vista l'impossibilità di individuare all'interno del merito un generale ordine di decisione delle questioni.

Il diritto positivo e i principi generali del processo civile confermano in effetti il primato della ragione più liquida, senza farne però un criterio affatto inderogabile. Di conseguenza il tema di indagine si sposta sui suoi limiti. I primi che si sono individuati, con un'operazione tutto sommato semplice, sono quelli che derivano direttamente dal diritto sostanziale (così si è affermata la priorità d'esame dei fatti che si pongono anche come impeditivi o estintivi di un'altra eccezione).

Il secondo ordine di limiti al criterio della libera scelta del motivo di decisione da parte del giudice è quello derivante dai vincoli (legittimi) imposti dalle parti. Dalla ricerca condotta è emersa la necessità di discostarsi dall'opinione maggioritaria, circoscrivendo al massimo le ipotesi in cui è da ritenere consentita l'articolazione condizionale delle difese: è ammissibile porre le questioni che danno luogo a una pronuncia di accertamento dell'inesistenza del diritto solo allo stato (*zur Zeit*) in via subordinata alle difese che fondano un accertamento negativo irreversibile; far valere in via principale quei motivi di invalidazione del potere che ne escludono la rinnovazione; porre l'eccezione di compensazione in via subordinata alle difese relative all'inesistenza del credito principale; imprimere un condizionamento per coordinare la difese con eventuali domande cumulate in via subordinata nel medesimo processo.

Richiamati questi limiti, occorre valutarne un altro, per cui è necessario aggiungere un ultimo tassello alla ricostruzione. La domanda da cui partire è la seguente: esistono casi in cui l'obbligo per il giudice di esaminare alcune questioni prima di altre deriva direttamente dai *principi processuali*?²⁷⁰

Un simile potere/dovere officioso, qualora effettivamente esistente, è giustificabile solo per le ipotesi in cui sussista un univoco e forte vantaggio non solo e non tanto per la parte a cui favore opera la questione esaminata in via prioritaria, ma soprattutto per l'intero sistema giustizia. Il campo di indagine si restringe sostanzialmente all'ipotesi in cui concorrono motivi di decisione

²⁷⁰ È opportuno precisare che il problema sembra potersi porre solo con riferimento alle questioni interne allo stesso oggetto del processo. Per quanto riguarda l'ipotesi delle più domande, il potere/dovere del giudice di scegliere quella più conveniente dal punto di vista dell'economia extraprocessuale è probabilmente da escludere. Più precisamente: il problema non si pone quando le parti hanno imposto il vincolo di condizionamento; potrebbe porsi quando le domande sono state proposte in via alternativa ma in questo caso la piena fungibilità delle stesse non pare potersi negare, pena mettersi in contrasto con il principio dispositivo sostanziale (cfr., al riguardo, E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 88, nt. 172).

reversibili e irreversibili, in quanto è solo in questo caso, come si è visto, che la declaratoria di inesistenza del diritto oggetto del processo solo allo stato (*zur Zeit*) conduce ad una pressoché sicura riproposizione della domanda allorché si verifica il fatto su cui si fondava il precedente diniego²⁷¹. Se questo è vero occorre ritenere che il giudice sia sempre obbligato in questi casi ad esaminare la questione dell'esistenza o inesistenza irreversibile del diritto fatto valere²⁷². Così facendo si evita la riproposizione della domanda; ciò vale anche nel caso in cui il giudice dichiara la futura *esistenza* del diritto, motivata sulla base della sussistenza di tutti

²⁷¹ Cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 503 ss.; ID., *Oggetto del giudicato*, I, 222, nt. 10 dove osserva che, rigettando la domanda dell'attore per inesistenza del diritto solo allo stato, si ha che la decisione su quest'ultimo si spalma su due processi, dove il secondo è sostanzialmente il seguito del primo. È interessante osservare che B. HEIDERHOFF, *Der entschiedene Lebenssachverhalt*, cit., 193, afferma che o dal dispositivo o dalla motivazione deve emergere che si tratta di un rigetto *zur Zeit*; il che non può che essere funzionale a mettere la parte, a cui vantaggio la reversibilità del motivo opera, nella condizione di procedere a tempo debito con la reiterazione della domanda.

²⁷² Si tratta di una soluzione che si è già affacciata in dottrina, sebbene in maniera molto flebile e in misura non del tutto conforme a quanto qui si sostiene. Uno spunto esplicito lo si rintraccia in A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi*, cit., 505, nt. 16 che afferma: «quando i motivi concorrono a stabilire la portata dell'accertamento giudiziale, rovesciare l'ordine logico – come può avvenire applicando le disposizioni in 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 riapre: come avviene se si respinga la domanda in quanto si ritenga che in ogni caso non si è verificata la condizione, anziché escludere che il contratto sia stato stipulato, oppure per il fatto che comunque il diritto si sarebbe estinto per adempimento o per compensazione, invece che negare che il diritto stesso sia mai sorto (...). Aggiungo che è anche un'esigenza di economia processuale che viene qui in gioco a richiedere che la decisione contenga una definitiva composizione della lite tra le parti; e che pure nelle ipotesi ora esaminate non mi pare che possa rimettersi alle parti la determinazione dell'ordine logico dell'esame delle questioni da parte del giudice». Di contrario avviso, senza che peraltro siano esplicitati i motivi, la dottrina maggioritaria, la quale ritiene che, a fronte di una tutela differenziata per il vincitore a seconda del motivo di decisione, sia necessaria un'istanza di parte affinché il giudice sia obbligato a seguire un certo ordine di decisione: cfr. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, I, cit., 515 ss.; S. MENCHINI, *L'ordine di decisione*, cit., 981 ss.; A. MOTTO, *Ordine di esame*, cit., 161; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali*, cit., 79 s., 168 ss.; L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, cit., 143 ss.; nella dottrina tedesca cfr. W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz*, cit., 167 s. che afferma che spetta solo alle parti il potere di chiedere il rigetto sulla base di più motivi o di un motivo specifico e aggiunge che in mancanza di una simile istanza il giudice è libero di fondare la decisione su un motivo che conduce ad un rigetto solo *zur Zeit*. Per l'Autore si tratterebbe della conseguenza del principio dispositivo in senso sostanziale (*Dispositionsmaxime*). Si tratta però di una considerazione non condivisibile: la nostra dottrina ha infatti efficacemente dimostrato che il potere di graduazione delle difese si aggancia semmai al principio dispositivo in senso processuale (*Verhandlungsmaxime*; cfr. *supra*, par. 13, testo e nt. 238). A ben vedere, però, a conclusioni non troppo dissimili da quelle di chi sostiene l'obbligo per il giudice di seguire un determinato ordine di esame a prescindere dal condizionamento imposto dalle parti giunge chi afferma che nella proposizione di plurime difese è da leggere un'implicita graduazione. Così E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, 157 e A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 664, nt. 806, con riferimento, la prima, all'eccezione di compensazione rispetto alle difese relative all'inesistenza originaria del credito principale e, il secondo, all'eccezione di adempimento rispetto alle difese relative all'originaria inesistenza del credito.

gli elementi della fattispecie costitutiva e sull'insussistenza di alcun fatto i.m.e., ad eccezione di quello reversibile che conduce ad un accertamento negativo solo allo stato. Il vantaggio dell'esame dell'intera fattispecie, pur in presenza di un motivo che da solo potrebbe reggere la decisione, consiste in ciò, che al sopraggiungere dell'evento futuro, la sentenza passata in giudicato conterrà già la regola di condotta cui le parti potranno far riferimento²⁷³. In sintesi, proposta una domanda relativa ad un determinato diritto soggettivo, il giudice deve operare in questo modo: a) se intende rigettarla in ogni caso, deve fondare la pronuncia, in deroga al criterio della ragione più liquida, su un elemento irreversibile; b) se intende rigettarla perché il diritto non è ancora sorto, ma verrà ad esistenza una volta verificatosi l'evento reversibile, deve dar conto di ciò nella motivazione o direttamente nel dispositivo.

Questa è la soluzione che meglio attua i principi di effettività della tutela, di strumentalità del processo e di economia (extra-)processuale e che garantisce la pienezza degli effetti del giudicato. Si tratta di valori che richiedono di essere tenuti in considerazione a prescindere dalla volontà della parte. Limitando la decisione sul motivo irreversibile alla sola ipotesi in cui vi sia una previa graduazione dei motivi, si giungerebbe all'inaccettabile conseguenza che tali principi potrebbero operare solo quando le parti lo permettano²⁷⁴.

A fronte di interessi di tale rilevanza è legittimo circoscrivere sempre l'operare del criterio della ragione più liquida, che – come più volte sostenuto – non merita di essere assolutizzato. Peraltro proprio in fase decisoria, si è osservato, l'aggancio con il principio di economia endo-processuale si attenua e dunque è lecito aprire a criteri di decisione che rispondano ad altri principi, come quello di

²⁷³ Si tratta di un'ipotesi eccezionale in cui i motivi di decisione sebbene formalmente non portanti (v. *supra*, parr. 9 in fondo e 10), contribuiscono a determinare la portata oggettiva del giudicato. L'eccezione è più formale che reale dal momento che in questo caso il giudice accerta l'inesistenza del diritto dedotto in giudizio solo «allo stato», mettendo dunque in evidenza che il diritto è sospensivamente condizionato al verificarsi di un certo fatto.

²⁷⁴ È opportuno notare che la dottrina (cfr. *supra*, ntt. 234 e 236) offre la medesima soluzione a tutte le ipotesi in cui la portata oggettiva del giudicato può variare in ragione del motivo di decisione; al contrario non prende in considerazione, nella valutazione circa il dovere del giudice di seguire d'ufficio un certo ordine di esame delle questioni, i principi citati. Tuttavia è da notare che anche l'applicazione del criterio della ragione più liquida di decisione contribuisce a determinare l'efficacia del giudicato (se si allarga o si ordina l'oggetto della cognizione si amplia anche la portata oggettiva del giudicato); di conseguenza, se è vero che le scelte in punto di ampiezza dell'oggetto del processo e del giudicato derivano da scelte valoriali, anche nella soluzione delle problematiche in esame (sui limiti di impiego del criterio della ragione più liquida), l'interprete dovrebbe essere guidato dai medesimi valori.

economia extra-processuale e massimo sfruttamento delle utilità ritraibili dal processo²⁷⁵.

Si tratta ora di vedere se una simile limitazione del criterio della ragione più liquida opera anche negli altri casi in cui si è riconosciuto il potere di condizionamento in capo alle parti: in particolare a) quando l'eccezione di compensazione concorre con altre difese; b) quando i vizi di invalidazione dell'atto di esercizio del potere «sostanziali» concorrono con quelli «formali».

Non pare in realtà che possa affermarsi un vero e proprio dovere in tal senso ricavabile dai principi processuali nelle ipotesi in cui è riconosciuta alla parte la facoltà di imporre al giudice un vincolo di condizionamento o di completezza di esame delle questioni: a) non nel caso dell'eccezione di compensazione dove la graduazione dei motivi, come già detto²⁷⁶, realizza soltanto gli interessi del convenuto e non anche quelli del sistema che anzi sarebbero meglio garantiti da una pronuncia fondata sulla compensazione, visto che con un colpo solo si elidono due crediti e dunque si preclude la proponibilità di un eventuale giudizio sul controcredito; b) neppure nel caso dell'esame di vizi concorrenti dell'esercizio del potere dal momento che il rischio di riproposizione della domanda si pone in termini più blandi rispetto all'ipotesi del rigetto della domanda solo allo stato: ad esempio, a seguito di un giudicato che annulla una delibera per un vizio di convocazione dell'assemblea in cui quest'ultima era stata adottata, non è detto che, una volta superato un simile vizio (formale), l'atto venga reiterato con contenuto identico, in quanto sullo stesso può incidere il voto o anche solo la discussione dei soci o dei condomini che non vi avevano partecipato la prima volta²⁷⁷.

²⁷⁵ Al riguardo v. *supra*, Cap. 2, par. 2, testo e nt. 8. Si potrebbe obiettare che imponendo un obbligo al giudice (di primo grado) di procedere nel modo esposto nel testo, si aggrava il lavoro dei giudici dell'impugnazione di fronte ai quali, qualora l'obbligo venisse disatteso, potrebbe essere censurato anche tale tipo di *error in procedendo*. Tuttavia pare che sia preferibile sopportare il rischio di un tale inconveniente, che determina di fatto un appesantimento del processo in corso, piuttosto che subire l'inconveniente derivante dalla pressoché sicura riapertura di un processo del tutto nuovo.

²⁷⁶ Cfr. *supra*, nt. 264.

²⁷⁷ Cfr. in questo senso W. GRUNSKY, *Überlegungen zur Konkurrenz*, cit., 159 s., il quale afferma che è solo *consigliabile* che il giudice, a prescindere dalla volontà espressa dalle parti, fondi la pronuncia su più motivi; H.J. KION, *Eventualverhältnisse*, cit., 110, che addirittura esclude che il giudice debba decidere più questioni: «Ausführungen und Prüfungen, die für die Entscheidung des anhängigen Rechtsstreits letztlich ohne Bedeutung sind, haben zu unterbleiben». Cfr. invece la posizione più radicale di A. MOTTO, *Poteri sostanziali*, cit., 183, nt. 225; ID., *Ordine di esame*, cit., 158 ss., spec. 161, nt. 13, per cui «la deduzione con la domanda giudiziale di una pluralità di motivi

Quanto non è imposto al giudice, non è tuttavia vietato ed anzi può diventare consigliabile nel caso di specie.

Quando si è parlato della funzione del criterio della ragione più liquida, si è detto che il meccanismo più efficace per garantire la ragionevole durata è costituito dalla rimessione anticipata della causa in decisione, per il cui tramite si risparmia attività processuale potenzialmente superflua. Quando invece la causa è già transitata in fase decisoria, il primato della ragione più liquida perde in gran parte il proprio aggancio ai principi di economia endo-processuale e di ragionevole durata del processo. Qui è bene che il giudice, viceversa, privilegi quelle tecniche decisorie che favoriscano altre esigenze del sistema giustizia – in primo luogo l'economia extra-processuale – in modo da evitare l'apertura di successivi processi sulla medesima vicenda della vita²⁷⁸.

Questa linea guida si traduce in un vero e proprio dovere, nell'ipotesi della concorrenza di motivi di decisione reversibili con motivi irreversibili e in una mera raccomandazione, nelle altre ipotesi²⁷⁹. Ad esempio, se in un giudizio era stato domandato l'adempimento di una prestazione contrattuale ed erano stati eccepiti l'annullamento del negozio e la prescrizione del diritto all'adempimento, giunto in decisione, il giudice dovrebbe tendenzialmente motivare la statuizione su entrambi i motivi o preferire la questione dell'annullamento del contratto, stante la sua capacità di precludere la richiesta della controprestazione; se era stato impugnato

di invalidità dell'atto di esercizio del potere può, forse, ritenersi espressiva di un'implicita volontà dell'attore, diretta a vedere sottoposto a controllo giurisdizionale il potere sotto tutti i profili censurati».

²⁷⁸ V. quanto si era già accennato *supra*, Cap. 2, par. 2. Sulla possibilità di usare l'economia processuale per orientare i poteri del giudice v. P. COMOGLIO, *L'economia dei giudizi*, cit., 334, il quale afferma che il principio di economia processuale fornisce un canone di interpretazione per le norme e un criterio orientativo del giudice «quando egli esercita, nei limiti propri di ciascun modello processuale, i poteri di iniziativa e di direzione *ex officio*, nonché i poteri decisorii, attribuitigli dalla legge» e già in ID., *Il principio di economia*, II, 273 ss. Naturalmente il valore orientativo di questo come di altri principi costituzionali non può valere *contra legem*, ma solo nei limiti in cui le norme siano lacunose o lascino spazi di discrezionalità ai poteri di un soggetto, come nel caso in parola (v. al riguardo R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *In difesa delle norme*, cit., 1795 s.).

²⁷⁹ Può essere utile richiamare l'opinione critica che manifesta G. VERDE, *Considerazioni inattuali*, cit., 22 ss., il quale afferma che il criterio della ragione più liquida, tramite il quale il giudice si frappone fra le parti e la legge, fa pagare un caro prezzo in quanto circoscrive gli effetti preclusivi del giudicato che non si estendono alle questioni non affrontate. Verde, infatti (cfr. pagg. 25 ss.) non ragiona in termini di effetti attributivi del giudicato ma solo in termini di effetti preclusivi, collegati agli accertamenti delle questioni effettivamente compiuti dal giudice; secondo l'Autore il giudicato risolve una discussione su ciò che le parti hanno chiesto e non regola situazioni giuridiche.

un atto frutto dell'esercizio di un potere in quanto ritenuto affetto da più vizi, giunto in fase decisoria, il giudice dovrebbe fondare la statuizione sulla presenza dei più vizi dedotti ovvero privilegiare quello che detta una regola di condotta più pervasiva (tendenzialmente il vizio sostanziale).

Si tratta però di indicazioni di massima. Giustificare la decisione sulla base di una pluralità di *rationes decidendi* ha effetti benefici sull'economia del sistema a condizione che non impegni in maniera sproporzionata il giudice. Allo stesso modo, interrogarsi sulla scelta di un motivo di decisione piuttosto che di un altro è consigliabile quando è palese il maggiore effetto preclusivo o conformativo di un elemento di decisione rispetto ad un altro, non invece quando tale operazione comporta un suo sforzo nella valutazione dell'attitudine dei motivi a produrre un'efficacia oggettiva del giudicato più intensa²⁸⁰. Altrimenti, si andrebbe a tamponare il rischio di un male incerto e futuro (l'apertura di un secondo giudizio sullo stesso bene della vita o su uno strettamente collegato), con un mezzo che conduce ad uno spreco attuale di tempo.

In sintesi e in conclusione, il giudice, nella determinazione dell'ordine di esame e decisione delle questioni, deve rispettare i seguenti criteri:

1) il criterio imposto dal diritto sostanziale, quando le questioni sono fra loro in un rapporto strutturale tale per cui una è anche elemento della fattispecie dell'altra. In questo caso deve prima esaminare quella condizionante e solo dopo quella condizionata²⁸¹;

2) il vincolo imposto dalle parti, nei limiti in cui si è visto essere consentito²⁸²;

²⁸⁰ Oltre ai criteri appena ricordati, alcuni Autori suggeriscono al giudice, nella redazione della sentenza e in particolare nella scelta del motivo, di tener conto delle prospettive di impugnazione, sulla base dell'assunto che una motivazione più convincente disincentiva la proposizione del gravame. Cfr. R. VACCARELLA, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 656 s. suggerisce che nella valutazione della scelta del motivo di decisione, il giudice che redige la motivazione tenga conto della possibilità dell'impugnazione e scelga con attenzione il motivo unico su cui è fondata la decisione, alla luce del fatto che gli effetti dell'impugnazione basata su una sola questione sono gravi; per un cenno, anche P. BIAVATI, *Appunti sulla struttura*, cit., 1316, che, in termini dubitativi, suggerisce che il giudice nella scelta del motivo tenga conto delle prospettive d'impugnazione, osservando che la scelta di un motivo di decisione forte e convincente può disincentivare la proposizione del gravame.

²⁸¹ V. *supra*, par. 4.

²⁸² V. *supra*, par. 14, alla luce dei risultati dell'indagine sulla portata oggettiva del giudicato in ragione dei motivi esposta ai parr. 10, 11 e 12.

3) il vincolo ricavabile dal sistema, per cui il giudice deve anteporre la decisione delle questioni irreversibili a quelle reversibili²⁸³;

4) il criterio della ragione più liquida.

Tali criteri sono collocati in una rigida scala gerarchica e dunque quelli di grado inferiore devono essere rispettosi di quelli di grado superiore. È tuttavia da precisare che: i criteri *sub 2* e *sub 3* trovano applicazione congiunta quando il vincolo di condizionamento è posto nei rapporti fra motivi reversibili e irreversibili; il criterio *sub 3* non potrebbe comunque risultare in contrasto con il criterio *sub 1* visto che anche per diritto sostanziale le eccezioni «di attuale non esigibilità» del credito che si sono esaminate devono essere sciolte dopo le altre; viceversa il criterio *sub 2* potrebbe talvolta porsi in contrasto con il criterio *sub 1* dato che si danno ipotesi in cui l'interesse della parte suggerisce di eccepire in via principale un fatto che per diritto sostanziale è pregiudicato dalla sussistenza o insussistenza di un altro²⁸⁴. In tal caso dovrà prevalere il criterio *sub 1*.

²⁸³ V. *supra*, in questo paragrafo, alla luce dei risultati dell'indagine sulla portata oggettiva del giudicato in ragione dei motivi esposta ai parr. 10, 11 e 12.

²⁸⁴ A fronte della domanda dell'attore il convenuto potrebbe voler far valere in via principale la prescrizione, accompagnata naturalmente dalla domanda di ripetizione di quanto indebitamente pagato [si è detto invece che non si ritiene ammissibile la proposizione in via graduata delle eccezioni al fine di precostituirsi una pronuncia utile per un futuro giudizio di ripetizione dell'indebitato (v. *supra*, parr. 11 e 14)], e in via subordinata il pagamento effettuato oltre il termine di prescrizione. L'esempio è riportato anche da E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., 108 s., nt. 202 proprio allo scopo di individuare un esempio verosimile e non di scuola e di «focalizzare l'attenzione sull'interesse che potrebbe muovere il convenuto ad una simile articolazione condizionale delle difese».

BIBLIOGRAFIA

ALLORIO, E., *Critica della teoria del giudicato implicito*, in *Problemi di diritto*, II, Milano, 1957, 215 ss.; ID., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, in *Problemi di diritto*, I, Milano 1957, 1 ss.; ID., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, rist., Milano 1992; ID., *Per la chiarezza di idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Problemi di diritto*, I, Milano 1957, 195 ss.

ALTHAMMER, C., *Streitgegenstand und Interesse. Eine zivilprozessuale Studien zum deutsche und europäische Streitgegenstandsbegriff*, Tubinga 2012; ID., *sub § 300, Endurteil*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tubinga 2018²³, IV, 542 ss.; ID., *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, IV, Tubinga 2018²³, 820 ss.; ID., *vor § 128*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VI, Tubinga 2018²³

ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli 1979; ID., voce *Prova*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino 1967, 260 ss.

ATTARDI, A., *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova 1999³; ID., *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello 1949; ID., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475 ss.; ID., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova 1975, 185 ss.; ID., *L'interesse ad agire*, Padova 1955; ID., *La cosa giudicata, I, L'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1961, 1 ss.; ID., *La cosa giudicata, II, Il concetto e la natura*, in *Jus*, 1961, 188 ss.; ID., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova 1991

AULETTA, F., *Il principio generale di coerenza nella difesa della parte: nuovi approdi dell'analisi economica del diritto processuale civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 959 ss.

BALENA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I principi*, Bari 2019⁵; ID., *Le preclusioni nel processo civile di primo grado*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 265 ss.

BAUMGÄRTEL, G., *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Jur. Schulung*, 1974, 69 ss.

BECKER-EBERHARD, E., *sub § 253, Klageschrift*, in in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶, I, Monaco 2020

BENVENUTI, F., *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953.

BIANCA, C.M., *Diritto civile, VII, Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano 2012, 515 ss.;

BIAVATI, P., *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1317 ss., spec. 1318-1319; ID., *La riforma del processo civile: motivazioni e limiti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 45 ss.; ID., *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 475 ss.

BLOMEYER, A., *Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Festschrift der juristischen Fakultät der freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag*, Berlin 1955, 51 ss.; ID., *Zum Urteilsgegenstand im Leistungsprozess*, in *Festschrift für F. Lent zum 75. Geburtstag*, Monaco-Berlino 1957, 43 ss.

BLOMEYER, J., *Rechtskraft und Rechtsmittel bei Klagabweisung*, in *NJW*, 1969, 587 ss.

BOCCAGNA, S., *Le norme sul giudizio di primo grado nella delega per la riforma del processo civile: note a prima lettura*, in *DPCIEC*, 3, 2022, 253 ss.

BORSELLI, E., *Il criterio della ragione più liquida nel rapporto rito-merito: "giudicato implicito" e giudizio d'impugnazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 447 ss.

BOVE, M., *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino 2020⁶

BÜLOW, O., *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Aalen 1969.

BUONCRISTIANI, D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino 2001; ID., *Quaestio facti e quaestio iuris: il profilo statico e il profilo dinamico dell'allegazione dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 827 ss.

CAPONI, R. - DALFINO, D. - PROTO PISANI, A. - SCARSELLI, G., *In difesa delle norme processuali*, in *Foro it.*, 2010, I, 1794 ss.

CAPONI, R., *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss.; ID., *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ., Suppl.*, 2008, 59 ss.; ID., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991; ID., *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano 1996; ID., *Rigidità e flessibilità del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1442 ss.

CAPPELLETTI, B., *La testimonianza della par/te nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, I, Milano 1962.

CARIGLIA C., *Profili generali delle azioni di accertamento negativo*, Torino 2013

CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano 1951, 695 ss.

CARNELUTTI, F., *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, ora in *Diritto sostanziale e processo*, Milano 2006; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova 1936; ID., *Un lapsus evidente?*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, 28 ss.

CARPINO, B., *L'acquisto coattivo dei diritti reali*, Napoli 1977

CARRATTA, A., *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *Giur. it.*, 2009, 1464 ss.

CAVALLINI, C., *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli 2003

CAVALLONE, B., *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in ID., *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova 1991

CERINO CANOVA, A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario al codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, tomo I, vol. II; ID., *La garanzia costituzionale del giudicato (meditazioni sull'art. 111, comma 2°)*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, 395 ss.; ID., *Le impugnazioni civili*, Padova 1973; ID., *Sul contenuto delle sentenze non definitive di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 249 ss.

CHIARLONI, S., *sub art. 17 l. 353/1990*, in *Le riforme del processo civile, a cura di S. Chiarloni*, Bologna, 1992, 161 ss.

CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile, I, I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni²*, rist., Napoli 1960; ID., *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile, I*, rist., Milano 1993, 3 ss.; ID., *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, rist. con prefazione del Prof. Andrioli, Napoli 1965

CHIZZINI, A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti, Art. 2907*, in *Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger, F.D. Busnelli*, Milano 2018; ID., voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.*, XVIII, Torino 1998, 236 ss.

CIPRIANI, F., *Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3° comma c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 24 ss.

CLARICH, M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova 1989

COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, I, Padova 1980; ID., *Il principio di economia processuale*, II, Padova 1982; ID., *L'economia dei giudizi come «principio ad assetto variabile» (aggiornamenti e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 331 ss.; ID., *Le prove civili*³, Torino 2010; ID., voce *Allegazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino 1987, 272 s.

CONSOLO, C. – GODIO, F., *Le sezioni unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*, in *Corr. giur.*, 2019, 263 ss.; ID., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 225 ss.

CONSOLO, C., *Della risoluzione per inadempimento, anche stragiudiziale, senza processo, purché (fuori dagli articoli 1454 e 1456)... per contratto anche tacito (o discordia concors per acquiescenza)*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di C. Consolo, I. Pagni, S. Pagliantini, V. Roppo, M. Maugeri, Bologna 2018; ID., *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino 1991, 44 ss.; ID., *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova 1985; ID., *Il cumulo condizionale di domande*, II, *Il procedimento*, Padova 1985; ID., *Le proposte «Vassalli» di riforma del c.p.c.: note sulla disciplina della sentenza e delle sue fasi di gravame*, in *Giust. civ.*, 1989, II, 189 ss.; ID., *Le S.U. aprono alle domande «complanari»: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.*, 2015, 961 ss.; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, I, *Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 215 ss.; ID., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, II, *Oggetto del giudizio ed impugnazione del licenziamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 569 ss.; ID.,

Postilla di completamento. Il giudicato e il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?, in *Corr. giur.*, 2013, 186; ID., *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 941 ss.; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile. I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino 2019¹²; ID., *Spiegazioni di diritto processuale civile. II, Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Torino 2019¹²; ID., voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv, sez. civ.*, VII, Torino 1991, 44 ss.

COSTANTINO, G., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile». Le garanzie*, in M.G. CIVININI – C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile»*, Milano 2001, 255 ss.; ID., *Perché ancora riforme della giustizia?*, in *Questione giustizia*, 13 luglio 2021; ID., *sub art. 17 l. 26 novembre 1990, n. 353, (art. 183 c.p.c. “Prima udienza di trattazione”)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1992, 70 ss.

D’ALESSANDRO, E., *L’oggetto del giudizio di cognizione. Tra crisi delle categorie del diritto civile ed evoluzione del diritto processuale*, Torino 2016

DALFINO, D., *Case management e ordine delle questioni*, in *Studi Acone*, Napoli, 2010, II, 847 ss.; ID., *Questioni di diritto e giudicato. Contributo all’accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino 2008

DALLA BONTÀ, S., *Una «benefica inquietudine». Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 891 ss.

DE CRISTOFARO, M., *Giudicato e motivazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 41 ss.

DE MARTINO, F., *sub art. 874*, in *Commentario del codice civile a cura di A. Sialoja e G. Branca, Della proprietà, Art. 810-956*, Bologna 1976, 275 ss.

DE SANTIS, F., *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare diretto da V. Buonocore – A. Bassi, I, I presupposti. La dichiarazione di fallimento. Le soluzioni concordate*, Padova 2010, 187 ss.

DENTI, V., *L'eccezione nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 22 ss.; ID., *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 213 ss.; ID., voce *Azione, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, Roma 1988, IV, 1 ss.; ID., voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino 1967, 675 ss.; ID., voce *Questioni pregiudiziali (nel processo civile)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino 1997, 158 ss.

DIETRICH, P., *Zur materielle Rechtskraft eines klagabweisenden Urteils*, in *ZZP*, 1970 (83), 2, 201 ss.

EVANGELISTA, S., voce *Motivazione, I) Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, Milano 1977, 154 ss.

FABBRINI, G., *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano 1973; ID., *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano 1985, XXXIV, 721 ss.; ID., voce *Eccezione*, in *Enc. giur.*, XII, Roma 1989, 1 ss.

FALZEA, A., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, 432 ss.; ID., voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano 1967, 941 ss.

FANELLI, G., *Sull'ordine di esame delle questioni nel processo di cognizione*, in *giustiziacivile.com*, approfondimento del 28 novembre 2014

FAZZALARI, E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1304 ss.; ID., *Processo e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1 ss.; ID., voce *Azione civile (teoria generale e diritto processuale)*, in *Dig. disc. priv.*, II, Torino 1988, 30 ss.; ID., voce *Sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano 1989, 1245 ss.

FERRI, C., *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova 1970

FICCARELLI, B., *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011

FINZI, E., *Sull'efficacia semplicemente conservativa della trascrizione di cui all'art. 773, n. 3. c. comm. (Appunti e spunti sui fatti giuridici impeditivi)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, II, 156 ss.

FORNACIARI, M., *La condanna come accertamento del credito esigibile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 597 ss.; ID., *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996; ID., *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino 1999

GAMBINERI, B., *Dell'appello*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna 2018; EAD., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano 2008; EAD., *L'evoluzione dell'appello nell'ordinamento francese tra autorité de la chose jugée e office du juge*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 315 ss.; EAD., *Mutatio ed emendatio libelli in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 692 ss.

GARBAGNATI, E., *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 257 ss.; ID., voce *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, 1987, XXXVIII, 69 ss.

GAUL, H.F., *Die heutige Rechtskraftlehre im Stadium der Überwindung der in die Kodifikation eingeflossenen privatrechtlichen Tendenzen*, in *Festschrift für Herbert Roth zum 70. Geburtstag*, Monaco 2021, 205 ss.

GEORGIADES, A., *Die Anspruchskonkurrenz in Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, Monaco 1968

GIUDICEANDREA, N., *Le impugnazioni civili*, II, Milano, 1952

GOLDSCHMIDT, J., *Zivilprozeßrecht*, Berlin 1932², rist. 1969

GOTTWALD, P., *Die Rückkehr zum klassischen Streitgegenstandsbegriff - dank «Biominalwasser»*, in *Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag*, Monaco 2014, 173 ss.; ID., *sub § 322, Materielle Rechtskraft*, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, Monaco 2020⁶

GRASSO, B., voce *Prescrizione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano 1986, 63 ss.

GRASSO, E., *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino 1973, 1254 ss.; ID., *Interpretazione delle preclusioni e nuovo processo civile in primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 639 ss.; ID., *La pronuncia d'ufficio, I, La pronuncia di merito*, Milano 1963

GRUNSKY, W., *Rechtskraft von Entscheidungsgründen und Beschwer*, in *ZZP*, 1963 (76), 3, 165 ss.; ID., *Überlegungen zur Konkurrenz mehrerer Klageabweisungsgründe*, in *Festschrift für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag*, Monaco, 2002, 159 ss.

HABSCHEID, W.J., *Der Streitgegenstand im Zivilprozeß und im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld 1956; ID., *L'oggetto del processo nel diritto processuale tedesco*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 455 ss.

HARMS, W., *Reihenfolge der Prüfung von Prozessvoraussetzungen?*, in *ZZP*, 1970 (83),

HEIDERHOFF, B., *Der entschiedene Lebenssachverhalt und die Rechtskraftsperre bei klageabweisenden Urteilen*, in *ZZP*, 2005 (118), II, 186, 193.

HEINITZ, E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova 1937

HENCKEL, W., *Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, Heidelberg 1961;

ID., *Prozeßrecht und materielles Recht*, Gottinga 1970

KERN, C., *vor § 128*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, II, Tubinga 2018²³, 914 ss.

KION, H.J., *Eventualverhältnisse im Zivilprozeß*, Berlino 1971

LAUBINGER, H. W., ... *jedenfalls ist die Klage unbegründet. Zur Prüfungsreihenfolge von Zulässigkeit und Begründetheit*, in *Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag*, Monaco 2015, 609 ss.

LENT, F., *Contributo alla dottrina dell'oggetto del processo* (traduzione di C. Mandrioli), in *Jus*, 1953, 431 ss.; ID., *Diritto processuale civile tedesco. I, Il procedimento di cognizione*⁹, trad. di E.F. Ricci, Napoli 1962

LIEBMAN, E.T., *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1936, I, 237 ss.; ID., *Azioni concorrenti*, in *Problemi del processo civile*, Torino 1962, 54 ss.; ID., *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., Milano 1962; ID., *Figure e forme della rimessione della causa al collegio*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, 299 ss.; ID., *L'ordine delle questioni e l'eccezione di prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 539 ss.; ID., *Le opposizioni di merito nel processo d'esecuzione*, Roma 1936

LINDACHER, F. – HAU, W., *sub § 56, Prüfung von Amts wegen*, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*⁶, I, Monaco 2020

LUISO, F.P., *Contro il giudicato implicito*, in *Judicium*, 2019, 2, 181 ss.; ID., *Diritto processuale, I, principi generali*, Milano 2022¹³; ID., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Milano 2022¹³; ID., *Principio di eventualità e principio della trattazione orale*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, Milano 1993, 205 ss.; ID.,

Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata, in *Giust. civ.*, 1985, 559 ss.; ID., *sub art. 183*, in C. CONSOLO – F.P. LUIISO – B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano 1996, 135 ss.

LUPOI, M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018

MARINELLI, M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento 2005

MENCHINI, S. – MOTTO, A., *Art. 2909*, in A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, in *Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli*, Milano 2015

MENCHINI, S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987; ID., *Il giudicato civile*, in *Giur. sistematica di dir. proc. civ. diretta da A. Proto Pisani*, Torino 2002²; ID., *L'ordine di decisione delle questioni di merito nel processo di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 976 ss.; ID., *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, 931 ss.; ID., *Nullità contrattuale e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 351 ss.; ID., *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici*, in *Scritti in onore di E. Fazzalari*, III, Milano 1993, 23 ss.; ID., *Potere sostanziale e sistema delle tutele*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 805 ss.; ID., voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, Torino 1997, 404 ss.; ID., voce *Sospensione del processo civile (processo civile di cognizione)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano 1990, 1 ss.

MENESTRINA, F., *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna 1904, rist. 1963

MERLIN, E., *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 816 ss.; EAD., *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1064 ss.; EAD., *Compensazione e processo*, I, Milano 1991; EAD.,

Compensazione e processo, II, Il giudicato e l'oggetto del giudizio, Milano 1994; EAD., *Eccezioni rilevabili d'ufficio e sistema delle preclusioni in appello*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 299 ss.

MICCOLIS, G., *L'accertamento dei fatti nel processo di primo e di secondo grado*, in *Judicium*, 2019

MICHELI, G.A., *L'onere della prova*, Padova 1942

MINISTERO DI GRAZIA E GIUSTIZIA, *Codice di procedura civile. Progetto e relazione*, Roma 1937; ID., *Osservazioni e proposte sul progetto di codice di procedura civile*, Roma 1938, II

MONTANARI, M., *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 394 ss.

MONTESANO, L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino 1994; ID., *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 579 ss.

MOTTO, A., *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: mutatio o emendatio libelli?*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, 1027 ss.; ID., *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 617 ss.; ID., *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.*, 2015, I, 3190 ss.; ID., *Ordine di esame delle questioni, interesse ad impugnare ed "accertamento in prosecuzione" nei giudizi di impugnazione di atti di esercizio di poteri sostanziali*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 151 ss.; ID., *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino 2012

MUSIELAK, H.J. –VOIT, W., *Grundkurs ZPO*, Monaco 2020¹⁵

MUSIELAK, H.J., *Die rechtskräftig entschiedene Lebenssachverhalt. Versuch einer Abgrenzung*, in *NJW*, 2000, 3593 ss.

NASI, A., *Disposizione del diritto e azione dispositiva. Contributo allo studio del principio dispositivo nel processo civile di cognizione*, Milano 1965

NIKISCH, A., *Der Streitgegenstand in Zivilprozess*, Tubinga 1935

ORIANI, R., *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, in *I quaderni della rivista di diritto civile*, Padova 2003; ID., *Eccezione rilevabile di ufficio e onere di tempestiva allegazione: un discorso ancora aperto*, in *Foro it.*, 2001, I, 127 ss.; ID., *Eccezioni in senso lato e onere di tempestiva allegazione: un discorso chiuso?*, in *Foro it.*, 2013, I, 3500 ss.; ID., voce *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1991, VII, 262 ss.; ID., voce *Eccezione*, *Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur.*, XII, Roma 2001, 1 ss.

ORTESANO, R., voce *Azione in generale (storia del problema)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano 1959, 785 ss.;

PAGNI, I., *Contratto e processo*, in *Trattato sul contratto diretto da E. Roppo*, VI, *Interferenze*, Milano 2006, 823 ss.; EAD., *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata*, in *Politica dir.*, 2021, 573 ss. EAD., *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 71 ss.; EAD., *La natura dell'azione revocatoria*, in *Corr. giur.*, 2021, 821 ss.; EAD., *La risoluzione del contratto tra azione ed eccezione. Ancora sulla natura dichiarativa della sentenza che pronuncia sulla risoluzione*, in *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, a cura di C. Consolo, I. Pagni, S. Pagliantini, V. Roppo, M. Maugeri, Bologna 2018, 75 ss.; EAD., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano 1998; EAD., *Principio di proporzionalità e regole minime tra rito ordinario, rito del lavoro e tutela sommaria*, in *La tutela dei diritti e le regole*

del processo, Atti del XXXI Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra studiosi del processo civile: Padova, 29-30 settembre 2017, Bologna, 2019, 113 ss.

PANZAROLA, A., *Contro il cosiddetto giudicato implicito*, in *Judicium*, 2019, 3, 307 ss.; ID., *La Cassazione civile giudice del merito*, I, Torino 2005, 152 ss.

PERFETTI, L.R. – TROPEA, G., “Heart of darkness”: *l'Adunanza Plenaria fra ordine di esame e assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 218 ss.

PETERS, K., *Zur Rechtskraftlehre Zeuners*, in *ZZP*, 1963 (76), 236 ss.

PIEKENBROCK, A., *Die Bedeutung der Urteilsgründe für die Rechtskraft und die Beschwer*, in *Festschrift für Ekkehard Becker-Eberhard*, Monaco 2022, 421 ss.; ID., *Streitgegenstand – Funktion, Theorie, problematische Fälle* in G. Schulze (a cura di), *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint. Der modernisierte Zivilprozess in Europa*, Monaco 2013, pp. 133-156.

PIRAS, A., *Interesse legittimo e diritto potestativo. II, L'accertamento del rapporto e l'esecuzione della sentenza*, Milano 1962

POHLMANN, P., *Zivilprozessrecht*, Monaco 2022⁵

PROTO PISANI, A., *Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. giur.*, 1978, 1 ss.; ID., *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 386 ss.; ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss.; ID., *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 620 ss.; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da E. Allorio*, Torino 1973, 1046 ss.; ID., *Il codice di procedura civile del 1940 tra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, 73 ss.; ID., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991; ID., *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968; ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti. Studi*, Napoli 2003; ID., *Lezioni*

di diritto processuale civile, Napoli 2014⁶; ID., *Oggetto del processo e oggetto del giudicato nelle azioni contrattuali*, in *Foro it.*, 2016, V, 325 ss.; ID., *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 1 ss.; ID., *Riflessioni critiche sulla cosiddetta tutela giurisdizionale differenziata*, in *Lavoro e diritto*, 2014, p. 538 ss.

PRÜTTING, H., *sub § 272*, in *Münchener Kommentar zur ZPO*, Monaco 2020

PUGLIESE, G., voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 727 ss.

PULEO, S., *I diritti potestativi (individuazione delle fattispecie)*, Milano 1959

POLI, R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova 2002

RAGNI, M., *Il giudicato implicito ed il principio della ragione più liquida: i confini mobili del giudicato nella giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 647 ss.

RASCIO, N., *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli 1996

RECCHIONI, S., *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova 1999

REDENTI, E., voce *Atti processuali civili*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1959, 105 s.

RICCI, E.F., *Nooo! (La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della cassazione: da garanzia in cerca di attuazione a killer di garanzie)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 973 ss.; ID., *Sull'accertamento della nullità e della simulazione come situazioni preliminari*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 652 ss.; ID., voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, I, Torino 1987, 16 ss.

RIMMELSPACHER, B., *Materiell-rechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess*, Gottinga 1970; ID., *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Gottinga 1966

ROMANO, A., *L'azione di accertamento negativo*, Napoli 2006

ROSENBERG, L. – SCHWAB, K.H. – GOTTWALD, P., *Zivilprozessrecht*¹⁸, Monaco 2018

ROTH, H., *Materielle Rechtskraft und rechtliche Qualifikation*, in ZZZ, 2011 (124), 3 ss.; ID., *sub § 253, Klageschrift*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tubinga 2018²³, III, 777 ss.; ID., *sub § 256, Feststellungsklage*, in F. STEIN – M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tubinga 2018²³, III, 857 ss.

RUBINO, D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939

RUGGIERI, P.C., *Pronuncia oggettivamente complessa e onere d'impugnazione*, Torino 2020

SALVANESCHI, L., *L'interesse ad impugnare*, Milano 1990

SASSANI, B., *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova 1989

SATTA, S., *Accertamenti incidentali, interventi e principi generali del diritto*, in *Foro it.*, 1947, I, 29 ss.; ID., voce *Accertamento incidentale*, in *Enc. Dir.*, I, Milano 1958, 243 ss.

SAVIGNY, F.C., *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino 1847, vol. 6

SCHWAB, K.H., *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Monaco-Berlino 1954

SCOGNAMIGLIO, R., voce *Fattispecie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma 1989, 1ss.

SERRA, M.L., *Valori funzionali del processo e domanda giudiziale. Contributo breve in tema di oggetto del processo*, Napoli 2018

TARUFFO, M., «Collateral estoppel» e *giudicato sulle questioni*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 651 ss. e II, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 272 ss.; ID., *La motivazione della sentenza civile*, Padova 1974; ID., voce *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 1 ss.; ID., voce *Motivazione, III) Motivazione della sentenza (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma 1990, 1 ss.; ID., *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 253 ss.; ID., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 ss.; ID., *Lineamenti del processo di cognizione*, Milano 2001

TAVORMINA, V., *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, 21 ss.

TISCINI, R., *Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Del difetto di giurisdizione, incompetenza e litispendenza*, in *Commentario del codice di procedura civile a cura di Sergio Chiarloni*, Bologna 2018

TRAVI, A., *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 286 ss.

TRIOLA, R., *sub. art. 874*, in *Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger, F.D. Busnelli*, Milano 2013, 87 ss.

TROPEA, G., *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli 2015

TURRONI, D., *La sentenza civile sul processo*, Torino 2006; ID., *La sentenza civile*, cit., 13; dello stesso Autore v., di recente anche *Le questioni pregiudiziali di rito*, in *Giust. civ.*, 2018, 6 s.

VACCARELLA, R., *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 643 ss.; ID., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, in *Giur. sistematica di dir. proc. civ. diretta da A. Proto Pisani*, Torino 1983

VERDE, G., *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 13 ss.; ID., *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.; ID., *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli 1974; ID., voce *Dispositivo (principio)*, in *Enc. giur.*, XII, 1989, 1 ss.; ID., voce *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, 1989, 1 ss.

VIEHWEG, T., *Topica e giurisprudenza*, trad. a cura di G. Cifrò, Milano 1962

WACH, A., *Der Feststellungsanspruch - ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, in *Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888* (estratto), Leipzig 1889

WALCHSHÖFER, A., *Die Abweisung einer Klage als „zur Zeit“ unzulässig oder unbegründet*, in *Festschrift für K.H. Schwab*, Monaco 1990, 521 ss.

WETZELL, G.H., *System des ordentlichen Civilproesses*³, Lipzia 1878

WINDSCHEID, B., *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856

ZEUNER, A., *Beobachtungen und Gedanken zur Behandlung von Fragen der Rechtskraft in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in *50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft*, vol. 3, *Zivilprozess, Insolvenz, öffentliches Recht* a cura di K. Schmidt, Monaco 2000, 337 ss.; ID., *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge. Zur Lehre über das Verhältnis von Rechtskraft und Entscheidungsgründen im Zivilprozess*, Tubinga 1959