

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

FONDAZIONE PIERO CALAMANDREI

diretta dai Proff. CARLO FURNO, GIAN ANTONIO MICHELI, ALESSANDRO RASELLI

2

ALBERTO ROMANO

Dono Antolisei

LA PREGIUDIZIALITÀ
NEL
PROCESSO AMMINISTRATIVO



16 ³³³/₆₀₈

Handwritten signature or initials.

Inventario Ministeriale
-N. 38396 =



MILANO

DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE

1958

INTRODUZIONE

1. Il fenomeno della pregiudizialità costituisce un tema assai poco approfondito nella teoria del processo amministrativo ⁽¹⁾; questo argomento, infatti, è comunemente richiamato, peraltro in modo abbastanza fuggevole, solo in sede di esposizione del contenuto normativo dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato ⁽²⁾, che detta la disciplina della risoluzione delle questioni pregiudiziali, sorte nel corso del processo amministrativo, le quali abbiano per oggetto diritti soggettivi.

Questa ristretta impostazione costituisce, di per sè, una limitazione, di grave portata, apposta all'indagine relativa alla pregiudiziale nel processo amministrativo; ma essa, purtroppo, non è l'unico ostacolo che si frappone ad una completa visione del complesso fenomeno: infatti, la disciplina contenuta nell'art. 28, prima citato, è riguardata precipuamente solo da un punto di vista ben individuato: quello che attiene alla determina-

(1) È noto come la nozione di processo amministrativo non sia intesa allo stesso modo da tutti gli amministrativisti, giacchè non sempre con essa si fa riferimento agli stessi processi; tale nozione ricomprende sicuramente i processi che si svolgono davanti alle Giunte provinciali amministrative e al Consiglio di Stato; più dubbie appaiono le ipotesi dei processi davanti al Tribunale superiore delle acque pubbliche e alla Corte dei Conti, a tacere, inoltre, di alcuni casi di giurisdizioni speciali (v., sul tema, i rilievi di BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova 1953, pag. 2, 3); senza entrare in una questione metodologica, la quale, del resto, non è che il riflesso di gravi problemi di carattere sostanziale, si avverte fin dall'inizio del presente lavoro, che, nel corso di questo, l'espressione « processo amministrativo » non ha un valore tecnico, ma è solo una locuzione di comodo, la quale si riferisce al solo processo davanti alle Giunte e al Consiglio di Stato; a quel processo, cioè, la cui disciplina appare veramente unitaria.

(2) E, naturalmente, degli analoghi artt. 30, dello stesso testo unico, e 3 e 5 del testo unico delle leggi sulla Giunta provinciale amministrativa.

zione del giudice competente a risolvere le questioni pregiudiziali indicate: perciò, la norma è valutata pressochè esclusivamente in ordine alla discriminazione di giurisdizione tra il giudice amministrativo, davanti a cui si celebra il processo che qui interessa, e il giudice ordinario, che sarebbe normalmente competente a conoscere delle questioni vertenti su diritti, ove esse fossero sollevate in via principale. Questo orientamento è comune sia alle poche pagine che di solito vengono riservate all'argomento nelle trattazioni di carattere generale, come alle monografie, assolutamente sporadiche, che concernono tale oggetto specifico ⁽³⁾; ma esso lascia in ombra i profili del tema della pregiudizialità di maggiore rilievo: come si vedrà meglio in seguito, il problema della competenza finisce con essere, in definitiva, un aspetto di secondaria importanza dell'argomento qui esaminato, e, comunque, i suoi lineamenti sono meramente consequenziali rispetto ad impostazioni di più vasto respiro.

Non sembra che si possa in alcun modo giustificare la marcata trascuratezza che l'argomento della pregiudiziale ha trovato nella dottrina del processo amministrativo: una approfondita elaborazione del tema, infatti, da un lato postula un completo ripensamento di alcuni dei punti fondamentali della teoria dell'intero processo amministrativo, dall'altro costituisce essa stessa un elemento di fondamentale importanza per un affinamento di tale teoria. La migliore dimostrazione della rilevanza delle implicazioni che, sotto questo profilo, comporta una analisi non superficiale dell'istituto, dovrebbe discendere dallo svolgimento del presente lavoro; comunque, prima ancora di iniziare tale svolgimento, sembra opportuno accennare immediatamente ad una serie di rilievi, i quali indichino i profili, sotto cui l'attuale stato della dottrina è maggiormente insoddisfacente; essi, poi, sono gli

(3) Cfr.: GRANITO, *Della competenza a decidere le questioni pregiudiziali o incidentali di diritto soggettivo sorte davanti l'autorità giurisdizionale amministrativa*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 534 ss.; SALEMI, *La pregiudiziale penale amministrativa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, I, 97 ss.; cfr. anche, dello stesso SALEMI: *La pregiudiziale amministrativa nel processo penale*, *ivi*, 1924, I, 319 ss.

stessi che occorre tener presente per ogni tentativo ricostruttivo.

Si può senz'altro partire dal già citato art. 28: il suo contenuto normativo, come è noto, consta anzitutto della enunciazione di due principi generali. Da attribuzione di competenza al giudice amministrativo per la soluzione di questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti soggettivi perfetti, le quali siano sorte nel corso nel processo amministrativo; e l'esclusione dell'acquisto della forza di giudicato da parte di tali soluzioni. Seguono poi alcune eccezioni alla prima regola.

Può sembrare che questa norma, nella semplicità della sostanza del suo dettato, sia di una chiarezza di tutto riposo, e che perciò nè la sua applicazione dia luogo a problemi di esegesi, nè la sua sistemazione nei lineamenti del processo amministrativo generi problemi di inquadramento dogmatico. E proprio questa impressione, se fosse esatta, giustificherebbe completamente il già rilevato disinteresse della dottrina per il tema in esame: da ciò l'opportunità di queste osservazioni preliminari, volte a fugarla.

Limitando un primo ordine di considerazioni alla sola lettera della disposizione, si può notare come la terminologia legislativa sia incerta e tecnicamente non precisa: l'art. 28 indica l'oggetto, cui si deve applicare la disciplina in esso contenuta, facendo riferimento a questioni che definisce come pregiudiziali o incidentali ossia la legge distingue terminologicamente accanto alla categoria delle questioni pregiudiziali, quella delle questioni incidentali, pur sottoponendole ambedue alla stessa disciplina sostanziale. Questa duplicazione costituisce un ostacolo alla individuazione dell'oggetto di tale disciplina, giacchè se è possibile attribuire un significato tecnicamente preciso alla nozione di questione pregiudiziale, non altrettanto è possibile per quel che riguarda il concetto di questione incidentale.

Un primo rilievo concerne la improprietà del riferimento del carattere della incidentalità alle questioni: non è che una

questione sia o meno incidentale, ma, al contrario, essa può essere decisa *principaliter* oppure *incidenter tantum*; secondo che costituisca l'oggetto immediato o mediato della cognizione del giudice; come effetto normale di questa distinzione, si ha che nel primo caso la soluzione data acquista forza di giudicato, mentre nel secondo caso la sua efficacia è limitata all'ambito della sola controversia nella quale è sorta.

L'espressione legislativa deve perciò essere corretta nel senso di sciogliere la locuzione: *questione incidentale*, nell'altra, più esatta: *questione decisa incidentalmente*. D'altra parte, le questioni pregiudiziali, in quanto tali, sono, per definizione, decise incidentalmente; si profila allora la seguente alternativa: o la legge, riferendosi alla soluzione incidentale, ha inteso richiamare il modo di decisione delle questioni pregiudiziali, e in questo caso la dizione testuale si risolve in una tautologia, in quanto il carattere di incidentalità della decisione è già implicitamente richiamato nella nozione stessa di *questione pregiudiziale*, e, in ogni caso, non avrebbe senso una contrapposizione tra questione pregiudiziale e questione incidentale; oppure ha inteso disciplinare come le questioni pregiudiziali, altre questioni le quali pregiudiziali non sono, ma che pure, come queste, vengono decise incidentalmente⁽⁴⁾.

In sede di osservazioni preliminari, non è necessario approfondire ulteriormente il punto: è sufficiente qui rilevare come già la formulazione testuale dell'art. 28 denunci chiaramente la necessità di una precisazione di quella categoria di questioni, cui va riferita la disciplina del fenomeno della pregiudizialità. Ciò trova una immediata conferma, ove si osservi che nella stessa norma citata si richiama l'incidente di falso; questa denomina-

(4) Se la espressione impiegata dal legislatore deve essere valutata come un riferimento alla teoria, secondo la quale la questione pregiudiziale dovrebbe essere considerata come un incidente processuale, non si può fare a meno di osservare che tale teoria non è accettabile; v., in proposito, i rilievi di FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano 1942, pag. 82 ss.

zione dell'istituto, il quale, nel codice di procedura civile, dove è regolato, più correttamente è indicato con l'espressione: « querela di falso », mostra nettamente l'accentuazione dell'aspetto relativo alla incidentalità della sua decisione; incidentalità, peraltro, non facile a rinvenirsi, data la particolare disciplina della soluzione di tale questione. Ad ogni modo, corrispondentemente alla impostazione legislativa, le trattazioni a carattere generale del processo amministrativo parlano della querela di falso nella *sedes materiae* propria dei c.d. incidenti che insorgono nel corso del giudizio amministrativo: si ritornerà successivamente sul tema, anche per rilevare la inconsistenza di una categoria di incidenti processuali, la quale dovrebbe riunire istituti tra loro assai disparati; si vuole solo notare, qui, come in tal modo si venga a perdere quel collegamento tra querela di falso e teoria della pregiudiziale il quale, benchè discusso, è affermato dalla migliore dottrina civilprocessualistica.

Ma anche sotto diverso profilo l'esegesi dell'art. 28 presenta ulteriori difficoltà: infatti, le enunciazioni dei principi generali contenuti in tale norma sembrano, a prima vista, riferirsi alle questioni pregiudiziali, le quali insorgono nel corso della decisione del c.d. *meritum causae*, ossia, come poi si vedrà, quelle che sono le vere questioni pregiudiziali, in senso tecnico; ma, successivamente, nella enumerazione delle eccezioni al criterio dell'attribuzione di competenza al giudice amministrativo sulle questioni pregiudiziali su diritti soggettivi, la legge richiama le questioni inerenti alla capacità a stare in giudizio, ossia delle questioni le quali, tecnicamente, appartengono alla categoria delle questioni c.d. meramente processuali. In tal modo rimane obliterata quella distinzione tra questioni pregiudiziali di merito e questioni di rito la quale costituisce uno dei pochissimi punti fermi della dottrina civilprocessualistica sull'argomento della pregiudizialità; e la distinzione in parola non è di poco momento, giacchè ad essa si ricollegano alcuni problemi dogmatici di ampio respiro, i quali incidono profondamente sulla intera impostazione della

teoria della pregiudiziale; non solo, ma anche a prescindere dal profilo puramente sistematico, tale distinzione si riflette su una diversità della disciplina positiva, relativamente alla efficacia della decisione delle questioni dei due gruppi, almeno secondo lo orientamento della dottrina civilprocessualistica di gran lunga dominante.

L'indicazione dei punti, relativamente ai quali l'esegesi dell'art. 28 sulla base della formulazione legislativa, si presenta più malagevole, potrebbe ancora proseguire: per esempio, si potrebbero svolgere ulteriori considerazioni sulla improprietà della espressione: questioni relative a diritti, dal momento che essa si riferisce anche a questioni aventi per oggetto figure giuridiche come lo stato e la capacità dei privati individui, che certamente non possono essere ricomprese nella nozione di diritto soggettivo.

Ma converrà fermarci qui: infatti, i rilievi precedentemente svolti, indubbiamente, non possono non essere limitati ad un piano del tutto generico, sia per il loro carattere preliminare, come per il loro oggetto, che è costituito dalla sola lettera della disposizione legislativa; ma, malgrado ciò, essi confluiscono in una unica direzione: essi indicano, cioè, come le prime (e principali) difficoltà di esegesi dell'art. 28 sorgano in sede di determinazione di quello che è il campo di applicazione di tale norma: è lo stesso fenomeno della pregiudizialità che, in ultima analisi, deve essere definito e puntualizzato.

L'art. 28 nulla dice, esplicitamente, che possa servire ad individuare i caratteri della pregiudizialità; esso, anzitutto, si riferisce espressamente ad una sola delle forme con cui il fenomeno della pregiudizialità si manifesta, ossia la questione pregiudiziale; ma, anche limitandoci solo a questa, si deve rilevare come essa sia richiamata in contrapposizione alla c.d. questione principale, contrapposizione che, se da un lato è ovvia, dall'altro non costituisce uno spunto costruttivo di apprezzabile rilevanza per la delimitazione della nozione che ci interessa.

Sia ben chiaro che questo rilievo non vuole costituire una constatazione di una insufficienza legislativa: la definizione del fenomeno della pregiudizialità è cosa la quale, per le gravi implicazioni dogmatiche che l'argomento comporta, deve essere strettamente riservata all'interprete, e, perciò, bene ha fatto il legislatore a limitarsi a dettare la concreta disciplina dell'istituto. Solo, si vuole dire che l'esegesi dell'art. 28 richiede una analisi che deve essere condotta su un piano ben diverso da quello su cui normalmente ci si mantiene.

Va da sè, inoltre, che questa impostazione anche per altro verso deve essere più ampia di quella usuale: si è già notato come la pregiudiziale nel processo amministrativo, forse per suggestione dell'art. 28, che è l'unica disposizione espressa sull'argomento, sia ricordata solo a proposito delle questioni relative a diritti soggettivi; questo orientamento potrebbe far credere che il fenomeno della pregiudizialità nel processo amministrativo si esaurisca nel solo ambito di queste; è ovvio, invece, che nel processo amministrativo possono sorgere questioni pregiudiziali aventi gli oggetti più disparati, e quelle relative a diritti soggettivi sono senz'altro una netta minoranza. Ora, la definizione del fenomeno della pregiudizialità, così come è stata prospettata in relazione alle implicazioni dogmatiche cui prima si è alluso, non può non essere condotta avuto riguardo a tutte le questioni pregiudiziali che possono sorgere nel corso del processo amministrativo.

Quali siano queste implicazioni dogmatiche, è presto detto: anticipando una considerazione, che poi sarà adeguatamente svolta e motivata, si può fin da ora notare come la pregiudizialità possa essere definita solo nei confronti della nozione di oggetto del giudizio; non solo, ma per un aspetto della disciplina della pregiudiziale, il quale, peraltro, è strettamente conseguente alla contrapposizione indicata, la delimitazione della pregiudiziale stessa investe direttamente il problema dei limiti obbiettivi della cosa giudicata.

È evidentemente superfluo ogni richiamo al travaglio dot-

trinale relativo a questi due temi; travaglio che è perfettamente giustificato, giacchè essi costituiscono veramente i due punti cruciali dell'intera teoria del processo amministrativo, come, del resto, di ogni altro tipo di processo; e su di essi, perciò, si riflette necessariamente ogni difficoltà inerente alla costruzione relativa.

La teoria della pregiudizialità non può essere delineata, se non collegando ogni soluzione della ricca problematica che il tema offre, con gli orientamenti che si accolgono intorno ai punti cruciali richiamati; in questo senso, e per queste ragioni, la costruzione della teoria della pregiudizialità incide in larga misura, o, se si vuole, è in larga misura condizionata, dalla costruzione dell'intera teoria del processo; e in queste implicazioni sta la grande difficoltà del tema, ma anche il suo alto interesse.

2. Questi, i motivi che consigliano, ci sembra, un approfondimento dell'argomento della pregiudiziale.

In queste considerazioni di carattere preliminare, è però opportuno non solo accennare alle ragioni che ci hanno spinto ad intraprendere il presente lavoro, ma anche dare un sommario conto del metodo che si seguirà nel corso del suo svolgimento; infatti, mai come in uno studio dedicato alla pregiudiziale nel processo amministrativo, l'esigenza di una rigorosa linea metodologica si sente più vivamente.

Le circostanze che fanno avvertire maggiormente il problema del metodo sono ben note.

Anzitutto, la teoria del processo amministrativo come tipo autonomo di processo⁽⁵⁾ è tutta (o quasi tutta) da fare: alcune recenti, complete monografie, come quella di BENVENUTI, costi-

(5) Per rilievi sull'autonomia del processo amministrativo, rispetto al processo civile e a quello penale, v.: BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., pag. 4, 17; v. anche, a pag. 308, ulteriori considerazioni nello stesso senso, concernenti, in particolare, i caratteri dell'istruzione probatoria.

tuiscono dei notevolissimi approfondimenti di singoli istituti, i quali, però, non possono non fare maggiormente risaltare la generale carenza di elaborazione del processo amministrativo nel suo complesso. Nè possono evidentemente portare un grande contributo in questo stesso senso le trattazioni generali di giustizia amministrativa: per il loro carattere medesimo, infatti, queste non possono scendere ad una dettagliata indagine del processo amministrativo. Senza contare, inoltre, che anche nelle migliori di queste trattazioni, è possibile rinvenire un tratto comune: ossia, che il fenomeno processuale è guardato con occhi troppo abituati a studiare il diritto sostanziale, al punto da avvertirsi talvolta, tra le righe, una valutazione di mera accessoria attribuita alla dottrina del processo stesso. E, sotto questo profilo, non è fuor di luogo osservare come l'esposizione di giustizia amministrativa che senz'altro è la più suggestiva della nostra letteratura, e che pure contiene la descrizione più aderente alla realtà del processo amministrativo, presenti ciò nonostante il suo maggiore interesse per l'originalissima impostazione dei rapporti di carattere sostanziale tra privato e Amministrazione.

Comunque sia, è certo che la dottrina del processo amministrativo, al suo stato attuale, non è in grado di dare con sufficiente tranquillità i lineamenti delle nozioni cruciali del processo, a cominciare dai temi che, come si è detto, sono in larga misura implicati con quello della pregiudiziale.

Ciò è vero per la nozione di oggetto del giudizio, e ne sono prova le dispute ancora oggi vive su tale argomento: ma è da aggiungere che queste dispute colgono un profilo del problema, il quale non è quello che maggiormente interessa in questa sede: la dottrina è pervenuta ad un notevole grado di analisi dell'argomento, senza, peraltro, trovare un punto di accordo, solamente per quel che riguarda il collegamento dell'oggetto del giudizio con una situazione giuridica di carattere sostanziale, e ciò, coerentemente con l'impostazione generale dell'indagine del fenomeno processuale che si è già avuto la possibilità di rilevare.

Poco o nulla, al contrario, si è detto a proposito della ricca problematica che questa figura offre sul mero piano del processo, nei vari momenti del suo svolgimento, ed è questo l'aspetto che maggiormente interessa il tema della pregiudiziale, intesa come un fenomeno meramente processuale.

Una situazione non troppo dissimile, poi, si ha anche a proposito dell'altro punto di fondamentale importanza: il problema dei limiti obbiettivi della cosa giudicata; anche di tale tema la dottrina si è molto occupata, senza, peraltro, trovare un accordo; ma anche tale tema è stato prevalentemente valutato sotto un solo profilo: quello attinente alla individuazione, nella sua sostanza, e al di là della sua forma, dell'atto sottoposto ad annullamento. Ora si può osservare come i limiti dell'oggetto dell'annullamento non esauriscono i limiti obbiettivi del giudicato, se si riferisce quest'ultimo all'accertamento che fa stato tra le parti ai sensi dell'art. 2909 cod. civ.; non solo, ma ove si colleghi, secondo l'impostazione tradizionale, la forza di giudicato all'accertamento compiuto dall'organo giurisdizionale, i limiti dell'annullamento dell'atto dovrebbero, a rigore, essere mantenuti nettamente distinti dai limiti obbiettivi del giudicato stesso.

Ad ogni modo, qualunque siano i motivi, è certo che l'attuale stato della elaborazione della teoria del processo amministrativo, così lontana dalla maturazione nei suoi punti cruciali, non può offrire come sicuri quei dati, quelle nozioni, di cui, come si è detto, è necessario tener conto volendo delineare la teoria della pregiudiziale; ciò senz'altro aumenta l'interesse di una indagine dedicata a questo argomento, perchè la teoria della pregiudiziale non può essere dedotta, come applicazione, da concetti sicuramente ricavati *aliunde*, ma, al contrario, si pone nei confronti di questi in un rapporto di reciproco condizionamento e di mutuo scambio.

Ma la questione del metodo da seguire nell'indagine che ci accingiamo a svolgere, è resa acuta, e complicata, anche da altra circostanza: e cioè dalla notevolissima elaborazione di figure e

di nozioni cui attualmente è pervenuta la dottrina del processo civile.

È ovvio che lo studioso del processo amministrativo non può non tener conto di tale elaborazione, ma al contrario ne deve far tesoro per progredire più rapidamente, e per evitare di raggiungere dopo molte fatiche dei dati, che altrove costituiscono già dei punti fermi.

Si pone così, per l'amministrativista, un problema di utilizzazione dei concetti elaborati dalla dottrina del processo civile, problema assai complesso e che, in ogni caso, non può essere risolto sulla base di una mera trasposizione di nozioni.

Anzitutto, non si può rinunciare *a priori* ad una valutazione critica dei singoli schemi mutuati, e tale valutazione in tanto può riuscire più feconda, in quanto l'amministrativista apporta la esperienza derivante da un tipo di processo così interessante come quello amministrativo; il che, tra l'altro, costituisce anche un notevolissimo contributo per la costruzione di quella teoria generale del processo la quale al momento attuale appare possibile, e assai proficua sia sul piano scientifico come su quello pratico ⁽⁶⁾.

È ovvio, peraltro, che in tanto è possibile mutuare dalla dottrina del processo civile nozioni da questa studiate, per applicarle a processi di altro tipo e, in particolare, al processo amministrativo, in quanto tali nozioni abbiano una portata che trascende, o almeno, adeguatamente elaborate, possa trascendere l'ambito del solo processo civile.

Il che vale quanto dire che i concetti civilprocessualistici possono, di per sè, essere applicati al processo amministrativo

(6) Il tema ha attirato di recente, sia pure sotto diversi aspetti, l'attenzione di studiosi del processo; particolarmente notevoli i rilievi svolti da CONSO, sulle difficoltà della enucleazione di principi generali, i quali non valgono solo nell'ambito di un unico tipo di processo (*Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, pag. 289 ss.); d'altro canto, FAZZALARI ha considerato i problemi che sono messi di fronte alla dottrina, dall'espandersi degli schemi propri del processo, anche al di fuori delle materie tradizionalmente comprese nel diritto processuale (*Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pag. 861 ss.).

solo finchè la disciplina positiva di questi due tipi di processo coincida; quando questa coincidenza non si verifica, allora è necessaria una selezione di quei caratteri del concetto che si vuole mutuare, volta ad individuare gli aspetti di esso adeguabili anche al processo amministrativo, e, in un secondo tempo, è necessario esaminare se tale concetto, così ridotto, abbia ancora una sua propria ragion d'essere; nell'ipotesi affermativa, si sarà allora pervenuti a delineare una nozione, la quale ha una validità generale per il processo civile come per quello amministrativo e che poi sarà ulteriormente caratterizzata, nell'ambito di ciascuno di questi due tipi di processo, attraverso il suo arricchimento con gli elementi propri di ognuno di essi; nell'ipotesi negativa si sarà invece constatata una relativa incomunicabilità, nel caso esaminato, tra processo civile e processo amministrativo.

Questa opera di valutazione e di adattamento deve necessariamente essere basata sul dato positivo; ora, come è a tutti noto, la disciplina del processo amministrativo è ben diversa da quella del processo civile. Il processo civile è un processo su azione, mentre questa, almeno se intesa in senso concreto, sembra mancare nel processo amministrativo; il processo civile ha per oggetto una situazione giuridica soggettiva, mentre il processo amministrativo ha per oggetto, almeno secondo la dottrina attualmente dominante, la legittimità dell'atto impugnato; il processo civile è introdotto con la citazione rivolta alla controparte, il processo amministrativo è introdotto con il ricorso rivolto al giudice; la teoria del processo civile è modellata con assoluta prevalenza tenendo conto della particolare disciplina del processo di condanna, e cioè di quel tipo di processo che storicamente si è affermato per primo, il processo amministrativo è un processo costitutivo; il giudice nel processo civile è veramente del tutto estraneo alle parti, mentre nel processo amministrativo, malgrado la sua assoluta imparzialità, si trova sempre nel seno della stessa organizzazione amministrativa: e da ciò derivano

alcuni tratti caratteristici della disciplina del processo amministrativo, quale quello, in primo luogo, che attiene alla regolamentazione della istruzione probatoria; la teoria del giudicato nel processo civile, come già si è osservato, è modellata prevalentemente sugli schemi dell'accertamento, mentre quella del processo amministrativo risente maggiormente della nozione di limite dell'effetto costitutivo della sentenza.

E, soprattutto, il processo amministrativo, assai più di quello civile, è permeato dall'interesse pubblico; non da quell'interesse pubblico che è sempre presente in ogni manifestazione del fenomeno processuale in quanto tale, e, quindi, anche nel processo civile, perchè è pubblico l'organo che rende giustizia, e perchè è pubblica la funzione di rendere giustizia almeno secondo la concezione civilprocessualistica attualmente dominante. Si vuole invece alludere a quell'altro interesse pubblico, che non si manifesta direttamente nel processo, ma che domina anzitutto il diritto sostanziale che è oggetto del processo; e come conseguenza di questa profonda diversità tra il processo civile e il processo amministrativo, si può, per esempio, ricordare, tra le tante, la circostanza che le parti private, almeno normalmente, hanno la disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive e degli interessi sottostanti, che fanno valere nel processo, mentre tale disponibilità non ha, almeno in linea di massima, la pubblica Amministrazione.

In definitiva, le differenze di disciplina del processo amministrativo rispetto al processo civile, non concernono solo questo o quell'istituto, singolarmente considerato, ma sono assai più profonde: esse investono il fenomeno processuale nella sua totalità, a cominciare dal cruciale rapporto che intercorre tra processo e diritto.

Per quel che si è detto prima, tutto ciò non preclude *in toto*, almeno *a priori*, l'utilizzazione della elaborazione civilprocessualistica in sede di costruzione della teoria del processo amministrativo: ma obbliga l'interprete ad una continua opera di



adattamento; anzi, di correzione di prospettiva dei singoli concetti mutuati, in corrispondenza della differenza di prospettiva dell'intero processo.

Dato l'attuale stato della dottrina del processo civile e di quella del processo amministrativo, sembra che la misura del successo di ogni indagine volta in particolare a quest'ultimo, sia data dalla stessa misura con cui si è riusciti a conciliare due principi, solo apparentemente contraddittori: la massima utilizzazione della elaborazione della teoria del processo civile, con il massimo rispetto dell'autonomia e della proprietà di caratteristiche del processo amministrativo. Questa conciliazione si deve necessariamente tradurre nella costruzione generale di una teoria del processo (civile e amministrativo), e nella individuazione del *proprium* di ciascuno di questi due tipi di processo.

Nello svolgimento del presente lavoro, si è cercato di tenere costantemente conto di questa che pare la corretta impostazione del problema del metodo.

Ciò, tra l'altro, sembra che possa essere rilevato anche dallo stesso schema del lavoro: nella prima parte di esso si è tentato di sviluppare i lineamenti della pregiudiziale su un piano generale; è vero che è larghissimo il ricorso a schemi tratti dalla dottrina del processo civile, come pure si sono frequentemente proposti esempi civilprocessualistici; e, infine, si è tenuto il massimo conto degli autori e della giurisprudenza relativa; ma ciò è dovuto unicamente alla assoluta prevalenza della elaborazione della dottrina del processo civile rispetto a quella del processo amministrativo, e, ad ogni modo, si è cercato di non rinunciare mai ad una valutazione critica della prima alla luce della esperienza del secondo.

Nella seconda parte del presente lavoro, poi, si è trattata in particolare la pregiudiziale nel processo amministrativo: in tale parte non si deve vedere l'adattamento al processo amministrativo di schemi e concetti mutuati dalla dottrina del processo civile, ma piuttosto l'applicazione ad un particolare tipo di pro-

cesso, di concetti, i quali hanno di per sè una portata generale. In questa stessa seconda parte troverà la sua sede naturale l'analisi delle questioni speciali che sorgono nel processo amministrativo a proposito della pregiudiziale, e l'esegesi dettagliata dell'art. 28 più volte citato.

3. Infine, date le possibilità di utilizzare la elaborazione della dottrina del processo civile che si è cercato di mettere in luce, non sarà inopportuno indicare immediatamente quelli che sono i tratti più importanti della evoluzione di tale dottrina sul tema della pregiudiziale.

Malgrado la grande importanza di questo argomento, anche la letteratura civilprocessualistica relativa è assai scarsa.

Recentemente, si sono avuti solo lavori che non superano le dimensioni di note a sentenze⁽⁷⁾; essi, perciò, non possono avere la portata di complete esposizioni del tema, per quanto il loro valore trascenda di parecchio la mole indicata; tale importanza si ricollega precipuamente alla autorità degli studiosi cui sono dovute, e alla originalità delle loro impostazioni: queste impostazioni, infatti, costituiscono, come si vedrà, degli interessantissimi indici di una tendenza di revisione della dottrina anteriore, e contengono degli spunti ricostruttivi di molta rilevanza.

Per trovare una esauriente trattazione dell'argomento della pregiudiziale si deve risalire molto indietro nel tempo, fino al 1904, anno, cioè, in cui apparve quella che poi è rimasta, almeno fino ad ora, l'unica monografia di lingua italiana di ampio respiro sul tema: « *La pregiudiziale nel processo civile* » di MENESTRINA⁽⁸⁾.

(7) Cfr. soprattutto: CARNELUTTI, *In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, 17 ss.; SATTA, *Accertamenti incidentali, intervento e principi generali del diritto*, in *Euro. it.*, 1947, I, 29 ss.; e *Nuove riflessioni sugli accertamenti incidentali*, ivi, 1948, I, 64 ss.; MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 329 ss.

(8) Vienna, 1904; l'argomento della pregiudizialità, comunque, era molto

Si tratta di un lavoro che posteriormente fu considerato come un contributo dottrinale di importanza decisiva⁽⁹⁾; e in realtà questa valutazione appare sostanzialmente esatta, perchè in esso la problematica inerente all'argomento della pregiudizialità è già chiaramente impostata, così come è compiutamente delineato, anche con notevole precisione di dettagli, lo schema generale dell'istituto.

Il valore del lavoro del MENESTRINA aumenta poi considerevolmente, ove si consideri lo stato della dottrina sulla base della quale egli scriveva: in tale fase di evoluzione dottrinale mancava una compiuta delimitazione dei concetti connessi col tema, sulla quale il MENESTRINA si potesse basare; e anzi, a tale delimitazione, che è opera della dottrina posteriore, la monografia del MENESTRINA ha portato un contributo talvolta decisivo.

Inoltre, le soluzioni adottate dal MENESTRINA appaiono tra loro organicamente connesse, sì che tutto il lavoro può essere considerato nelle sue linee principali come una sistemazione dogmaticamente soddisfacente dell'argomento; il disegno generale dell'istituto che ne risulta è infine di una modernità notevole, la quale spiega anche la grande influenza che la monografia ebbe sulla dottrina posteriore.

Questa, infatti, in Italia, ha accolto completamente la teoria del MENESTRINA, che fino in tempi recenti è rimasta indiscussa; essa fu anche recepita *in toto* nel sistema chiovendiano,

dibattuto fin dal diritto romano e intermedio; per cenni storici v.: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 1 ss.

In tempi più recenti, sono comparse due ampie monografie dedicate all'argomento della pregiudizialità; l'una, è quella, già citata, di FOSCHINI, che riguarda la pregiudizialità nel processo penale; la seconda è quella di CAPPELLETTI, che si riferisce al processo civile, ma che concerne la sola categoria delle pregiudiziali costituzionali; questa, non di meno, presuppone una completa visione del fenomeno, e per tale ragione, ad essa si faranno ampi riferimenti in seguito.

⁽⁹⁾ Cfr., per esempio, CALAMANDREI, che definisce la monografia di MENESTRINA come «... uno dei contributi più cospicui dati alla scienza processualistica dall'intelletto italiano...» (*La sentenza soggettivamente complessa*, ripubblicata in: *Studi sul processo civile*, vol. II, Padova 1930, pag. 219).

e soprattutto, forse pure per effetto di questa recezione, dominò la stessa redazione del vigente codice di procedura civile, il quale, in alcune norme, e specialmente nell'art. 34, ha chiaramente accolto le impostazioni e le soluzioni relative⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, proprio in sede di esegesi di tali disposizioni legislative, che, a prima vista, sembrano costituire la conferma della validità delle tesi del MENESTRINA, si è delineata quella tendenza revisionistica cui si è già accennato.

Per meglio apprezzare la portata di questa, si deve notare come la mancanza, a lungo protrattasi, di parole nuove dette direttamente sul tema della pregiudiziale non sta a significare una stasi della dottrina in proposito, o almeno su argomenti connessi: essa cela, al contrario, una elaborazione e una evoluzione su quei punti fondamentali della teoria del processo che, come si è già avuto occasione di rilevare, condizionano ampiamente i lineamenti del fenomeno della pregiudizialità, e sono ampiamente da questi condizionati: i limiti obbiettivi della cosa giudicata e, soprattutto, l'oggetto del giudizio.

Si è già notato come la precisazione di queste nozioni ad opera della dottrina posteriore abbia molto risentito degli schemi proposti dal MENESTRINA, ma d'altra parte, come è naturale, talvolta se ne è per qualche suo aspetto discostata; si comprende come, per ripercussione, debbano essere allora mutati i caratteri stessi della pregiudiziale. In questo quadro deve essere valutata la tendenza revisionistica cui si è accennato.

È chiaro, peraltro, come una esposizione che non voglia essere meramente descrittiva dello stato della dottrina del processo civile, non può evitare di saggiare la consistenza delle critiche rivolte alla classica impostazione del MENESTRINA, e degli spunti ricostruttivi proposti; per le considerazioni svolte ciò im-

⁽¹⁰⁾ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., vol. I, Napoli 1954, pag. 113; SEGNI, *Della tutela giurisdizionale in generale*, in *Commentario al codice civile diretto da Scialoja e Branca*, Libro VI (*Tutela dei diritti*), pag. 348.

plica anche una valutazione degli orientamenti più recenti in ordine alla delimitazione della nozione di oggetto del giudizio, e alla soluzione del problema dei limiti obbiettivi della cosa giudicata.

Infine, non si può qui tralasciare il rilievo concernente un ampliamento di stretta attualità di quello che era l'ambito tradizionale di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità: quello conseguente all'affermazione ⁽¹¹⁾ dell'ammissibilità dell'inquadramento negli schemi della pregiudiziale della questione di legittimità costituzionale di una legge, sollevata *incidenter tantum* nel corso di un qualsiasi processo davanti a giudici ordinari o speciali; si accennerà successivamente in modo più dettagliato alle conseguenze relative a questo ampliamento in sede di delineamento dei caratteri della pregiudiziale.

PARTE PRIMA

LA PREGIUDIZIALITÀ IN GENERALE

4. Il fenomeno della pregiudizialità è assai complesso, e si manifesta in una molteplicità di forme, distinte tra di loro, seppure reciprocamente connesse in vario modo. Tali distinzioni e rapporti saranno successivamente introdotti via via che essi risulteranno come logici sviluppi del ragionamento che verrà svolto.

Come punto di partenza di tale ragionamento, si può utilmente prendere quella forma di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, la quale è usualmente considerata: la c.d. questione pregiudiziale.

I caratteri della questione pregiudiziale, almeno su un piano relativamente superficiale, sono ben noti, e non è perciò necessario soffermarvicisi a lungo: si intende per questione pregiudiziale quella questione la cui soluzione condiziona la soluzione di un'altra questione (c. d. questione pregiudicata). La pregiudizialità, quindi, si esaurisce in una relazione che lega due questioni e si qualifica, appunto, come nesso di pregiudizialità quel rapporto di antecedenza logica prima indicato.

Già da questa definizione risulta chiaro come, nello studio del fenomeno della pregiudizialità, ci si debba muovere, anzitutto, su un piano che è meramente logico: la prima definizione, quella comunemente accolta, di questione pregiudiziale è costituita, infatti, da elementi di pura logica, prescindendo da ogni valutazione di carattere tecnico-giuridico. Queste valutazioni possono essere introdotte solo mediante ulteriori precisazioni

⁽¹¹⁾ Cfr., soprattutto, la recente, notevole monografia di CAPPELETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Giuffrè 1957, e la ricca letteratura ivi citata, specie a pag. 10, nota 7.

dell'accennata definizione della nozione di questione pregiudiziale.

La prima di tali precisazioni può essere svolta sulla base del rilievo che il nesso di pregiudizialità, come tale, ha col diritto solo quel legame generico che unisce il diritto medesimo con la logica, giacchè il nesso in parola è rintracciabile nell'ambito di un qualsiasi ragionamento, che si snodi in una pluralità di momenti, e avente un qualsiasi oggetto; da un lato, non si può esaminare sotto il profilo giuridico il nesso di pregiudizialità, senza previamente svolgere alcune considerazioni sui suoi caratteri, valutati da un punto di vista meramente logico; dall'altro, però, si deve notare come al giurista possa interessare solo quel nesso di pregiudizialità che si manifesta sì, nell'ambito di un ragionamento, il quale però investa il rapporto tra elementi giuridicamente rilevanti, sia pure nel più vario dei modi; varietà, questa, che risulterà chiaramente dalle considerazioni che seguono. È proprio in tale ambito di manifestazione del nesso di pregiudizialità che si profilano i gravi problemi giuridici, cui è dedicato il presente lavoro.

Non solo, ma arricchendo di ulteriori elementi giuridici il nesso di pregiudizialità, è possibile pervenire all'enucleazione di un concetto di questione pregiudiziale, il quale è più ristretto rispetto a quello deducibile su un piano meramente logico, ma presenta per il giurista una utilità maggiore.

Non è opportuno approfondire immediatamente il punto: è bene però avvertire fin da ora come tale enucleazione possa procedere solo mediante una specificazione della più ampia categoria della pregiudizialità in senso meramente logico, la quale si pone nei suoi confronti come il genus, la cui caratterizzazione di massima non viene scossa; ciò importa l'ovvia conseguenza che se non tutte le pregiudiziali in senso logico sono anche pregiudiziali in senso giuridico, tutte le pregiudiziali in senso giuridico sono anche pregiudiziali in senso logico. In tal modo è possibile condurre il ragionamento, per il momento, nei confronti

delle pregiudiziali in senso logico, sicuri che quel che varrà per queste, deve valere necessariamente anche per le pregiudiziali in senso giuridico.

Ad ogni modo, uno degli aspetti sotto cui si manifesta maggiormente la già cennata multiformità del fenomeno della pregiudizialità, sta nella pluralità dei punti di vista da cui si può esaminare la sua rilevanza giuridica. Nel presente lavoro, si intende studiare la pregiudizialità considerata dal punto di vista processuale; ossia, si vuol sottoporre ad analisi il nesso di pregiudizialità, così come esso si manifesta nel corso del processo, e con le conseguenze che esso comporta nei confronti del processo stesso: questo, infatti, sembra il profilo, sotto cui il fenomeno della pregiudizialità si palesa più ricco e interessante, e ciò giustifica la circostanza che è da tale punto di vista che l'argomento ha richiamato la maggiore attenzione dei giuristi.

La precisazione che precede, però, deve valere solo come indicazione dell'orientamento che sarà seguito nello svolgimento del presente lavoro, ma non esclude, ed anzi vuol essere un riconoscimento esplicito della rilevanza anche extra processuale del fenomeno della pregiudizialità. Più esattamente, infatti, il nesso di pregiudizialità che si manifesta nel corso del processo talvolta non è altro che un mero riflesso di una connessione tra rapporti, tra entità giuridiche, il quale trova altrove le sue radici, e che si svolge anzitutto sul terreno del diritto sostanziale: quando ciò accade, non si mancherà di farlo rilevare a tempo e luogo opportuni; ad ogni modo l'intero problema sarà ripreso in modo più dettagliato a proposito della individuazione di quella categoria di pregiudiziali in senso giuridico cui si è già accennato.

Ma anche rimanendo sul solo piano processuale, si può notare come siano vari i profili sotto cui il fenomeno della pregiudizialità assume rilevanza. È tradizionale l'individuazione del collegamento del nesso di pregiudizialità col ragionamento compiuto dal giudice per decidere la controversia portata al suo

esame ⁽¹⁾ e sicuramente la validità di questo collegamento è ampiamente fondata, giacchè, come si vedrà, la maggior parte dei problemi giuridici relativi al fenomeno della pregiudizialità sorgono proprio a proposito dell'*iter* logico percorso dal giudice.

Anche nello svolgimento del presente lavoro ci si manterrà fedeli, per questa ragione, all'impostazione tradizionale, ma forse non sarà superfluo notare come la prima manifestazione del fenomeno della pregiudizialità sia anteriore alla stessa presa in esame della controversia da parte del giudice: infatti il nesso di pregiudizialità deve rintracciarsi anzitutto nella domanda di parte, intesa come un complesso di affermazioni tra di loro logicamente connesse. È ovvio che in tanto la connessione esistente tra le affermazioni dell'attore (e, correlativamente, del convenuto), ha una propria ragion d'essere, in quanto essa possa essere trasfusa nel ragionamento del giudice; ossia possa essere tradotta nel nesso di pregiudizialità che forma il tessuto connettivo di questo. È quindi più semplice esaminare il nesso di pregiudizialità così come esso si presenta nel ragionamento del giudice, e ciò può costituire una ulteriore giustificazione della comune impostazione.

Le fasi dell'*iter* logico compiuto dal giudice sono delimitate in modo ormai tradizionale: la ricostruzione della c. d. fattispecie concreta, la individuazione e l'interpretazione della norma di legge sotto cui sussumerla e, infine, come conclusione, l'accertamento della volontà della legge in relazione a questa singola fattispecie considerata.

In questo quadro va valutato il nesso di pregiudizialità; più precisamente, limitando, come si è detto, per il momento, l'attenzione alla sola questione pregiudiziale, si ha che il nesso di pregiudizialità si manifesta nel corso del ragionamento del giudice in tanto, in quanto le singole fasi prima delineate sono costituite da una serie di questioni che il giudice deve risolvere

per decidere la controversia portata al suo esame; e tali questioni sono tra loro legate da quel rapporto di antecedenza logica già individuato.

Più precisamente, la conclusione del ragionamento del giudice è essa stessa da considerare come la soluzione di una questione, i cui termini sono costituiti, da un lato, dalla fattispecie concreta, dall'altro, dalla norma astratta di legge: ecco, dunque, che le singole questioni nella cui soluzione consiste la ricostruzione della fattispecie concreta, nonchè l'individuazione e l'interpretazione della norma di legge da applicare ad essa, si pongono come pregiudiziali rispetto alla conclusione del ragionamento del giudice.

È chiaro che ogni ulteriore analisi del nesso di pregiudizialità deve procedere sulla base di una più dettagliata puntualizzazione dei singoli momenti attraverso cui si svolge il ragionamento del giudice; ma, prima ancora di proseguire l'indagine in tale senso, appare opportuno accennare brevemente alla rilevanza che questo ragionamento assume nel quadro generale dell'attività giurisdizionale, e degli elementi dell'atto, in cui questa attività si estrinseca: la sentenza.

Come è noto, il punto è assai dibattuto in dottrina, e il richiamo a queste dispute sembra imposto dalla necessità di determinare le eventuali conseguenze che possano avere nei confronti della costruzione della teoria della pregiudiziale le varie soluzioni che sono state sostenute: per tale ragione, si deve brevemente esporre l'evoluzione della dottrina, che si è avuta sul tema indicato.

Il profilo sotto cui la dottrina valuta tradizionalmente il problema della rilevanza del ragionamento del giudice, nei confronti del quadro degli elementi della sentenza, è quello che attiene alla natura della sentenza stessa: il problema è infatti impostato sulla base del carattere di mero accertamento, oppure di comando, che sarebbe proprio della pronuncia giurisdizionale,

(1) Cfr. MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 27 ss.

e le soluzioni volta a volta sostenute abbracciano tutta la gamma di possibilità compresa nell'alternativa delineata.

La letteratura al riguardo è assai vasta; non potendo scendere in questa sede ad una sua dettagliata esposizione, si noterà solo come in tempi meno recenti la dottrina fosse nettamente orientata nel senso che la sentenza avesse il carattere di un atto di mero accertamento della volontà della legge in relazione alla singola fattispecie portata all'esame del giudice, e che da essa esulasse ogni altro elemento di natura volitiva⁽²⁾. Il giudice non farebbe altro che individuare fedelmente il comando concreto della legge, già implicito in quello astratto; e ad esso nulla aggiungerebbe: e ciò si verificherebbe non solo nel caso della sentenza di mero accertamento, ma anche in quello della sentenza di condanna e della sentenza costitutiva⁽³⁾.

Partendo da un orientamento del genere, la sentenza consisterebbe in una serie di considerazioni, mantenute tutte rigorosamente sul piano strettamente logico, e consistenti nell'accer-

(2) Cfr. per una delle ultime, vigorose affermazioni di questa tesi: Rocco (Alfr.), *La sentenza civile*, Torino 1906, pag. 32 ss., con i richiami della dottrina anteriore; per una esposizione del succedersi delle varie teorie sul punto v. LANCELLOTTI, voce: *Sentenza civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*.

(3) Molteplici sono le costruzioni tentate per spiegare come mai fosse possibile che dalla sentenza concepita come atto di mero accertamento della volontà della legge, scaturissero effetti, come quello di condanna, o costitutivo, i quali evidentemente non possono essere ricompresi in tale accertamento; senza poter esporre in questa sede tutti questi vari tentativi, si ricorderà come Rocco costruisse la sentenza di condanna come una sentenza di accertamento cui si aggiungerebbe una specifica comminatoria di esecuzione forzata; ma tale comminatoria, in quanto tale, non andrebbe ricompresa nel puro giudizio logico che costituisce la sentenza, ma invece dovrebbe essere considerata come un « ... atto preparatorio della esecuzione » (*La sentenza civile*, cit., pagg. 162, 163).

Per quel che riguarda, poi, la sentenza costitutiva, si può ricordare l'opinione di CALAMANDREI, il quale pure è stato uno dei più vigorosi sostenitori della coesistenza di un comando accanto all'accertamento nella sentenza pronunciata dal giudice; secondo tale opinione, peraltro ben nota, l'effetto costitutivo è il prodotto di una attività del giudice ulteriore rispetto all'accertamento della volontà della legge, attività che non avrebbe carattere giurisdizionale, ma amministrativo (di giurisdizione volontaria) (*Limiti tra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, ripubblicato in *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova 1930, pag. 246, 247).

tamento di elementi che rilevano per l'individuazione della volontà concreta della legge; e sono appunto tali considerazioni che costituiscono nel loro complesso l'*iter* compiuto dal giudice; questioni pregiudiziali, e questione pregiudicata si pongono, sotto questo profilo, in modo assolutamente indifferenziato, e la seconda rileva diversamente, rispetto alla prima, solo perchè la sua soluzione costituisce la pronuncia che è chiesta direttamente dalle parti al giudice, e che è l'immediato oggetto della cognizione di questo.

Successivamente, però, l'evoluzione dottrinale fu tutta nel senso opposto alla valutazione della sentenza come atto di mero accertamento della volontà della legge, ed essa pose in luce l'esistenza, nella sentenza, di un elemento volitivo. L'importanza di questa tendenza evolutiva può essere colta sulla base delle parole che CALAMANDREI scriveva già nel 1924: « Farebbe retrocedere di mezzo secolo la scienza processualistica chi, nello studiare la natura della sentenza, si ostinasse a lasciare in ombra l'elemento imperativo a vantaggio dell'elemento logico »⁽⁴⁾.

La rivalutazione dell'elemento volitivo della sentenza, dovuta in buona parte agli stessi contributi del MENESTRINA, è stata compiuta nel senso di distinguere in questa due elementi: il primo è quello già ricordato, di natura meramente intellettuale, di accertamento della volontà della legge in relazione al caso concreto. Tale elemento però viene a perdere il carattere di esclusivo contenuto della sentenza, perchè ad esso se ne aggiunge un altro: ossia un comando, proprio del giudice, avente un con-

(4) *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., pag. 214; queste parole, così espressive nella loro incisività, sono spesso ricordate dalla dottrina; v. per es.: FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1304; CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, in *Studi in memoria di Calamandrei*, pag. 52 dell'estr.; sui rapporti tra momento logico e momento imperativo della sentenza cfr. anche MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, s.a., vol. I, pag. 70 ss., vol. IV, pag. 98 ss.

tenuto analogo e corrispondente alla volontà della legge, individuata attraverso il momento logico precedente ⁽⁵⁾.

A prescindere da ogni valutazione inerente alla esattezza di questa duplicazione degli elementi costitutivi della sentenza, sta di fatto che una costruzione del genere non si attaglia senza difficoltà a tutti i tipi di sentenza; infatti, se la accentuazione dell'elemento logico, propria della dottrina precedente, poteva adattarsi perfettamente alla sentenza di accertamento, ma più difficilmente alle sentenze di altro tipo, la concezione ora ricordata sembra perfettamente aderente alla sentenza di condanna, ma forse non altrettanto alla sentenza di accertamento, in cui non è facile rinvenire un comando, e a quella costitutiva, l'effetto proprio della quale non pare dover discendere necessariamente da una manifestazione di volontà di carattere imperativo. L'individuazione di un comando, sia pure di diverso contenuto, nelle sentenze dei tre tipi indicati costituisce l'oggetto di tentativi anche della dottrina posteriore. Si può qui tralasciare l'esposizione di essi, ma anche senza entrare in valutazioni sulla loro riuscita, si può notare come l'impostazione della sentenza come atto anche volitivo sembra costituire un indice di una tendenza che è opportuno ricordare: e cioè che la dottrina del processo civile tende a costruire i propri schemi sulla base nettamente prevalente delle sentenze di quel tipo che è più comune, e che presenta maggiore importanza pratica, ossia delle sentenze di condanna.

In ogni modo, in questa fase della evoluzione dottrinale, i due momenti della sentenza sono sempre valutati come strutturalmente connessi, in quanto ambedue svolgerebbero una indispensabile funzione nei confronti della sentenza nel suo complesso, la quale, appunto, risulterebbe costituita dalla sintesi di tali due elementi; ma la connessione indicata non si spinge fino a cancellare

⁽⁵⁾ Cfr. soprattutto: MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 27 ss.; CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., pag. 214 ss., e *La genesi logica della sentenza civile*, ripubblicato in: *Studi sul processo civile*, vol. I, pag. 5.

completamente una certa autonomia di essi, autonomia che è specialmente percepibile sotto certi punti di vista; costituisce infatti un tratto comune della letteratura che sostiene l'impostazione in esame, il sottolineare questa autonomia anche sotto il profilo soggettivo, oltre che oggettivo, e, a questo proposito, assai frequentemente si ricordano come esempi quelle ipotesi in cui soggetti (o organi) diversi pongono distintamente in essere l'elemento logico e l'elemento volitivo, l'accertamento della volontà della legge e il comando avente un contenuto corrispondente ⁽⁶⁾.

L'individuazione di un momento imperativo come elemento costitutivo della sentenza porta, però, a tutto un cambiamento di prospettiva rispetto alla impostazione propria della dottrina anteriore, la quale va ben oltre l'affermazione dell'esistenza in seno alla sentenza di una duplicità di elementi; in particolare, dai lineamenti sistematici che in tal modo vengono attribuiti all'atto in cui sfocia l'attività decisoria del giudice, e in genere a tutta questa attività, risulta in modo sostanziale, fin dalle prime impostazioni in cui si traduce il nuovo orientamento, che l'elemento imperativo assume netta prevalenza rispetto a quello intellettuale, di mero accertamento; e a nulla rileva, sotto questo profilo, che, forse per l'influenza, ancora molto sensibile, delle tendenze proprie della dottrina allora tradizionale, questa prevalenza non fosse stata immediatamente messa in risalto in modo esplicito.

Questa prevalenza può essere facilmente delineata in base alle seguenti considerazioni: posto che nella sentenza coesistono e l'elemento intellettuale, di accertamento della volontà della legge e l'elemento imperativo, traducentesi in un comando del giu-

⁽⁶⁾ Cfr. sul punto: CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, cit., pag. 255, 256; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova 1936, p. 273; e, precedentemente, MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 39 ss., i quali riportano casi tratti dal diritto germanico, come lo *Oberhof* degli scabini e la *Aktenversendung* alle Facoltà di giurisprudenza; v. poi, in CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, pag. 228 ss., interessantissimi rilievi a proposito dei c.d. Tribunali complessi, e, in particolare, sulla Corte d'Assise.

dice avente un contenuto corrispondente, l'unico modo di profilare i rapporti che intercorrono tra questi due distinti momenti è dato dall'attribuzione all'elemento logico di una mera funzione di determinazione del contenuto dell'elemento volitivo⁽⁷⁾; ciò porta, come conseguenza difficilmente eliminabile, che tale elemento logico perde ogni diretta rilevanza esterna, a tutto vantaggio dell'elemento volitivo: in altri termini, la volontà della legge, accertata nel momento logico, ha la sola funzione di disciplinare la pronuncia del giudice, ma è solo quest'ultima che regola in modo diretto il rapporto sostanziale che intercorre tra le parti. Questo rapporto solo mediatamente trova nella legge la sua fonte normativa, ma in realtà ripete la propria disciplina unicamente dal comando giurisdizionale. È chiaro, comunque, come la esatta determinazione dei rapporti che intercorrono tra volontà di legge e comando giurisdizionale dia luogo a problemi assai delicati, e di vasta portata, i quali però possono essere qui tralasciati, perchè non presentano una diretta incidenza sul tema della pregiudiziale; si può solo notare come i maggiori dubbi sorgono in relazione alla ipotesi in cui il comando giurisdizionale abbia un contenuto difforme dalla volontà di legge accertata attraverso il momento logico (c.d. sentenza ingiusta), e tali dubbi si riverberino su tutta una serie di questioni, di cui la più grave è senz'altro quella relativa al modo di operare della efficacia di cosa giudicata⁽⁸⁾.

Poste queste premesse, è assai facile comprendere quelle che sono le più recenti tendenze della dottrina sul punto: tali tendenze accentuano ancora di più la prevalenza dell'elemento im-

(7) Questo pensiero si trova già delineato assai nettamente in MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., che a pag. 27 afferma recisamente: « Ogni decisione del giudice, riguardi essa l'avviamento e lo svolgimento delle forme processuali o il *meritum causae*, consta di due elementi: di una argomentazione logica e di un comando »; e a pag. 28 e 29 chiarisce che il momento logico è il presupposto del comando, e la sua carenza si risolve in una arbitrarietà di questo.

(8) Cfr. sul punto, per tutti: SECNI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 302 ss.; v., *ivi*, ampie citazioni.

perativo rispetto a quello di accertamento, fino praticamente a cancellare la rilevanza di questo nei confronti di quello; nella letteratura più recente si possono leggere recise affermazioni, secondo le quali l'accertamento della volontà della legge previamente compiuto « ... non incide, nè potrebbe in alcun modo, sulla natura dell'atto che, a seguito di esso, il giudice si determina ad emanare, il cui contenuto è e rimane un comando »⁽⁹⁾.

In tal modo, l'evoluzione che si è sinteticamente delineata ha chiuso il suo ciclo, capovolgendo completamente le sue posizioni di partenza: ci si era mossi dalla impostazione, secondo la quale nella sentenza sarebbe da ravvisare solo un atto di mero accertamento della volontà della legge, in relazione alla singola fattispecie esaminata, accertamento il quale, come tale, nulla aggiungerebbe alla regolamentazione sostanziale del rapporto; si è arrivati alla impostazione in base alla quale nella sentenza sarebbe da ravvisare solo un comando giurisdizionale, il quale costituirebbe la diretta ed esclusiva fonte regolatrice del rapporto sostanziale. Quali siano le conseguenze da trarre dai più recenti orientamenti, su tutta una serie di problemi, a cominciare dalla definizione della nozione stessa di attività giurisdizionale, non è il caso di considerare in questa sede.

Le valutazioni che qui interessano, invece, sono quelle che concernono la incidenza che la evoluzione dottrinale profilata può presentare nei confronti dell'inquadramento del fenomeno della pregiudizialità.

Secondo l'impostazione propria della dottrina tradizionale del problema della natura della sentenza, l'elemento logico, della cui rilevanza si discute, dovrebbe comprendere non solo l'accertamento della volontà della legge in relazione alla singola fat-

(9) FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, Padova 1953, pag. 137; cfr., anche, nello stesso senso, l'altro scritto già citato di questo autore, *Cosa giudicata*, etc.; per rilievi critici cfr., invece: ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, ripubblicato in: *Problemi di diritto*, vol. II, Milano 1957, pag. 138, 139.

tispecie esaminata, ma anche gli accertamenti, in fatto e in diritto, che sono a questo logicamente pregiudiziali; ciò comporta che le varie tesi sostenute in merito al problema della rilevanza da attribuire al momento logico rispetto alla sentenza valutata nel suo complesso non presentano una diretta incidenza nei confronti della pregiudiziale, giacchè riguardano non solo questa, ma anche quella parte dell'elemento logico che non è in essa comprensibile.

Peraltro, una incidenza delle varie soluzioni prospettate può manifestarsi sotto diverso profilo; infatti, se ci si accosta all'orientamento, attualmente pacificamente accolto, secondo cui nella sentenza è da ravvisarsi (anche) un elemento imperativo, non pare dubbio che nel comando giurisdizionale non si trasfonde l'intero ragionamento del giudice, ma solo la sua parte conclusiva: il comando ha un contenuto corrispondente alla volontà della legge in relazione alla singola fattispecie, ma ne rimangono al di fuori quegli accertamenti in fatto e in diritto che all'accertamento di tale volontà sono meramente pregiudiziali. Perciò, poichè l'elemento imperativo si aggiunge, e, per così dire, si sovrappone alla sola affermazione che costituisce la conclusione del ragionamento del giudice, tale aggiunta o sovrapposizione costituisce un fattore di maggiore distacco della pregiudiziale rispetto a quello che ne è la conseguenza.

Si può notare, inoltre, come l'esatta individuazione dei rapporti che intercorrono tra momento di accertamento e momento imperativo della sentenza, possa presentare anche per altro verso una certa incidenza sull'argomento della pregiudiziale. Infatti, se il giudice si determina a pronunciare un comando, avente un dato contenuto, sulla base dell'accertamento della volontà di legge in relazione alla singola fattispecie esaminata, tale accertamento costituisce in un certo senso (logicamente) un antecedente rispetto alla pronuncia del comando giurisdizionale.

Ulteriori precisazioni sui caratteri di tale precedenza potrebbero procedere solo sulla base di una più dettagliata analisi

del meccanismo attraverso il quale il contenuto del comando giurisdizionale è vincolato all'accertamento della volontà di legge; potrebbe forse profilarsi una situazione giuridica soggettiva del giudice (dovere), in base alla quale questo è obbligato ad emettere una data pronuncia (imperativa), in presenza di determinate condizioni, la prima delle quali è costituita dalla esistenza di una corrispondente volontà di legge. Quali siano allora gli elementi differenziali, e quelli comuni, tra questo nesso di precedenza logica tra accertamento e comando, e il nesso di pregiudizialità, risulterà in base allo svolgimento del presente lavoro.

Sta di fatto, ad ogni modo, che qualunque opinione si accolga in merito alla individuazione degli elementi della sentenza, e alla loro implicazione reciproca, la pregiudiziale è un fenomeno il quale si svolge sul piano meramente logico: è in relazione all'accertamento della volontà di legge nei confronti della singola fattispecie, e agli accertamenti a questo logicamente antecedenti, che il nesso di pregiudizialità deve essere analizzato; ogni elemento avente altro carattere (imperativo), esula completamente dall'ambito di manifestazione del fenomeno.

Naturalmente, in tanto i lineamenti di questo possono essere mantenuti così nettamente sul piano logico, in quanto si conservi la concezione tradizionale di un momento di grande rilevanza nell'accertamento della volontà della legge in relazione alla singola fattispecie: quello della interpretazione della norma. Non si dimentichi, però, l'esistenza di un orientamento il quale è indotto a ravvisare in tale interpretazione un'attività che non è di mero accertamento, ma che, al contrario, presenta degli aspetti più o meno accentuati di creazione da parte dell'interprete⁽¹⁰⁾; in tal modo, la nozione stessa di accertamento,

(10) Si rimanda, per tutti, al già citato scritto di CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri*, etc., che è tutto imperniato su una vigorosa riaffermazione della validità di questo orientamento; v. *ivi* i ricchi richiami bibliografici; v., sul problema della interpretazione della legge, da ultimo: ASCARELLA, *In tema di interpretazione*

così come è tradizionalmente delineata, verrebbe naturalmente scossa dalle fondamenta.

Dati i termini generali con cui il problema è impostato, una valutazione di esso in questa sede sembra inopportuna; inoltre, le conseguenze derivabili dalla sue diverse soluzioni incidono in prima linea in altri e più importanti campi che non quello relativo alla pregiudiziale⁽¹¹⁾; e ciò sembra costituire un ulteriore buon argomento che giustifica il rinvio ad altra sede di un approfondimento del punto.

5. Riprendendo più in dettaglio l'inquadramento del fenomeno della pregiudizialità nell'*iter* logico che il giudice percorre, è necessario, anzitutto, un breve richiamo alla struttura di questo: come è noto, tali lineamenti sono comunemente ricalcati sugli schemi della figura logica del sillogismo, e questa impostazione sembra essere ancora quella della dottrina dominante, anche se non sono mancati alcuni interessanti orientamenti revisionistici della tendenza tradizionale⁽¹²⁾.

A prescindere dalla maggiore o minore esattezza della riconduzione del ragionamento del giudice nello schema del sillogismo, il rilievo di partenza, peraltro ovvio, per una più dettagliata analisi del fenomeno della pregiudizialità, deve concernere la molteplicità delle questioni che il giudice stesso deve risolvere per arrivare alla completa decisione della controversia sottoposta al suo esame; perciò, la strutturazione dell'*iter* logico del giudice secondo la falsariga del sillogismo, comporta sempre una note-

e di applicazione della legge, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pag. 14 ss.; v. *ivi*, p. 22 ss. la risposta di CARNELUTTI.

⁽¹¹⁾ Per esempio, sulla stessa impostazione tradizionale della tripartizione dei poteri dello Stato.

⁽¹²⁾ Cfr. recentemente, in VOCI, *Sulla c.d. « attuazione della legge » nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Redenti*, Milano 1951, vol. II, pag. 592, una valutazione critica degli orientamenti del BETTI e del CALOCERO di revisione della impostazione tradizionale; cfr. anche: CALAMANDREI, *La genesi logica*, cit., pag. 1 ss.; sull'interpretazione giuridica cfr. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1955, vol. II, pag. 801 ss.

volissima dose di semplicizzazione, e più corretto sarebbe, in ogni caso, il riferimento ad una catena di sillogismi; anzi, a più catene di sillogismi, che si intersecano e interferiscono reciprocamente nel più vario dei modi⁽¹³⁾.

In una sola fase dell'*iter* logico compiuto dal giudice è possibile enucleare un unico sillogismo, per così dire allo stato puro, e precisamente nell'ultima: quando, cioè, è già stata ricostruita la fattispecie concreta, la quale costituisce la premessa minore di tale sillogismo; e quando parimenti è stata individuata e interpretata la norma di legge sotto cui sussumerla, la quale costituisce la corrispondente premessa maggiore: si deve allora tirare solo la conclusione, con la quale si risolve questo sillogismo, e si termina anche l'intero ragionamento compiuto dal giudice. Ma, se in questa fase è possibile rintracciare un unico sillogismo, la determinazione del contenuto delle sue due premesse, sopra indicate, è costituita a sua volta dalle conclusioni di infiniti altri sillogismi, e catene di sillogismi, la cui complessità può essere talvolta imponente.

Sofferamoci, per un momento, sulla formazione della premessa minore del sillogismo finale, in cui si compendia tutto il ragionamento compiuto dal giudice: è questo infatti il terreno in cui tipicamente si manifesta il fenomeno della pregiudizialità. Si vede, allora, come l'*iter* che il giudicante deve percorrere per pervenire a tale determinazione si deve anzitutto frammentare in tante serie di accertamenti, quanti sono gli elementi costitutivi della fattispecie stessa; e questi, a loro volta, possono essere degli elementi complessi, e perciò il loro accertamento deve essere scisso, corrispondentemente, in una pluralità di accertamenti, o catene di accertamenti, proporzionale alla molteplicità dei loro elementi semplici.

È da osservare a questo proposito, come lo svolgimento delle serie di ragionamenti, in base ai quali il giudice perviene ad

⁽¹³⁾ Sul punto, v. una penetrante analisi già in MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., *passim*, ma specialmente pag. 41 ss., 75 ss.

accertare la fattispecie concreta (il fatto, come suol dirsi), può essere disciplinato in modo più o meno rigido da disposizioni di legge. L'ipotesi normale è che il compimento di tale accertamento avviene sulla base della formazione del libero convincimento del giudicante; ma anche in tale caso, che è pure quello in cui la legge lascia il massimo margine di libertà al giudice, vi è un notevole complesso di norme che disciplinano questa formazione: il giudice, infatti, è anzitutto vincolato a quelle che sono le richieste delle parti in materia di proposizione di mezzi di prova, e fa eccezione solo il caso delle prove esperibili d'ufficio. E, ad ogni modo, il giudice è sempre legato al rispetto di quei tipi di prova che sono previsti dal codice, e al valore delle relative risultanze che la legge attribuisce loro.

Vi sono però altre ipotesi, in cui il legislatore ha disciplinato molto più rigidamente le fasi dell'*iter* che il giudice deve compiere, prescindendo in varia misura dal suo convincimento subiettivo, ed ancorando l'*iter* stesso in modo corrispondente a dati di carattere obiettivo: si entra così nel campo delle presunzioni assolute, di quelle relative, delle inversioni dell'onere della prova, etc. (14).

Comunque regolato, l'*iter* logico giudiziale assume già così proporzioni di notevole complessità, malgrado esso sia fino ad ora limitato ad una sola fase dell'intero ragionamento che il giudicante deve compiere: e cioè quello relativo alla ricostruzione della fattispecie concreta. Ma tale complessità aumenta ancora, di conseguenza, nella prosecuzione del ragionamento nella sua fase ulteriore: l'individuazione e l'interpretazione

(14) Già il MENESTRINA (*La pregiudiziale*, cit., pag. 39 ss.) notava la incidenza nel campo di manifestazione della pregiudiziale, della regolamentazione legislativa del modo di svolgimento del ragionamento del giudice, regolamentazione che si traduce nella predisposizione di mezzi di prova, nella determinazione della loro efficacia, nella disciplina delle preclusioni, nella previsione di presunzioni, etc.; cfr. in argomento gli interessanti rilievi di ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, ripubblicato in: *Problemi di diritto*, cit., vol. I, pag. 136, 137.

della norma di legge sotto cui sussumere la fattispecie concreta precedentemente ricostruita. È inutile proseguire l'analisi dei vari momenti attraverso cui il giudice perviene alla individuazione e interpretazione suddetta, una volta che risulti chiaro come anche qui i caratteri del ragionamento del giudice sono dati dallo snodarsi di esso attraverso tutta una serie, o una molteplicità di serie di questioni. Si può solo osservare come l'individuazione e l'interpretazione della norma, per quanto costituiscano diverse e distinte fasi di un *iter* logico, in concreto non si presentano come nettamente scisse, ma, al contrario, si compenetrino vicendevolmente: è proprio sotto questo punto di vista, anzi, che la riconduzione del ragionamento del giudice nello schema del sillogismo presenta maggiori difficoltà, e in ogni caso non risponde alla realtà del fenomeno.

Finalmente la pronuncia finale del giudice, la quale risulta, così, come la conclusione di tutto questo complesso e frammentato ragionamento, la cui schematizzazione è assai difficile: questa si presenta sempre assai malagevole, ove la si voglia spingere oltre la individuazione nel corso di tale ragionamento di tutta una serie, o di una pluralità di serie di questioni, le cui soluzioni sono interdipendenti.

Comunque, è proprio nell'indagine di tale interdipendenza, la quale talvolta si limita ad essere un solo rapporto di interferenza, che si manifesta appieno quella varietà di modi di intersecazione tra le varie serie di accertamenti cui si è già accennato.

Anzitutto, poichè tali accertamenti risultano, come si è visto, attraverso la soluzione di (innumerevoli) questioni corrispondenti, è opportuno riferire i rapporti di interferenza e intersecazione alle questioni stesse, piuttosto che agli accertamenti. Ora tali questioni, e serie di questioni, possono svolgersi in connessione, ma, per così dire, su piani paralleli: è quel che accade, poniamo, quando la fattispecie concreta consta di due elementi. In questa ipotesi, le serie di questioni preordinate al-

l'accertamento di questi due elementi si pongono parallelamente l'una all'altra, e legate tra di loro solo da un vincolo di carattere teleologico, in quanto sono poste al fine della ricostruzione della fattispecie concreta nel suo complesso.

Ma nell'ambito di ogni singola serie di questioni, e di tutte le serie, quando esse si sono intersecate, ogni questione si pone nei confronti della successiva, in un legame ben più stretto di quello ora rilevato, in quanto le loro soluzioni sono vincolate da un rapporto di condizionamento: è in questo ambito che deve essere ricercata l'essenza del fenomeno della pregiudizialità.

Più precisamente: si dice nesso di pregiudizialità quel nesso, per cui la soluzione di una questione si pone come uno dei termini di una questione successiva; oppure, se si preferisce riferire il discorso alla più comune figura del sillogismo, si ha nesso di pregiudizialità quando la conclusione di un sillogismo costituisce una delle due premesse del sillogismo successivo. In questo modo va precisata la sintetica, usuale espressione, secondo la quale la pregiudizialità consiste in un rapporto di antecedenza logica tra due questioni.

Come poi in concreto si manifesti il fenomeno della pregiudizialità è perfettamente chiarito dalle parole seguenti: « La dipendenza logica tra due giudizi non è ancora la pregiudizialità; essa è solo un presupposto della pregiudizialità. Perchè si abbia quest'ultima occorre che un soggetto pensante percorra effettivamente una delle diverse vie che conducono alla conclusione finale; allora soltanto i giudizi che si incontrano su tale via e che costituiscono il fondamento del processo logico successivo, diconsi pregiudiziali »⁽¹⁵⁾.

Attraverso questo abbozzo del meccanismo mediante cui opera il nesso di pregiudizialità, è possibile trarre un corollario, la cui importanza si manifesterà appieno in un momento successivo dello svolgimento del presente lavoro: se le singole que-

⁽¹⁵⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 89; v., in proposito, i rilievi critici di FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 71 ss.

stioni poste e risolte dal giudice sono effettivamente legate tra di loro dal nesso di pregiudizialità così delineato, ciascuna di esse (e ciascuna soluzione corrispondente) costituisce un passaggio, un anello della catena, il quale è assolutamente indispensabile per il raggiungimento della conclusione ultima, e cioè della pronuncia finale. Infatti, se uno dei passaggi è saltato, o comunque è logicamente viziato, si ha che la questione che segue immediatamente questo iato nel ragionamento non si pone più come effettivamente pregiudicata rispetto alla questione precedente, e perciò quello dei suoi termini che doveva essere determinato dalla soluzione della questione pregiudiziale, si trova al contrario posto arbitrariamente; di conseguenza, le soluzioni di tutte le questioni che si pongono successivamente come pregiudicate risentono di questo vizio di origine.

In questo senso ogni anello della catena di questioni è ugualmente indispensabile, e, sotto questo profilo, l'accertamento del minimo particolare in punto di fatto, il quale pure rilevi al fine della scelta della norma di legge da applicare, ha la stessa importanza della ricostruzione dell'intera fattispecie concreta. Più precisamente, non è pensabile questa senza di quello⁽¹⁶⁾.

6. Sarebbe però erroneo considerare il nesso di pregiudizialità così delineato, o almeno con caratteri di poco dissimili, solo come un rapporto (che può intercorrere) tra questioni: vero è che, parlando del fenomeno della pregiudizialità, il richiamo alle questioni pregiudiziali è il più usuale, ma d'altra parte questa figura non esaurisce tutte le possibili forme di manifestazione di tale fenomeno.

Già il MENESTRINA aveva individuato con notevole esattezza, in pagine assai acute e brillanti, i caratteri propri delle varie forme con cui il fenomeno della pregiudizialità può manifestarsi; in tal modo, egli aveva precisato una tripartizione di esse

⁽¹⁶⁾ Cfr. i rilievi di FOSCHINI sulla non graduabilità del nesso di pregiudizialità (*La pregiudizialità*, cit., pag. 51).

che è stata accolta poi pacificamente dalla dottrina posteriore ⁽¹⁷⁾ nella quale, peraltro, sono mancati ulteriori sforzi di approfondimento delle distinzioni relative; gli elementi di questa tripartizione sono, come è noto: il punto, la questione e la causa pregiudiziale.

« Il punto pregiudiziale è... il precedente logico su cui le parti non sollevano una controversia — sia che non possano sollevarla, sia che non vogliano — o su cui la controversia è già risolta » ⁽¹⁸⁾.

Si ha invece questione pregiudiziale, quando un punto pregiudiziale è contestato; già nella precedente definizione, però, è implicito che, almeno sotto qualche aspetto, la decisione di questa contestazione diventa a sua volta un punto pregiudiziale ⁽¹⁹⁾.

La causa pregiudiziale, infine, sorge anche essa in conseguenza della contestazione di un punto pregiudiziale; ma mentre la questione pregiudiziale viene decisa *incidenter tantum* nel corso dello stesso giudizio che ha per oggetto la questione pregiudicata, la causa pregiudiziale, invece, viene decisa *principaliter* in un autonomo giudizio, di cui costituisce l'oggetto esclusivo; comunque, anche in questa ipotesi, la decisione della causa pregiudiziale, attraverso la sua immissione nel giudizio che ha per oggetto la questione pregiudicata, si pone nei confronti di questa in modo analogo alla soluzione di una questione pregiudiziale, e cioè come un punto pregiudiziale ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Vedi per tutti: CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 3ª ed., Napoli 1923, pag. 1158; SEGNI, *Della tutela, etc.*, cit., pag. 348; ANDRIOLI, *Commento*, cit., vol. I, pag. 113; per quel che riguarda i cultori del diritto amministrativo, vedi l'esplicita adesione di SALEMI, *La pregiudiziale amministrativa*, cit., 322; cfr. anche CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.a., pag. 920.

⁽¹⁸⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 123; per rilievi critici su tale definizione, v.: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 58 ss.

⁽¹⁹⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 123, 124.

⁽²⁰⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 134.

Come già si è accennato, la tripartizione del MENESTRINA appare come sostanzialmente esatta; essa può però essere ulteriormente arricchita con dei chiarimenti relativi agli elementi differenziali su cui si basa, e anche precisata con una serie di rilievi concernenti la non omogeneità delle entità che essa contempla.

La definizione di punto pregiudiziale, infatti, ha un carattere che è prevalentemente logico, e, correlativamente, sullo stesso piano è condotta la distinzione tra di esso, da un lato, e questione e causa pregiudiziale, dall'altro. Al contrario, la distinzione tra questione pregiudiziale e causa pregiudiziale è invece tracciata sulla base della diversa disciplina giuridica dei rispettivi modi di soluzione della contestazione che costituisce l'essenza di entrambe: come tale, questa distinzione è evidentemente caratterizzata sul solo piano giuridico.

Il significato di queste considerazioni può essere reso più chiaro facendo riferimento allo schema del ragionamento logico del giudice, così come è stato precedentemente delineato.

Inquadrando in tale schema la definizione che il MENESTRINA ha dato di punto pregiudiziale, risulta che questo consiste in una proposizione, la quale è posta dal giudice a base di un suo processo logico, senza il preventivo vaglio della sua esattezza: ciò si riconnette con la circostanza che il punto pregiudiziale costituisce uno dei due termini di una data questione inserita nell'*iter* logico percorso dal giudice, ma a sua volta non costituisce la soluzione di nessuna questione antecedente.

Si ha posizione apodittica di un punto pregiudiziale, come ha individuato il MENESTRINA, quando le parti non sollevino, per qualsiasi ragione, la contestazione sul punto stesso: sia che non lo ritengano opportuno, oppure che sia diventato giuridicamente impossibile, perchè si è formato, poniamo, un giudizio, o una qualsiasi preclusione.

Ma accanto alla indicazione di queste due ipotesi, si deve anche osservare che, perchè un punto pregiudiziale non si tra-

sformi in questione, non è solo necessaria la mancanza di una contestazione sollevata dalle parti, ma è anche indispensabile che essa non debba (o possa) essere posta d'ufficio dal giudice.

Tutte le volte che il giudice decide una controversia sottoposta al suo esame, nel suo *iter* logico è possibile rinvenire tutta una serie di punti pregiudiziali, secondo la nozione così delineata; ciò, tra l'altro, risponde ad una evidente necessità di carattere logico, perchè ogni ragionamento, per quanto lontane abbia le basi su cui si fonda, deve pur sempre partire da alcune premesse, accolte senza una previa dimostrazione della loro esattezza (postulati): non è neppur concepibile logicamente un approfondimento infinito, ossia una analisi proseguita senza un termine della catena delle premesse da cui il ragionamento parte.

D'altra parte, l'individuazione dei punti pregiudiziali costituisce uno degli aspetti da cui è possibile cogliere una qualche differenza tra il complesso di affermazioni, il cui tessuto connettivo è costituito dal nesso di pregiudizialità, così come esse sono proposte dalla parte, e il corrispondente complesso degli accertamenti, analogamente collegati, compiuti dal giudice: infatti, i punti pregiudiziali della domanda di parte (posta, naturalmente, in rapporto con le eccezioni del convenuto), possono anche non coincidere con quelli del ragionamento del giudice, e ciò accade tutte le volte in cui si verifica il fenomeno già ricordato della trasformazione operata d'ufficio di un punto pregiudiziale in questione (o eventualmente causa) pregiudiziale.

Ad ogni modo, il MENESTRINA, come si è già accennato, individua, accanto a quel gruppo di punti pregiudiziali che costituiscono le premesse indimostrate da cui parte il ragionamento del giudice, un altro gruppo di punti pregiudiziali, comprendente le soluzioni delle questioni e delle cause pregiudiziali.

Ora l'accostamento tra questi due gruppi di punti pregiudiziali appare assai discutibile; più precisamente: si può dubitare della possibilità di ricomprendere anche le soluzioni delle

questioni (e cause) pregiudiziali nella categoria dei punti pregiudiziali.

Infatti, sembra che il carattere della apoditticità delle affermazioni che costituiscono i punti pregiudiziali sia di tale rilevanza, da assurgere ad elemento essenziale della nozione; se si accoglie questa impostazione, diventa allora logicamente impossibile ricondurre nei lineamenti di questa nozione anche affermazioni le quali, per definizione, apodittiche non sono.

Nè si perviene a cancellare la profonda distinzione indicata facendo leva sull'elemento comune sia ai veri punti pregiudiziali, come alle soluzioni delle questioni (e cause) pregiudiziali; tale elemento comune risiede nella circostanza che sia gli uni, come le altre si pongono come i termini delle questioni che occupano un posto successivo nella catena del ragionamento. La comunanza di questo elemento ai punti e alle soluzioni delle questioni, importa una unicità di valutazione, sotto questo profilo, per gli uni e per le altre, e da tale unicità di valutazione sarà possibile trarre una conseguenza che non si mancherà di indicare tra breve. Però, per altro verso, una diversità di valutazione deve sussistere, e l'esistenza di un elemento comune non deve portare ad attribuire a questo una rilevanza eccessiva.

Il fatto che le soluzioni delle questioni (e delle cause) pregiudiziali si pongano come termini di una questione successiva, deve avere, per sola conseguenza, la caratterizzazione come, appunto, pregiudiziali di tali questioni e cause: è questa l'essenza del nesso di pregiudizialità, così come si è prima avuto modo di delinearlo. Corrispondentemente, se anche i punti pregiudiziali costituiscono termini di una questione compresa nell'*iter* logico compiuto dal giudice, ciò può importare solo la ricomprensione della nozione del punto, avente tale carattere, nell'ampio fenomeno della pregiudizialità, perchè anche nei suoi confronti si può porre il nesso di pregiudizialità. Per questa strada, non si può però andare fino alla cancellazione di quelli che sono i caratteri differenziali delle singole forme di manife-

stazione del peraltro medesimo fenomeno della pregiudizialità.

Comunque, qualunque opinione si accolga in proposito, sta di fatto che, come si è già rilevato, la nozione di punto pregiudiziale è definita su un piano meramente logico, e conseguentemente, sullo stesso piano è tracciata la distinzione tra esso, da un lato, e questione e causa pregiudiziale dall'altro.

Nè pare che tale distinzione presenti una giuridica rilevanza, almeno dal punto di vista della teoria della pregiudizialità. Infatti, anticipando una considerazione che sarà più motivatamente svolta tra breve, la disciplina giuridica della pregiudiziale è accentrata su due aspetti: la competenza del giudice, e l'efficacia della decisione.

Per quel che riguarda il primo di questi due aspetti, è ovvio che in tanto si può parlare di una competenza di un organo giurisdizionale, in quanto vi sia una contestazione: non ha perciò senso parlare di competenza nei confronti di un punto pregiudiziale, finchè esso rimane tale; il problema si può porre solo se esso è trasformato in questione (o causa), e, sotto questo profilo, non ha importanza se tale trasformazione avviene su domanda di parte, oppure d'ufficio.

Per quel che riguarda l'efficacia della decisione, il problema si pone in relazione all'acquisto o meno della forza di giudicato degli accertamenti che hanno un carattere meramente pregiudiziale. Il tema, naturalmente, sarà ripreso in modo assai più ampio in seguito; si può però notare fin da ora, come il passaggio in giudicato di tali accertamenti è sostenuto, da parte della dottrina e dalla giurisprudenza sulla base della c.d. estensione del giudicato ai motivi della decisione (finale); ossia, tali accertamenti passerebbero in giudicato, in quanto costituiscono le premesse della decisione stessa. È chiaro, allora, come il profilo che qui acquista rilevanza è dato dalla circostanza che una data proposizione sia posta come termine di una data questione: ma è proprio da questo angolo visuale che, come si è detto, la di-

stinzione tra punti pregiudiziali, da un lato, e questioni e cause pregiudiziali, dall'altro, viene cancellata.

Questi sono i motivi, per cui tale distinzione non solo è tracciata unicamente sul piano logico, ma è anche priva di conseguenze, che non siano di stretto carattere sistematico, sul piano giuridico; se si eccettua, naturalmente, quella, ovvia, per cui, se vi è contestazione su un punto pregiudiziale, il diritto deve offrire i mezzi per la sua soluzione.

I termini di questione e di causa pregiudiziale richiamano, appunto, due distinti modi di soluzione della contestazione sorta su un punto pregiudiziale.

I caratteri della distinzione tra questione e causa pregiudiziali sono già stati indicati: questa è decisa *principaliter* in un giudizio autonomo, quella invece solo *incidenter tantum* nello stesso giudizio avente per oggetto la questione pregiudicata. Già da questa prima definizione, risulta chiara la natura strettamente giuridica della distinzione in esame: per ogni ulteriore approfondimento si deve, perciò, tener conto del dato legislativo.

Esso è costituito dall'art. 34 cod. proc. civ.; non inganni la sede della norma: tale disposizione sembra avere sicuramente una portata generale, come si vedrà sulla base dei termini in cui la sua esegesi può essere discussa.

L'art. 34, come è noto, stabilisce: « Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartenga per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo... » ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ È questa la norma la quale, presupponendo chiaramente, tra l'altro, la distinzione tra questione e causa pregiudiziale, è stata considerata la consacrazione legislativa della dottrina del MENESTRINA; v.: SEGNI, *Della tutela*, etc., cit., pag. 348; ANDRIOLI, *Commento*, cit., vol. I, pag. 113. L'orientamento tendente ad una revisione dell'impostazione del MENESTRINA, recepita dal CHIOVENDA, si è sviluppato in relazione ad un profilo preciso dell'applicazione della norma in esame: quello relativo alla individuazione di quelle questioni pregiudiziali, che possono trasformarsi in cause pregiudiziali: v. sul punto gli aa. citt. nella nota 3; il problema sarà comunque ripreso successivamente.

Secondo una prima, ovvia interpretazione di questa disposizione, il giudice, competente a conoscere della questione pregiudicata, è competente anche a conoscere delle questioni pregiudiziali, ma la decisione relativa non acquista forza di giudicato; se invece la decisione deve acquistare tale forza, l'intera causa deve essere rimessa al giudice competente: in tal modo si instaura sull'accertamento del punto in contestazione quel giudizio autonomo già ricordato.

L'art. 34 sembrerebbe costituire, a prima vista, una norma di chiara e facile applicazione. Ma già la evidente carenza di concatenazione logicamente rigorosa tra quelle proposizioni, con le quali si è cercato di interpretare la disposizione in esame, dovrebbe essere un rilevante indice dell'erroneità di questa impressione; e, in realtà, non sarebbe facile rinvenire un'altra norma, la cui esegesi susciti problemi maggiori e più complessi di quelli che si incontrano tratteggiando i lineamenti dogmatici di tale articolo.

7. Prescindendo, per ragioni di brevità, dall'esposizione di un troppo lungo cammino logico, ci sia consentito affermare apoditticamente come i profili di tali problemi si ricolleghino con la definizione stessa del fenomeno della pregiudizialità; più precisamente, non tanto è difficile individuare la disciplina delle questioni pregiudiziali, di per sé abbastanza chiaramente dettata dall'art. 34, quanto è malagevole determinare quali siano le questioni, cui tale disciplina si applica; ed è proprio sulla base dei risultati di una analisi che tende a questo fine, che sarà oltretutto possibile delineare i rigorosi fondamenti dogmatici della disciplina stessa.

Le difficoltà di esegesi dell'art. 34 cod. proc. civ. sono, in definitiva, le stesse che, come già si è rilevato, si incontrano in sede di interpretazione dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato. Sotto questo profilo, ogni approfondimento nel senso indicato appare valido sia per la teoria del processo ci-

vile, come per quella del processo amministrativo; esso ha, cioè, una portata generale.

D'altra parte, la fase di svolgimento del presente lavoro cui si è pervenuti, permette di apportare qualche limitazione al campo d'indagine: infatti, ci si può già basare su una definizione del nesso di pregiudizialità, e sulla individuazione dei termini tra cui esso corre, dimodochè l'indagine può essere ristretta ai confini entro i quali il fenomeno della pregiudizialità si può manifestare; questa delimitazione costituisce l'ultimo elemento che ancora manca per poter stabilire quel che è pregiudiziale e quel che pregiudiziale non è.

Il problema dei limiti del campo di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità deve essere impostato, naturalmente, sulla base di quello che è l'ambito generale di manifestazione del fenomeno stesso: il ragionamento del giudice. Ossia, si tratta di vedere quale parte di tale ragionamento è pregiudiziale, e quale invece non ha questa natura.

Quella connessione logica in cui, come si è visto, consiste il nesso di pregiudizialità, è riscontrabile in ogni ragionamento del giudice, sia che esso attenga a questioni meramente processuali, come che riguardi il merito della causa; eppure, fin nel lavoro del MENESTRINA, si trova delineata la netta distinzione tra la pregiudizialità relativa alle questioni di rito, e quella relativa al merito⁽²²⁾, distinzione che poi venne pacificamente accolta dalla dottrina posteriore⁽²³⁾, anche se le ragioni di essa non furono spesso approfondite ed esplicitamente esposte; correlativamente alla contrapposizione in parola, la teoria della pregiudiziale fu impostata e svolta solo in rapporto al merito del giudizio⁽²⁴⁾. Mancano, peraltro, o sono molto rari, in dottrina, tentativi volti

(22) MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 44.

(23) Cfr. per tutti: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 1154, 1155; REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano 1952, vol. II, pag. 18 ss.; FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 47 ss.

(24) Cfr. MENESTRINA, REDENTI, *opp. locc. ult. citt.*

a tratteggiare gli esatti rapporti che intercorrono tra questioni processuali e questioni pregiudiziali di merito, e a porre in luce i caratteri differenziali delle connessioni che rispettivamente intercorrono tra questi due gruppi di questioni, e la questione c.d. principale.

La sistemazione dell'intera materia è molto importante, e suscita problemi assai delicati da più punti di vista; proprio la complessità di tali problemi consiglia il rinvio dell'approfondimento dell'argomento ad una fase più avanzata del presente lavoro, quando la problematica relativa al fenomeno della pregiudizialità sia stata delineata, almeno nei suoi sommi capi, con maggiore completezza. Si rinvia perciò a tale momento la giustificazione di quella limitazione del campo di manifestazione della pregiudizialità, che qui si analizza, in relazione al solo giudizio di merito; del resto, l'unanimità di orientamento in questo senso, della dottrina del processo civile, sembra già costituire un buon appiglio per procedere nella direzione indicata.

Considerando, perciò, per il momento, quella sola pregiudizialità, la quale si presenta nel giudizio di merito, si può notare come le prime sue manifestazioni coincidano con gli inizi stessi del ragionamento del giudice, che poi si concluderà con la pronuncia di merito: tale ragionamento deve essere infatti basato su una serie di proposizioni, la cui esattezza non è previamente vagliata, e che costituiscono, come si è detto, i c.d. punti pregiudiziali: ossia, la prima forma con cui il fenomeno della pregiudizialità si manifesta.

La determinazione del limite iniziale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità appare così facile, da rendere inutili ulteriori considerazioni al riguardo. La situazione, al contrario, si presenta ben diversa per quel che riguarda la determinazione del suo termine finale: è proprio in questa sede che si incontrano i problemi di più ampia portata, nei cui confronti fervono in dottrina le dispute più vive.

Ciò potrebbe sembrare strano, poichè la determinazione

del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, tracciata sul piano meramente logico, non presenta eccessive difficoltà: da questo punto di vista, non vi è dubbio che la pregiudiziale termina là dove comincia la soluzione di quella questione, nei cui confronti l'intero complesso dei punti e delle questioni pregiudiziali è preordinata: la soluzione della c.d. questione pregiudicata. Ma le difficoltà cui si è accennato si incontrano proprio in sede di traduzione in termini giuridici di questa proposizione meramente logica: più precisamente, è proprio sui lineamenti del contenuto della soluzione della questione pregiudicata che incidono alcuni dei più gravi problemi dell'intera teoria del processo.

Il punto di partenza dell'indagine da compiere deve essere, naturalmente, ricercato nel diritto positivo, e, precisamente, ci è offerto dall'art. 34 cod. proc. civ., il cui contenuto normativo, nelle sue linee essenziali, è già stato prima riportato; ogni valutazione sull'effettiva portata di esso scaturirà implicitamente dalle considerazioni che seguono.

La disciplina contenuta nell'art. 34 è piuttosto complessa, ma, per il momento, è sufficiente concentrare l'attenzione solo su alcuni aspetti di essa: precisamente quelli, per cui il giudice della questione principale, o pregiudicata, è competente a risolvere le questioni pregiudiziali rispetto a questa, anche se tali questioni, ove fossero poste in via principale, esulassero dalla sua competenza; d'altra parte, la decisione di esse non acquista forza di cosa giudicata, ma manifesta una efficacia rigorosamente limitata all'ambito del giudizio avente per oggetto la questione pregiudicata.

Come già si è osservato, il dettato legislativo non dà, neppure indirettamente, nessuna definizione di che cosa si debba intendere per questione pregiudiziale; ma già quella parte del suo contenuto normativo che si è adesso indicata, ci offre degli spunti costruttivi di una notevole consistenza, sulla cui base è possibile tentare una definizione di questa.

Anzitutto, dalle linee generali della disciplina dettata dall'art. 34, risulta chiaro, come si è peraltro già accennato, che la legge regola le varie manifestazioni del fenomeno della pregiudizialità da due punti di vista nettamente determinati: la competenza del giudice a conoscere delle questioni e delle cause pregiudiziali, e l'efficacia (di cosa giudicata o meno) delle decisioni relative.

Ora, sulla base di quella regolamentazione delle questioni pregiudiziali, che si è prima indicata, l'art. 34 ci dà questo prezioso dato di partenza: il fenomeno della pregiudizialità, almeno nella forma che assume in relazione alle questioni pregiudiziali, deve trovare luogo in quella parte dell'*iter* logico del giudice, la quale non rileva ai fini della determinazione della sua competenza, e inoltre rimane al di fuori dei limiti obbiettivi della cosa giudicata. Volendo meglio cogliere l'aspetto obbiettivo implicito in questa proposizione, la si può volgere nell'altra, equivalente, secondo cui devono essere considerate come pregiudiziali quelle questioni le quali, quando sorgono, non spostano la competenza del giudice, altrimenti determinata, e la cui soluzione non passa in cosa giudicata.

Il valore del dato di partenza che ci è offerto dall'art. 34 può essere apprezzato appieno solo ove si consideri come ambedue questi *leit-motiv* della disciplina delle questioni pregiudiziali, come, peraltro, dell'intero fenomeno della pregiudizialità, ci portino verso una unica nozione: quella di oggetto del giudizio; infatti, è sulla base dell'oggetto del giudizio che viene determinata la competenza dell'organo giurisdizionale, ed è parimenti sulla base dell'oggetto del giudizio che vengono determinati i limiti obbiettivi della cosa giudicata.

Comunque, data l'importanza delle conseguenze che si possono trarre dalle considerazioni che precedono, sarà opportuno svolgere in proposito ulteriori rilievi.

Dovendo definire in modo più particolareggiato la nozione di oggetto del giudizio, si può anzitutto osservare come il signi-

ficato puramente lessicale dell'espressione ci dia un immediato orientamento verso il collegamento di tale concetto col momento di massima rilevanza dello svolgimento del processo: l'accertamento operato dal giudice; e, certamente, l'oggetto del giudizio, secondo il valore che questa locuzione tecnica ha acquistato in dottrina, costituisce, in prima linea, l'oggetto dell'accertamento che il giudicante deve compiere.

Sarebbe però inesatto limitare la rilevanza della nozione di oggetto del giudizio al solo profilo indicato, giacchè, al contrario, essa può essere valutata da una pluralità di punti di vista, tutti di capitale importanza; e la molteplicità di tali punti di vista fa veramente della nozione in parola il concetto fondamentale della intera teoria del processo.

Anzitutto, è chiaro che ciò che costituisce l'oggetto dell'accertamento da parte del giudice, costituisce anche l'oggetto della sua decisione, la quale anzi si modella, per così dire, su di esso; e, d'altra parte, è proprio tale decisione che è coperta da quella speciale efficacia che è denominata forza di giudicato: questo, schematicamente, è il motivo per cui l'oggetto del giudizio delimita, in ultima analisi, anche l'estensione obbiettiva della cosa giudicata⁽²⁵⁾.

La correlazione tra accertamento giudiziale e cosa giudicata sembra veramente costituire uno dei cardini del fenomeno processuale, così come esso è regolato nel nostro ordinamento positivo; è appena il caso di ricordare, a questo proposito, come tale correlazione sia stata posta a base di una recente e ben nota teorica, che tenta di dare una unitaria spiegazione dell'intero fenomeno processuale, e dei suoi rapporti col diritto sostanziale.

Comunque, la valutazione della portata generale del principio indicato, e quindi della fondatezza della dottrina richiamata

(25) Per la necessità della coincidenza dell'ampiezza dell'oggetto del giudizio con i limiti oggettivi della cosa giudicata v., per tutti, le affermazioni particolarmente recise di: SEGNI, *Della tutela*, etc., cit., pag. 349; SCHWAB, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, München und Berlin, 1954, pag. 84.

può essere qui tralasciata, essendo sufficiente, per l'ulteriore svolgimento del presente lavoro, il cenno alla coincidenza tra l'accertamento giudiziale e l'oggetto del giudicato, limitata a quel campo in cui tale coincidenza sembra più sicura: il processo contenzioso; si può così prescindere dall'esame della possibilità di accertare, sulla base del principio enunciato, la natura di attività soggettivamente giurisdizionali, ma il cui carattere obbiettivo è oltremodo discusso⁽²⁶⁾.

Ad ogni modo, oggetto dell'accertamento da parte del giudice, e oggetto del giudicato, non esauriscono tutti i possibili profili sotto cui assume rilevanza la nozione di oggetto del giudizio, per quanto, nella loro correlazione, siano senz'altro i più importanti: fra questi merita, infatti, di essere ricordato anche l'oggetto della domanda dell'attore (eventualmente completata con le eccezioni del convenuto: sul punto si ritornerà più ampiamente in seguito).

L'oggetto del giudizio costituisce anche l'oggetto della domanda dell'attore, ove si consideri questa come un complesso di affermazioni, la cui fondatezza deve essere vagliata nello svolgimento del processo. Nei tipi di processo retti dal c.d. princi-

(26) Come è chiaro, si allude al problema della natura della c.d. giurisdizione volontaria; il tema ha suscitato recentemente l'interesse della dottrina, sia italiana che straniera, e numerosissimi sono gli scritti comparsi in proposito; si rimanda, per tutti, al lavoro di ALLORIO, *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e di giudicato*, (ripubblicato in: *Problemi di diritto*, cit., II, pag. 57 ss.), nel quale l'autore, riaffermando la validità delle tesi da lui stesso precedentemente sostenute (cfr., soprattutto: *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, ripubblicato *ivi*, pag. 3 ss.), procede ad una accurata valutazione critica delle più interessanti posizioni dottrinali di questi ultimi tempi; mediante la lettura di tali lavori di Allorio, degli scritti in questi criticamente valutati, e della ricca letteratura *ivi* citata è possibile avere un quadro completo dei vari orientamenti sostenuti in dottrina; per la letteratura posteriore v.: MICHELI, *Significato e limiti della giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 526 ss.; FRANCHI, *I titoli legali a possedere (Contributo allo studio analitico della giurisdizione volontaria)*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pag. 39 ss.; per la dottrina straniera v.: BETTERMANN, *Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung*, in *Festschrift für Lent*, München und Berlin, 1957, pag. 17 ss.; LENT, *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, München und Berlin, 1958.

pio dispositivo, l'oggetto della domanda dell'attore si trasfonde nell'oggetto dell'accertamento del giudice. Più in generale, si può dir che l'oggetto della domanda dell'attore coincide con l'oggetto dell'accertamento giudiziale, nella misura in cui, nel singolo tipo di processo considerato, vige il principio dispositivo.

Come è noto, la vigenza di tale principio è affermata per quel che riguarda il processo civile. Più cauti è necessario andare per quel che riguarda il processo amministrativo: il tema non è stato approfondito troppo, e, ad ogni modo, i dati sulla cui base il problema deve essere esaminato e risolto non sono stati mai valutati da questo angolo visuale. Questo, anzi, costituisce uno degli aspetti sotto cui la elaborazione strettamente processuale della nozione di oggetto del giudizio nel processo amministrativo lascia più a desiderare.

La maggiore incidenza dell'interesse pubblico sull'intero svolgimento del fenomeno processuale nel giudizio amministrativo, non è, di per sé, un dato orientativo contrario all'accertamento della vigenza, in esso, di un principio, come quello dispositivo, il quale è chiaramente posto in funzione dell'autonomia delle parti. Costituisce però un dato in senso favorevole di notevolissima portata quella giurisprudenza assai nota del Consiglio di Stato, la quale afferma che il giudice amministrativo non può annullare l'atto impugnato se non per vizi espressamente dedotti dal ricorrente⁽²⁷⁾: è chiaro che sarebbe un fuor d'opera ogni valutazione in questa sede sulla fondatezza di questa affermazione, la quale, perciò, almeno per il momento, deve essere qui accettata come un dato di fatto. Ora, se, come sembra (ma il punto è assai delicato), il motivo di ricorso, inteso come indicazione della esistenza di un determinato vi-

(27) Tale giurisprudenza, oltre ad essere del tutto pacifica, è anche ben nota, e quindi, a rigore, ogni citazione sarebbe superflua. Ad ogni modo, tra le decisioni più recenti, si richiameranno le seguenti: V sez., 2 febbraio 1957, n. 9, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1957, I, 160; e 16 marzo 1957, n. 133, *ivi*, I, 397, la quale afferma la validità del principio anche per la decisione dei ricorsi gerarchici.

zio nell'atto impugnato, costituisce parte integrante dell'oggetto del giudizio nel processo amministrativo, la richiamata tendenza giurisprudenziale del Consiglio di Stato deve essere considerata come una affermazione di un vincolo del campo di accertamento del giudice alla domanda di parte⁽²⁸⁾; ossia, in altri termini, che l'oggetto di tale domanda deve coincidere con quello della cognizione giudiziale.

Le considerazioni sulle connessioni tra contenuto del ricorso, e oggetto dell'accertamento giudiziale nel processo amministrativo, possono essere qui limitate; si può solo notare come, in base ad esse, si può pervenire a delineare tutto il quadro dei principali profili sotto cui la nozione di oggetto del giudizio acquista rilevanza: l'atto introduttivo del giudizio, l'accertamento da parte dell'organo giurisdizionale, il giudicato. Tali profili abbracciano l'essenza del fenomeno processuale nei principali momenti del suo svolgimento, ed è per questa ragione che si è parlato della nozione di oggetto del giudizio come della nozione centrale dell'intera teoria del processo.

D'altra parte, se si è già chiarito il collegamento tra l'oggetto del giudizio, e l'estensione obbiettiva della cosa giudicata, nulla ancora si è detto a proposito dell'altra connessione che qui interessa, quella tra oggetto del giudizio e competenza del giudice alla cui cognizione esso deve essere sottoposto.

Ci si può domandare, però, se sono veramente necessarie delle considerazioni sul punto, giacchè, impostando il problema in questi termini, non si vede come si possa dubitare che la competenza del giudice è appunto determinata sulla base dell'oggetto del giudizio; e, sotto questo profilo, ogni richiamo di dottrina sembra superfluo.

Solo, si può osservare come, a rigore, la connessione tra oggetto del giudizio e competenza del giudice dovrebbe essere de-

(28) Vedi, per una recente esplicita affermazione in questo senso: V sez., 27 ottobre 1956, n. 931, in *Foro amm.*, 1957, I, 2, 309, con nota di BARTOLOMEI, *Intorno al vizio di extrapetizione nel processo amministrativo*.

terminata sulla base di quella che è la tipica manifestazione dell'oggetto del giudizio stesso: l'oggetto dell'accertamento da parte dell'organo giurisdizionale; ed è anzi sotto questo profilo, che il nesso tra oggetto del giudizio e competenza del giudice si presenta con un carattere di maggiore indiscutibilità. Però, talvolta, la legge preferisce ancorare la determinazione della competenza ad un'altra manifestazione dell'oggetto del giudizio, e collegarla cioè con la stessa domanda di parte; ciò, naturalmente, si verifica in corrispondenza della vigenza in un dato tipo di processo del principio, in base al quale viene fondata la coincidenza tra domanda di parte e oggetto dell'accertamento giudiziale.

Per quel che riguarda il processo civile, l'aggancio tra domanda di parte e competenza del giudice è esplicitamente disposto da alcune norme del codice di rito⁽²⁹⁾. Sarebbe assai interessante, e densa di conseguenze sia dogmatiche che pratiche, una indagine volta ad accertare se, nell'assenza di disposizioni espresse, un fenomeno del genere si verifichi anche per quel che riguarda il processo amministrativo. Il punto non presenta una diretta incidenza sui lineamenti della pregiudiziale, e, perciò, deve essere qui tralasciato; si può solo osservare come l'affermazione di uno stretto legame tra domanda di parte e competenza (anzi, in questo caso, giurisdizione) del giudice sia alla base della teoria c.d. della prospettazione.

Non si dimentica, certo, che essa è stata ripudiata dalla giurisprudenza più recente; questo ripudio, però, sembra da attribuire alle esagerazioni cui in base a tale teoria si era pervenuti: però, se essa è rettamente intesa, pare assai difficile poter confutare l'esattezza dei principi su cui si basa⁽³⁰⁾.

(29) V. soprattutto l'art. 10, 1° comma.

(30) Cfr., per una esposizione dei vari sensi in cui può essere intesa la teoria c.d. della prospettazione: ROMANO (Alberto), *Osservazioni in tema di discriminazione di giurisdizione tra giudice ordinario e amministrativo*, in *Foro amm.*, 1956, II, 1, 339 ss.; v., *ivi*, richiami di dottrina e giurisprudenza.

8. Le considerazioni che precedono, sul carattere e sul valore della nozione di oggetto del giudizio, dovrebbero essere sufficienti, nel loro immediato aggancio con la disciplina positiva delle questioni pregiudiziali dettata dall'art. 34, a rafforzare l'affermazione già precedentemente avanzata: e cioè, che le questioni pregiudiziali stesse sono al di fuori dell'oggetto del giudizio; più precisamente: tutto quello che deve essere compreso nel contenuto dell'oggetto del giudizio, non può essere ricollegato con l'oggetto delle questioni pregiudiziali.

Ma la distinzione delineata deve essere subito chiarita con alcuni ulteriori rilievi, volti a fugare dei dubbi che non possono non essere sorti nella mente del lettore.

Infatti, da un lato si è nettamente distinto tra questioni pregiudiziali e oggetto del giudizio, e dall'altro si è ricollegata tale nozione (sempre intesa in senso rigorosamente tecnico) con l'oggetto dell'accertamento che il giudice compie. Ora, una obiezione che si potrebbe muovere a questa costruzione, può essere costituita dal rilievo, per cui l'oggetto di tale accertamento dovrebbe essere costituito da quel complesso di elementi, i quali rilevano al fine della determinazione del contenuto della pronuncia finale del giudice; ossia, in altre parole, da quegli elementi, il cui accertamento, secondo quanto si è sin qui detto, costituisce l'oggetto tipico delle questioni pregiudiziali. In tal modo, tutti gli accertamenti di questi elementi sarebbero ricompresi nel contenuto dell'oggetto del giudizio, e verrebbe così demolita *ab imis* la contrapposizione tra ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità e oggetto del giudizio stesso.

Il fondamento, da cui potrebbe muovere questa obiezione, potrebbe essere costituito dalla considerazione che il giudice non solo accerta quale sia la concreta volontà di legge in relazione alla singola fattispecie esaminata, ma anche accerta, in modo per un certo verso analogo (sul piano logico), anche quale sia la singola fattispecie concreta, e quale sia l'astratta norma di legge sotto cui sussumerla; e, anzi, è proprio sulla base di

questi accertamenti preliminari che il giudice determina il contenuto del proprio accertamento finale.

La via di superamento di questa obiezione deve essere trovata sulla base della diversità della rilevanza degli accertamenti di carattere pregiudiziale, da quello, finale, che è da questi pregiudicato.

Già nella monografia di MENESTRINA, uno dei punti fondamentali era costituito da quella distinzione che tale autore esprimeva mediante il richiamo alla contrapposizione tra « *cognitio* » e « *judicium* »; oppure, richiamandosi al PESCATORE, tra decisione in senso volgare e decisione in senso giuridico⁽³¹⁾: la prima (« *cognitio* », decisione in senso volgare) riguarda tutto il complesso di quegli accertamenti i quali hanno natura pregiudiziale, mentre la seconda (« *judicium* », decisione in senso giuridico) concerne quello che è l'oggetto in senso tecnico dell'accertamento del giudice, l'oggetto del giudizio; ossia, con altra espressione, la volontà concreta della legge in relazione alla singola fattispecie esaminata.

I caratteri della distinzione già delineata dal MENESTRINA possono essere ulteriormente precisati sulla base di considerazioni riguardanti la diversa rilevanza delle decisioni di questi due gruppi.

Anzitutto, si può osservare come la prima varietà di rilevanza discenda da quella impostazione del problema degli elementi costitutivi della sentenza che, come si è visto, è propria della dottrina attualmente dominante: solo all'accertamento che ha per oggetto lo stesso oggetto del giudizio, in senso tecnico, si sovrappone l'elemento imperativo della sentenza, mentre quegli accertamenti che hanno un carattere meramente pregiudiziale rimangono sul solo piano logico.

Ma la vera, fondamentale distinzione tra accertamento

⁽³¹⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 117; cfr. anche FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 99 ss.

della volontà della legge in relazione alla singola fattispecie, e gli accertamenti a questa pregiudiziali, deve essere delineata sulla base della diversa e diretta incidenza che quello rispetto a questi manifesta sulla controversia sorta tra le parti.

L'oggetto immediato di tale controversia è costituito dal solo contenuto della volontà di legge in relazione alla singola fattispecie. Potrà sembrare strana questa limitazione, e certo essa appare, almeno a prima vista, contraria a quella che è la realtà quotidiana: la contestazione tra le parti non può concernere infatti mai solo tale contenuto, perchè se le parti fossero d'accordo e nella ricostruzione della fattispecie concreta, e nella individuazione e interpretazione della norma di legge sotto cui susumerla, ben difficilmente potrebbero non essere d'accordo sulla conclusione del sillogismo, e cioè sul contenuto della volontà di legge in relazione alla singola fattispecie. Questa considerazione spiega come mai la contestazione tra le parti non sia in nessun caso limitata solo a tale contenuto, ma si appunti anzitutto su uno o più dati che sulla determinazione di tale contenuto incidono: qualche elemento di fatto, qualche questione di diritto. E, correlativamente, è all'accertamento di questi elementi di fatto che è predisposta l'intera istruzione probatoria, talvolta assai complessa, ed è su tale accertamento, e sulla soluzione di quelle questioni di diritto, che la causa si « discute ».

Ma le considerazioni che precedono, di per sè esatte, non hanno una portata tale da cancellare la distinzione proposta. Infatti, le contestazioni sorte tra le parti su elementi di fatto o di diritto non presentano mai un carattere autonomo, ma sono sempre solo in funzione della soluzione della controversia che riguarda il contenuto della volontà della legge in relazione alla singola fattispecie. In altri termini, seguendo la notissima terminologia carneltuttiana, la singola questione, per quanto importante sia la sua soluzione nel quadro della soluzione dell'intera controversia, non diventa mai la « lite » tra le parti.

Poniamo che Tizio citi Cajo, erede di Sempronio, per aver

soddisfatto un suo credito ereditario; poniamo che Cajo si difenda, negando la sua qualità di erede di Sempronio: se la contestazione su tale qualità ereditaria è sollevata al solo fine di stabilire se Cajo deve o no cinquantamila lire a Tizio, questo solo è e rimane l'oggetto della « lite » tra le parti; e a nulla rileva, sotto questo profilo, che tutta l'istruzione probatoria, tutta la discussione della causa verta sul solo « punto » concernente la qualità ereditaria di Cajo.

Questa distinzione tra la « lite » e le contestazioni che sorgono tra le parti si riflette puntualmente in una diversità di carattere degli accertamenti che il giudice compie, e delle decisioni che in tal modo prende rispettivamente sulla prima e sulle seconde.

Anzitutto, si può accennare il rilievo ovvio, e ad ogni modo implicito in quanto sin qui detto, che in tanto una questione si pone come pregiudiziale ad un'altra, in quanto costituisce una contestazione nei confronti di una « lite »; e, in questo senso, la decisione della questione si pone come pregiudiziale alla decisione dell'intera « lite ».

Ma quel che qui interessa è soprattutto la diversità di disciplina legislativa della decisione dell'intera « lite », rispetto alle decisioni delle singole contestazioni. Infatti, poichè è solo sull'oggetto della « lite » che le parti effettivamente disputano, è perfettamente comprensibile come il legislatore abbia ancorato a tale oggetto la determinazione dell'organo giurisdizionale competente, in relazione a quelle considerazioni di politica legislativa riguardanti il territorio, il valore, la materia, che sono alla base della determinazione stessa della competenza. E, correlativamente, la cosa giudicata, intesa secondo la formula chiovenadiana, come l'immutabilità dell'attribuzione di un bene della vita, non può non riguardare solo quel bene della vita su cui le parti realmente disputano.

Tutto l'argomento sarà successivamente ripreso con maggiore ampiezza di dettagli, in sede di esegesi particolareggiata

della disciplina contenuta dell'art. 34. Si può però rilevare fin da ora come, in relazione alla distinzione tra « lite » e contestazione, la legge disciplini in modo ben diverso l'accertamento con cui il giudice risolve la prima, e cioè quello avente per contenuto la volontà della legge nei confronti della singola fattispecie, dall'accertamento con cui il giudice risolve la seconda, ossia quello che concerne un elemento di fatto o di diritto rilevante per la determinazione del contenuto anzidetto. E sulla base di questa diversità profonda di disciplina legislativa è possibile individuare una nozione strettamente tecnica di oggetto del giudizio, che è costituito, appunto, dall'oggetto della « lite » tra le parti, ossia dall'oggetto dell'accertamento finale operato dal giudice: la volontà di legge in relazione alla singola fattispecie. Dalle considerazioni prima esposte, tale oggetto del giudizio, in senso rigorosamente tecnico, si distingue da tutto il complesso di quegli accertamenti di fatto e di diritto, la cui « *cognitio* » è pur sempre necessaria per poter pronunciare il « *judicium* ».

La distinzione è di importanza fondamentale; si può infatti affermare che, in tanto è possibile rinvenire, in un dato tipo di processo, un ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudiziale, in quanto la legge disciplini in modo diverso gli accertamenti mediante i quali il giudice risolve i singoli punti in contestazione tra le parti, da quello, da essi condizionato, mediante il quale il giudice risolve la « lite ». Con ciò si vuole ammettere la possibilità astratta che la legge regoli in modo indifferenziato tali accertamenti, e così facendo non operi la distinzione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio, ma, al contrario, trasformi in quest'ultimo, in modo automatico, qualsiasi contestazione che sorga tra le parti. Ma, d'altra parte, che sia possibile contrapporre la pregiudiziale all'oggetto del giudizio nel nostro processo civile, appare discendere chiaramente dalla disciplina dell'art. 34 cod. proc. civ.

Sotto questo profilo, la tesi sostenuta da Satta e secondo

la quale sarebbe compreso nell'oggetto del giudizio ogni accertamento compiuto dal giudice, nel corso del suo *iter* logico⁽³²⁾, potrebbe essere ritenuta contrastante col disposto dell'art. 34 cit.; ad ogni modo, in corrispondenza del rilievo prima svolto, ci sembra che essa porti necessariamente alla conclusione di cancellare l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità⁽³³⁾; sintomo della ineluttabilità di questa conseguenza possono essere considerati i dubbi che lo stesso Satta manifesta^(33-bis), sul campo di applicazione di quella parte dell'art. 34 che regola i c.d. accertamenti incidentali.

Resta così chiarito in che modo si può affermare che quel che costituisce l'oggetto del giudizio, non può essere ricompreso nell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. Rimane ora da completare il quadro dei rapporti tra oggetto del giudizio e pregiudiziale, osservando che *tutto* quello che non fa parte dell'oggetto del giudizio, deve necessariamente ricadere nell'ambito della pregiudiziale stessa.

Il discorso non è lungo: posto che l'*iter* logico che il giudice compie, parte da alcune premesse la cui validità è indimostrata, passa attraverso la soluzione di alcune questioni, e infine sbocca nella pronuncia finale, tutti gli accertamenti in cui tale *iter* logico consiste o costituiscono tale pronuncia, o appartengono ad una fase precedente, e ad essa preordinata: *tertium non datur*; nella prima ipotesi, essi si ricollegano all'oggetto del giudizio, nella seconda, essi ricadono necessariamente nell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità.

Ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, e oggetto del giudizio, sono nozioni nettamente distinte, anzi,

(32) V., da ultimo: *Diritto processuale civile*, 5ª ediz., Padova 1957, pag. 114 ss.

(33) Per una critica alla tesi del Satta, basata sulla distinzione tra oggetto del giudizio in senso tecnico e il complesso del materiale sottoposto alla cognizione del giudice v.: ATTARDI, *Efficacia giuridica degli atti di stato civile*, Città di Castello 1949, pag. 42, nota 2.

(33-bis) Vedi, da ultimo: *Diritto processuale*, cit., pag. 35, 36,

addirittura contrapposte; esse, d'altra parte, nel loro complesso, esauriscono l'intero oggetto di tutti quegli accertamenti che costituiscono l'iter logico percorso dal giudice; per tale loro carattere, prendendo come base di partenza l'insieme di tali accertamenti, se si individua il contenuto di una di queste due nozioni, non può non restare allo stesso tempo definita anche l'altra.

Rimane così confermata l'esattezza di quelle affermazioni, avanzate anche recentemente in dottrina, secondo le quali la pregiudiziale termina là dove incomincia l'oggetto del giudizio⁽³⁴⁾.

Arrivati a questo punto, il problema della determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità sembrerebbe risolto; ma, purtroppo, ciò non è, perchè il rinvio alla nozione di oggetto del giudizio, ben lungi dal costituire un richiamo ad un concetto dai contorni sicuri, rimanda invece ad una materia che è tra le più tormentate dell'intera teoria del processo; e le dispute relative sono di portata così radicale, che talvolta si appuntano sulla stessa utilità scientifica del concetto stesso.

Per la sua rilevanza sui lineamenti della teoria della pregiudiziale, non si può non procedere a qualche approfondimento del tema; le pagine che seguono sono appunto dedicate ad alcune considerazioni sui caratteri e sul contenuto dell'oggetto del giudizio. È ovvio, peraltro, che una completa analisi di tale nozione è di tale portata, da dover trovare posto da sola in una monografia di notevole mole: si intende, perciò, come i rilievi che saranno successivamente svolti non abbiano nessuna pretesa di dettagliata indagine, ma dovranno essere rigorosamente circoscritti nella stretta misura in cui essi si appalesano come assolutamente indispensabili per il proseguimento del presente lavoro.

⁽³⁴⁾ Cfr., per energiche affermazioni in questo senso: ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, pag. 115; CARNELUTTI, *In tema di accertamento incidentale*, cit., in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, 21; SATTA, *Accertamenti incidentali*, cit., in *Foro it.*, 1947, I, 30 e, soprattutto, *Nuove riflessioni*, etc., cit., *ivi*, 1948, I, 67, 68.

9. La nozione di oggetto del giudizio è una nozione cara alla dottrina tedesca, e questo interessamento ha dato luogo ad una ricchissima letteratura, specie recente, sull'argomento⁽³⁵⁾.

Il carattere più saliente di questa letteratura è dato dalla sua stessa impostazione. Essa, infatti, si propone di studiare la nozione di oggetto del giudizio a scopi rigorosamente processuali, e, perciò, da un punto di vista strettamente processuale. Come già si è accennato, la nozione di oggetto del giudizio costituisce la chiave di volta per la soluzione di numerosissimi problemi di carattere processuale: si è già ricordato quello relativo alla determinazione dell'estensione obbiettiva della cosa giudicata, ma esso non è certo il solo; senza aver la pretesa di esaurire l'argomento, si può qui ricordare anche il problema relativo alla determinazione della litispendenza, quello relativo alla individuazione del mutamento della domanda, etc. Ora tutti questi problemi i quali, lo si ripete ancora una volta, possono essere riguardati da un punto di vista strettamente processuale, prescindendo dalle loro implicazioni di carattere sostanziale, si avviano a soluzione purchè si osservi una precisa condizione: l'attribuzione alla nozione di oggetto del giudizio di un contenuto

⁽³⁵⁾ Recentemente, l'oggetto del giudizio è stato analizzato in due notevoli monografie: quella di SCHWAB, già citata, e l'altra di HABSCHIED, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Bielefeld s. a., ma 1956; queste, comunque, non fanno che aggiungersi ad una ricca letteratura, che testimonia l'alto interesse che la dottrina tedesca ha sempre avuto per il tema; cfr.: NIKISCH, *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen 1935; BLOMEYER, *Beiträge zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Festschrift der Juristischen Fakultät der Freien Universität*, Berlin 1955, pag. 51 ss.; BÖTTCHER, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess*, in *Festgabe für Rosenberg*, München und Berlin 1949, pag. 73 ss.; HABSCHIED, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess*, in *JAkDR*, 39/40, pag. 206 ss., e *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *ZZP*, 65, pag. 215 ss.; NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *ArchCivPr.*, 154. Band (1955), pag. 261 ss. Lo stesso alto interesse è testimoniato dalla rilevanza che all'argomento è attribuita nelle trattazioni a carattere generale; cfr. per es.: STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 18ª ed., Tübingen 1953, particolarmente nelle osservazioni preliminari al § 253 e nel commento ad esso; ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 7ª ed., München und Berlin, 1956, pag. 398 ss.; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Tübingen 1952, pagina 161 ss.; LENT, *Zivilprozessrecht*, 7ª ed., München und Berlin 1957, pag. 97 ss.

unitario e costante, tale cioè da mantenersi inalterato attraverso tutto lo svolgimento del fenomeno processuale, dalla proposizione della domanda di parte fino al passaggio in giudicato della sentenza.

Sotto questo profilo, l'elaborazione che alla nozione di oggetto del giudizio ha apportato la dottrina tedesca si presenta del più alto interesse; e al suo valore, nulla toglie che alcune delle conclusioni cui essa è pervenuta non siano accettabili, almeno sulla base del dato positivo offertoci dall'ordinamento italiano, e, probabilmente, anche più in generale.

Ma questa impostazione è chiaramente limitata, e, correlativamente, le limitazioni proprie si riflettono in modo puntuale sulle sue soluzioni: il risultato cui si perviene, infatti, seguendo l'orientamento indicato, consiste nella determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio, valutato unicamente dal punto di vista, per così dire, della formulazione del contenuto stesso in una proposizione logica, la quale è affermata dalla parte, esaminata dal giudice e immutabilmente accertata; ma, d'altra parte, si prescinde da ogni considerazione del valore in termini di diritto sostanziale di quegli elementi che costituiscono il contenuto stesso. In altri termini, nell'individuare la nozione di oggetto del giudizio, si prescinde in larghissima misura dal collegamento di questo, inteso come una manifestazione di stretto carattere processuale, col piano del diritto sostanziale.

Con tale rilievo non si vuole certo affermare che la dottrina tedesca ignori il problema dei rapporti tra diritto e processo; del resto, ogni asserzione in questo senso sarebbe troppo facilmente smentita dalle numerosissime ed esplicite prese di posizione in favore del carattere esclusivamente processuale dell'oggetto dell'accertamento giudiziale (e sul valore di tali prese di posizione si tornerà più ampiamente in seguito). Al contrario, si vuole solo tentare di individuare una prima ragione, che spieghi il perchè di questo orientamento, il quale tende a scindere in modo così netto il processo dal diritto sostanziale.

L'impostazione della dottrina tedesca non può non colpire, specialmente se essa è raffrontata con quella propria della dottrina italiana, la quale è tutta volta a collegare strettamente il fenomeno processuale al piano del diritto sostanziale, pur non riconoscendo, naturalmente, l'autonomia del primo rispetto al secondo. Data l'incidenza del tema sui lineamenti della nozione di oggetto del giudizio, e, quindi, indirettamente, sulla determinazione del limite finale dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, non sarà inopportuno svolgere qualche considerazione in proposito e, in particolare, su tale differenza di impostazione.

L'analisi del punto, oltre a presentarsi obbiettivamente difficile per la delicatezza della materia, è anche ulteriormente complicata dalla circostanza per cui la notevole elaborazione cui la dottrina tedesca ha sottoposto la nozione di oggetto del giudizio è completamente estranea alla dottrina italiana: questa si è dimostrata insensibile all'interessamento che il tema ha suscitato in Germania, e le dispute colà sorte hanno solo destato in Italia qualche eco, la quale in ogni caso è rimasta circoscritta sul piano di una valutazione critica di una evoluzione dottrinale straniera⁽³⁶⁾, senza che la nostra teoria del processo civile ne sia stata minimamente influenzata.

Questo disinteresse che la dottrina italiana manifesta verso quelle discussioni che presso la dottrina tedesca sono le più vitali, ha radici assai profonde: esso, infatti, discende dal disinteresse che in Italia ha suscitato la nozione stessa di oggetto del giudizio, la quale non solo non è stata mai approfondita in indagini di carattere monografico, ma è anche raramente ricordata, e ancor meno frequentemente definita nelle stesse trattazioni di

(36) Cfr. le due interessanti rassegne di DE STEFANO, *L'oggetto del processo in un libro recente di Walter J. Habscheid*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pagina 327 ss., e di TARZIA, *Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo*, in *Jus*, 1956, 266 ss.

carattere generale⁽³⁷⁾; e come conseguenza dell'analisi del concetto che si è avuta in Germania, si devono registrare in Italia delle impostazioni nettamente critiche del valore scientifico del concetto stesso.

Su tale valutazione si ritornerà in seguito. Qui preme anzitutto osservare come questo orientamento della dottrina italiana non voglia certo significare che essa ha ignorato la ricca problematica che in Germania è studiata dal punto di vista della nozione di oggetto del giudizio. Al contrario, anche la dottrina italiana si è occupata del tema, nè avrebbe potuto prescindere; ma il punto di partenza scelto è stato una diversa nozione, quella di azione: e su di essa, come è noto, sono state tentate tutte le costruzioni organiche del fenomeno processuale.

La comparazione del contenuto della nozione di azione con la nozione di oggetto del giudizio, così come questa risulta dalla elaborazione ad essa data dalla recente dottrina tedesca, si presenta ricca di interesse, ma anche assai malagevole.

Anzitutto, mancano ausili diretti da parte di precedenti indagini: per quel che riguarda la dottrina italiana, dato il già accennato disinteresse di questa verso il concetto di oggetto del giudizio, vi è, per così dire, una unilateralità nell'impostazione dei problemi della teoria del processo, i quali sono visti dal solo angolo visuale dell'azione. Nè un aiuto molto maggiore ci è offerto dalla dottrina tedesca: ove si voglia ritenere che il termine « azione », così come è inteso in Italia, abbia un contenuto analogo al termine « *Anspruch* », non si può dire che il problema dei rapporti tra *Anspruch* e *Streitgegenstand* sia stato ignorato dalla ricca letteratura su quest'ultimo tema, ma i rilievi che si possono notare in proposito concernono tutti l'assoluta non coincidenza dello *Anspruch* inteso come una nozione di carattere so-

(37) Perciò è abbastanza inconsueto il rinvenimento, nella dottrina italiana, di una definizione dell'oggetto del processo così netta come quella dataci dal CHIOVENDA: « ...oggetto del processo è la volontà concreta di legge della cui esistenza ed attuazione si tratta, e il potere di chiederne l'attuazione, cioè l'azione » (*Principi*, cit., pag. 83).

stanziale, con lo *Streitgegenstand*, inteso come una figura strattamente processuale⁽³⁸⁾.

In realtà, non è possibile impostare in termine generali il problema dei rapporti tra azione e oggetto del giudizio, dato che non esiste una sola nozione di azione, ma al contrario, come è ben noto, la dottrina ha volta a volta attribuito a tale concetto i caratteri più vari; nè, d'altra parte, sono pacifici i contorni della figura di oggetto del giudizio. Il rapporto tra questi due concetti, perciò, varia in corrispondenza del variare dei loro lineamenti, ed una comparazione reciproca può avere un senso solo se instaurata tra una data nozione di azione, e una data nozione di oggetto del giudizio.

Se non si è compiuta una preliminare opera di scelta di questo genere, si possono fare solo dei rilievi di carattere assolutamente generico. E cioè: dato il ruolo assolutamente predominante che, in ogni caso, sia l'azione come l'oggetto del giudizio giuocano in sede di costruzione della teoria del processo, queste due nozioni non possono non avere un contenuto per larga parte coincidente. Anzi, l'azione, almeno se ad essa vengono attribuiti determinati caratteri, cui successivamente si accennerà, sembra costituire essa stessa il contenuto dell'oggetto del giudizio.

Aderendo ad una simile impostazione, si arriverebbe alla conclusione per cui azione e oggetto del giudizio non sono delle entità giuridiche distinte, ma, al contrario, costituiscono solo aspetti diversi sotto cui è visto un unico fenomeno. Con l'analisi della nozione di azione, si vuole puntualizzare quella situazione giuridica soggettiva, che è fatta valere dalla parte nel processo; con l'elaborazione della nozione di oggetto del processo si vuole cogliere quel contenuto che si mantiene costante durante tutto lo svolgimento del fenomeno processuale, come contenuto della domanda di parte, come contenuto dell'accertamento

(38) Cfr. per tutti: ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., pag. 399.

giudiziale, come contenuto della cosa giudicata: e poco importa, sotto questo profilo, la traduzione in termini di diritto sostanziale degli elementi che costituiscono tale contenuto o anche, per avventura, che esso possa consistere proprio nell'azione.

Si può allora cogliere in tutta la sua portata il valore della diversità di impostazione della dottrina italiana rispetto alla recente dottrina tedesca, e del disinteresse della prima verso la nozione di oggetto del giudizio: questo disinteresse non è un fatto limitato al solo piano metodologico, e non vale solo come indice di preferenza verso uno schema concettuale piuttosto che un altro, ma va valutato, al contrario, come indice di quell'orientamento cui si è già accennato. Ossia della affermazione, propria della dottrina italiana, dello stretto legame che esiste tra piano sostanziale e fenomeno processuale, al contrario di quel distacco comunemente ribadito dalla dottrina tedesca.

Giunti a questo punto, è chiaro che, se l'indagine vuole tener conto sia della letteratura italiana come di quella tedesca, che è quanto dire delle più profonde elaborazioni giuridiche del fenomeno processuale, tale indagine deve essere scissa in due filoni fondamentali: da un lato, si tratta di richiamare, nella sintesi che è imposta dalla economia generale del presente lavoro, i principali lineamenti della nozione di azione, così come sono stati dibattuti nelle dispute della dottrina italiana e, precedentemente, della dottrina tedesca classica. Dall'altro lato, si devono comparare i risultati in tal modo raggiunti con quei caratteri esclusivamente processuali che dalla dottrina tedesca più recente sono attribuiti alla nozione di oggetto del giudizio.

Giova, però, premettere qualche considerazione di carattere generale. Non solo la nozione di azione, ma anche quella di oggetto del giudizio deve essere delineata unicamente su basi di stretto diritto positivo⁽³⁹⁾: tale nozione, cioè, risulta dalla concreta disciplina che il legislatore ha dettato per un determinato

(39) Cfr. SCHWAB, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 2.

tipo di processo, e varia col variar di questo; perciò, i caratteri che sulla base della concreta regolamentazione di un dato processo è possibile attribuire al relativo oggetto del giudizio, non hanno di per sé una portata più generale, ma la loro applicabilità anche all'oggetto del giudizio in altri tipi di processo deve essere verificata volta a volta.

Questa «relatività» della nozione di oggetto del giudizio può discendere, almeno in parte, dalla stessa sua connessione con quella di azione, ma, in ogni caso, concerne anche tale connessione medesima. Ad ogni modo, tale connessione postula evidentemente che, nel processo di cui si tratta, esista un'azione, il che non sempre accade: è ben nota da tempo, in dottrina, l'esistenza di processi senza azione e, ove si attribuisca a questa il carattere della concretezza, uno di tali processi sembra proprio essere quello amministrativo.

Potrebbe sembrare superfluo, perciò, per lo studioso del processo amministrativo, ogni approfondimento del tema per quel che riguarda il processo civile. Pure, il ricorso anche a tale tipo di processo ci pare giustificato dalla possibilità, in tal modo raggiunta, di attingere in maggiore misura a schemi ed elaborazioni di quella dottrina del processo che è la più progredita. E, in ogni caso, si deve tener presente anche un'altra circostanza: nella seconda parte del presente lavoro, in particolare dedicata alla pregiudiziale nel processo amministrativo, si svolgeranno alcuni rilievi sul tema, così come si presenta nel processo amministrativo stesso; ora, l'aver accennato all'argomento anche per quel che riguarda il processo civile, si traduce in una maggiore ricchezza di dati esaminati, la quale non può non giovare alla completezza dell'indagine.

10. Sarebbe evidentemente del tutto incongruo procedere in questa sede, non diciamo ad una valutazione critica, ma anche solo ad una pura e semplice esposizione delle varie teoriche sull'azione che sono state via via sostenute in Italia e in Ger-

mania: tale esposizione dovrebbe assumere proporzioni tali da forzare l'economia del presente lavoro, ed in ogni caso si risolverebbe necessariamente in una brutta copia di acute sintesi altrove svolte, cui pertanto si rimanda ⁽⁴⁰⁾.

In questa sede, ci si può e ci si deve limitare a porre in rilievo quegli aspetti della problematica dell'azione, i quali manifestano un proprio campo di incidenza sul tema dell'oggetto del giudizio: solo da questo ben preciso angolo visuale sarà perciò esaminata la complessa evoluzione della nozione di azione.

La ricca problematica dell'azione ha avuto origine da una esigenza di carattere dogmatico ben determinata: si è, cioè, sentito il bisogno di individuare e di delineare quegli elementi, in base ai quali il titolare di una situazione giuridica sostanziale può tutelarla contro violazioni da parte di terzi mediante il ricorso alla funzione giurisdizionale esercitata dallo Stato. Ogni teorica sull'azione costituisce perciò un tentativo di costruzione dogmatica dell'atteggiarsi della situazione giuridica del privato nei confronti dell'esplicazione di una delle tre funzioni fondamentali dello Stato; questa indicazione dell'esigenza di fondo della problematica dell'azione è, evidentemente, largamente imprecisa, ma, d'altra parte, la sinteticità della formula, cui consegue la sua inesattezza, sembra essere imposta non solo dalla necessità di un immediato inquadramento delle molte e molto complesse que-

(40) Per una dettagliata esposizione delle diverse teorie sull'azione, si rimanda ad alcuni lavori di notevole importanza, i quali contengono anche larghe valutazioni critiche delle posizioni sostenute dai vari autori; oltre alla classica produzione chiovendiana, *L'azione nel sistema dei diritti*, ripubblicata in *Saggi sul diritto processuale civile*, vol. I, Roma 1930, pag. 6 ss.; PEKELIS, voce: *Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*; LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pag. 47 ss.; ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, ripubblicato in: *Problemi di diritto*, vol. I, Milano 1957, pag. 30 ss., e, da ultimo: FAZZALARI, *Note su diritto e processo*, Milano 1957, *passim*, ma specialmente pag. 9 ss.; ogni approfondimento del tema non pare possa essere operato prescindendo dalla monografia del PUGLIESE, *Actio e diritto subbiiettivo*, Milano 1939, la cui rilevanza non è limitata alla sola ricostruzione storica, la quale, peraltro, presenta sempre per i caratteri dell'argomento degli spunti di vivo interesse, ma si estende anche alla inquadramento dogmatica.

stioni che ogni teorica dell'azione intende risolvere, ma anche dall'opportunità di non lasciare mai in ombra il nesso che lega le varie parti del presente lavoro: già in base a questa assai succinta indicazione è possibile intravedere in che modo la problematica dell'azione può presentare un proprio campo di incidenza sul tema dell'oggetto del giudizio; l'azione, intesa come la posizione che l'ordinamento attribuisce al privato, nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, non può non assumere, infatti, una propria rilevanza sul modo di esplicazione di tale funzione; questo collegamento può essere ulteriormente precisato, ove si tenga presente che l'azione costituisce il mezzo che è a disposizione del titolare di un diritto soggettivo, per la tutela di quest'ultimo: ecco dunque che l'azione rileva sul modo di esplicazione della funzione giurisdizionale, nel senso che deve costituire l'elemento di determinazione di questa esplicazione, perchè questa avvenga in maniera tale da tutelare il diritto soggettivo e non altrimenti. Ora, la funzione giurisdizionale viene esplicata mediante l'emissione di provvedimenti, di cui si è già vista la struttura; la tutela del diritto soggettivo è attuata mediante il comando del giudice, che costituisce il momento volitivo della sentenza, ma, se questo è vero, non vi è dubbio che il momento intellettuale della stessa sentenza deve verte- re su quei dati i quali giuocano nella determinazione del contenuto del comando suddetto: è questo, allora, l'oggetto dell'accertamento giudiziale; ne consegue, perciò, che l'azione, nei limiti nei quali determina il contenuto del provvedimento giurisdizionale di tutela della situazione giuridica soggettiva vantata dall'attore, deve anche entrare nell'oggetto del giudizio. È evidente che le considerazioni che precedono non possono non avere, per il momento, che un semplice valore di indicazione della linea di ragionamento che sarà seguita nel presente lavoro; e, in realtà, le implicazioni tra azione e oggetto del giudizio potranno essere esattamente individuate solo sulla base dei caratteri che possono essere attribuiti all'azione stessa: proprio da

quei caratteri, sui quali in dottrina fervono quelle dispute, che nelle pagine che seguono saranno sommariamente richiamate.

Svariati sono i fattori di complicazione della tematica dell'azione; anzitutto, si può rilevare come la costruzione unitaria dell'atteggiarsi della posizione del titolare di una situazione giuridica soggettiva sostanziale nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale debba superare, prima di ogni altra cosa, il grosso ostacolo costituito dalla estrema varietà di ipotesi che si ricollegano al tema: da un lato, le situazioni giuridiche soggettive presentano una diversità di tipi piuttosto notevole, di cui si deve tener conto; e certamente, la tutela di un diritto reale ha esigenze ben diverse della tutela, poniamo, di un diritto di obbligazione, o di uno *status*, o di un potere.

Non solo, ma di contro alla varietà di situazioni giuridiche soggettive da tutelare, sta anche la multiformità di violazioni, in atto o in potenza, nei confronti delle quali tale tutela deve operare. E, infine, si deve pensare alla molteplicità di tipi di tutela che l'ordinamento giuridico appresta per il titolare di una situazione soggettiva sostanziale: azioni di accertamento, azioni di condanna, azioni costitutive, per rimanere solo sul terreno del processo di cognizione, e prescindendo da ogni configurazione in termini di azione del processo di esecuzione⁽⁴¹⁾: si vede quindi chiaramente come sia sommamente difficile la costruzione di una nozione unitaria di azione, la quale sia di per sé valida per ogni tipo di situazione giuridica sostanziale da tutelare, per ogni tipo di violazione contro cui tutelarla, e, infine, per ogni tipo di tutela da impiegarsi.

Ma il fattore di maggiore complicazione della tematica dell'azione è costituito dal problema di fondo di estrema delicatezza, sul quale tale tematica direttamente si innesta: quel pro-

⁽⁴¹⁾ Cfr., però, per un recente tentativo di una costruzione unitaria della nozione di azione, sia per quel che riguarda il processo di cognizione, come per quel che riguarda il processo di esecuzione: MANDRIOLI, *L'azione esecutiva*, Milano 1956.

blema che è tradizionalmente definito in base alla sua attinenza ai rapporti tra diritto sostanziale e processo; e, in realtà, il suo collegamento con la teorica dell'azione è stato sempre sentito in maniera così viva, che l'intera evoluzione dottrinale sulla nozione di azione può essere anche considerata come una successione di diversi modi di riproporre tale identico e inquietante problema: l'azione, come tale, costituisce, infatti, il modo con cui il diritto sostanziale si fa valere nel processo.

Anzi, sembra che questa impostazione possa acquistare una rilevanza di particolare interesse, ove sia esaminata alla luce dei risultati di un recente orientamento dottrinale, il quale, manifestatosi nel campo del diritto privato, ha di per sé una portata più generale. Infatti, sulla sistemazione dei rapporti tra diritto sostanziale e processo ha un largo campo di incidenza la determinazione di quel che si intende con l'espressione: « diritto sostanziale »; costituirebbe un impoverimento di questa espressione l'attribuzione, ad essa, del solo significato di: « diritto soggettivo » sostanziale: si è infatti visto, a tacer d'altro, come la tutela giurisdizionale possa essere invocata anche per situazioni giuridiche diverse dal diritto soggettivo. In realtà, pare che l'espressione « diritto sostanziale » stia a indicare anche tutte quelle situazioni giuridiche soggettive che costituiscono, nel loro complesso, una sfera giuridica privata nella sua realtà effettiva. Ora, come è noto, una recente tendenza, partendo dalla concezione istituzionale del diritto⁽⁴²⁾, configura la sfera giuridica privata come un vero e proprio ordinamento giuridico, e delinea, di conseguenza, i rapporti tra essa e l'ordinamento statale come rapporti di interferenza tra ordinamenti⁽⁴³⁾. Secondo tale or-

⁽⁴²⁾ Sulla quale v. per tutti: SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2^a ed., Firenze, 1945.

⁽⁴³⁾ Cfr.: SALVATORE ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 249 ss.; *Autonomia privata*, *ivi*, 1956, 801 ss.; *L'atto esecutivo nel diritto privato*, *Riv. dir. civ.*, 1957, 631 ss.; nel senso che i negozi di diritto privato costituiscono atti di carattere normativo cfr. SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pag. 58, nota 47-quater.

dine di idee, quel « diritto sostanziale », il quale, mediante la azione, è fatto valere nel processo, non sarebbe nient'altro che « l'assetto » obbiettivo dell'ordinamento giuridico privato, così come questo è « riconosciuto » dall'ordinamento statale⁽⁴⁴⁾; ecco dunque che il problema dei rapporti tra diritto sostanziale e processo non è altro che un aspetto di un problema di più ampia portata, sul quale il primo si innesta: il problema dei rapporti tra ordinamenti privati e ordinamento statale⁽⁴⁵⁾.

È ovvio che non è possibile qui proseguire su questa strada, la quale ci porterebbe, evidentemente, troppo lontano dal nostro tema; solo, è opportuno rilevare come, sulla base delle considerazioni che precedono, possa acquistare un maggiore rilievo il principio della c.d. « relatività del concetto di azione », il quale, in ogni caso, deve presiedere ad ogni costruzione dell'azione stessa. Come è noto, tale principio fu sviluppato nel modo più ampio in un lavoro di CALAMANDREI⁽⁴⁶⁾, ma, d'altra parte, è unanimemente accolto in dottrina⁽⁴⁷⁾; se con questo principio si volesse indicare solamente che la costruzione della nozione di azione non ha di per sé una validità *sub specie aeternitatis*, ma che, al contrario, vale solo nell'ambito del processo in relazione al quale è stata elaborata, il principio in parola non avrebbe un contenuto particolarmente ricco: è ovvio che ogni costruzione giuridica, per quanto dogmaticamente ardita,

(44) Per il riconoscimento degli atti negoziali privati da parte dello Stato, come fondamento dell'autonomia privata, v. SALVATORE ROMANO, *L'autonomia privata*, cit., pag. 828 ss., c, sulla connessione di tale configurazione col problema dei caratteri e del fondamento dei vari tipi di invalidità del negozio, pag. 913 ss.

(45) Per una valutazione della teoria dell'autonomia privata, prima ricordata, in relazione al problema dei rapporti tra diritto e processo, cfr. FAZZALARI, *Note su diritto e processo*, cit., pag. 27, 28.

(46) *La relatività del concetto di azione*, ripubblicato in: *Studi sul processo civile*, vol. V, Padova 1947, pag. 1 ss.

(47) Cfr., per esempio: PEKELIS, *Azione*, cit., pag. 5, 6 e 16, con una interessantissima citazione di CHIOVENDA; LIEBMAN, *L'azione*, etc., cit., pag. 50; MICHELI, *Giurisdizione e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 132 ss.; FAZZALARI, *Note*, etc., cit., pag. 36; per rilievi sulla relatività della « struttura » del processo, v.: BENVENUTI, *L'istruzione*, cit., pag. 13.

deve essere basata sul dato positivo, ed è perciò parimenti ovvio che ad ogni mutamento di questo dato positivo, deve corrispondere un mutamento della costruzione stessa. Ma il principio della relatività del concetto di azione ha un valore che trascende di parecchio quello di un facile richiamo ad un criterio metodologico oggi universalmente accettato: tale principio, infatti, pone in rilievo la circostanza per cui i caratteri dell'azione sono condizionati in modo più immediato che per qualsiasi altra figura giuridica da quei fattori extragiuridici, cioè politici e sociali, che sono alla base di ogni ordinamento positivo. Tale condizionamento non è altro che la conseguenza della particolare materia sulla quale l'azione viene, in definitiva, ad incidere: quella dei rapporti tra individuo e Stato; è proprio sulla strutturazione in termini giuridici di questi rapporti, infatti, che si ripercuotono con una maggiore incidenza quei fattori extragiuridici di cui si è detto. In tal modo si spiega, perciò, non solo la frequenza della riaffermazione della relatività, così intesa, della nozione di azione, ma anche quel collegamento tra evoluzione di questa e contemporanea evoluzione dei fattori politico-sociali nell'ordinamento considerato, che è stato talvolta delineato con notevole precisione di dettagli⁽⁴⁸⁾, e anche il ruolo decisivo nella scelta della nozione di azione più aderente alla realtà, che tal'altra è stato attribuito direttamente a questi fattori stessi⁽⁴⁹⁾.

Ma la connessione tra caratteri dell'azione e regolamentazione dei rapporti tra individuo e Stato è normalmente vista solo da un angolo visuale ben determinato: quello che riguarda la relazione che intercorre tra interesse del singolo all'esplicazione della funzione giurisdizionale e esplicazione stessa; allora se si parte da una concezione dello Stato di tipo liberale, si può

(48) Cfr. PEKELIS, *Azione*, cit., pag. 12 ss.

(49) Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Padova 1943, vol. I, pag. 115 ss.; per rilievi critici sulla connessione operata da CALAMANDREI, *ivi*, tra concezione autoritaria dello Stato e nozione dell'azione in senso astratto, e, viceversa, tra concezione liberale dello Stato e nozione di azione in senso concreto, v.: MICHELI, *Giurisdizione e azione*, cit., pag. 132.

benissimo pensare che l'esercizio della funzione giurisdizionale venga compiuto per l'esclusivo interesse del privato; se, al contrario, si parte da una concezione diversa, di tipo più autoritario, non si può non collegare questo esercizio ad un preminente interesse pubblico. In piena corrispondenza, con questa diversità di punti di partenza, deve atteggiarsi in modo diverso quella posizione del privato, in base alla quale l'esercizio della funzione giurisdizionale viene posto in essere, e, anzi, addirittura determinato nel contenuto; cosicchè, nella prima ipotesi, nulla impedirebbe la costruzione dell'azione come un diritto soggettivo del privato nei confronti dello Stato, alla tutela giurisdizionale (*Rechtsschutzanspruch*) mentre, nella seconda ipotesi, i caratteri da attribuire all'azione dovrebbero essere assai diversi.

In ogni caso, la connessione tra azione e problema dei rapporti tra individuo e Stato è vista solo su un piano meramente processuale, quale è quello su cui ci si muove prospettando quella gamma di opinioni, di cui le tesi accennate sono una esemplificazione. Ma sembra che la regolamentazione dei rapporti tra individuo e Stato, la quale, in qualche modo, possa incidere sulla configurazione dell'azione, abbracci un campo ben più vasto di quello abitualmente considerato. Infatti, da un lato, poichè l'azione è il mezzo con cui il diritto sostanziale si fa valere nel processo, il caratteri stessi del diritto sostanziale si ripercuotono, in definitiva, sui caratteri dell'azione; e, dall'altro, poichè il diritto sostanziale fatto valere nel processo spesso non è altro che l'assetto obbiettivo dell'ordinamento privato, così come è riconosciuto dall'ordinamento statale, la sua stessa configurazione attiene al modo di essere dei rapporti tra individuo e Stato, ed è, come tale, essenzialmente variabile. E ciò, si badi, non da un punto di vista meramente quantitativo, sotto questo aspetto assolutamente irrilevante, come potrebbe essere quello in base al quale viene misurato quel *quantum* di diritti, di poteri, etc., che in un dato Stato viene attribuito all'individuo: ossia, in altri termini, l'ampiezza della sfera concessa al privato; ma, piut-

tosto, da un punto di vista spiccatamente qualitativo, perchè attinente al modo stesso di valutazione dei rapporti tra ordinamento statale e ordinamenti privati: ossia al meccanismo di riconoscimento dei secondi da parte del primo. E la connessione tra questo meccanismo, di per sè variabile, e nozione di azione, può essere intuita facilmente, sulla base del rilievo, per cui, la definizione di situazione giuridica sostanziale, per quanto possa essere condotta su una base assolutamente aprioristica nei confronti del processo, deve pur sempre tener conto della necessità della tutelabilità mediante il processo della situazione giuridica stessa: in che modo ciò possa avvenire, risulterà forse più chiaro dalle considerazioni che saranno svolte in seguito, sui caratteri da attribuire alla nozione di azione.

In conclusione, la relatività di questa nozione è addirittura duplice, in quanto deve essere posta in relazione anche con la variabilità di concezione dello stesso diritto sostanziale; in questo senso, la nozione di azione non è altro che la risultante di un doppio ordine di componenti, uno solo dei quali nasce, si svolge e si esaurisce sul mero piano processuale.

Con le considerazioni che precedono, si è anche toccato un problema, di cui forse è opportuno ricordare esplicitamente gli estremi: quello che è comunemente indicato facendo riferimento alla c.d. priorità logica del diritto sull'azione, oppure, viceversa, della seconda sul primo.

La dottrina largamente dominante, fin dalla prima pandettistica tedesca, ha configurato l'azione, come situazione giuridica posta a tutela di un diritto soggettivo sostanziale, nel senso di ritenere l'esistenza di questo del tutto indipendente, e addirittura come un *prius* logico rispetto all'attribuzione dell'azione stessa. Ma tale impostazione, come è noto, è tutt'altro che pacifica: vi è una tendenza dottrinale, secondo la quale i termini della relazione sarebbero addirittura capovolti: è l'azione che preesisterebbe (in senso logico) al diritto sostanziale, e in tanto si potrebbe rinvenire quest'ultimo, in quanto per la sua tutela è

concessa un'azione; la posizione giuridica sostanziale scaturirebbe, quindi, dalla situazione giuridica che la tutela sul piano processuale, come un mero riflesso di questa. Questo orientamento può essere ricollegato al THON⁽⁵⁰⁾, ma proprio in Italia ha avuto i suoi più vivaci sostenitori⁽⁵¹⁾, e anche assai recentemente si sono manifestate tendenze ad essa riavvicinabili⁽⁵²⁾; in realtà, la traduzione in termini di diritto attualmente positivo di un carattere che è tradizionalmente attribuito al diritto romano⁽⁵³⁾, apporta all'impostazione della problematica dell'azione un elemento che deve destare il più alto interesse. Di tale elemento si può però tener conto solo in una trattazione approfondita della tematica dell'azione, la quale, come si è detto, non può essere qui neppure abbozzata; perciò, a prescindere dalle considerazioni di ordine generalissimo che sono state prima svolte, non si terrà conto nel presente lavoro della questione sollevata dall'orientamento dottrinale adesso richiamato e ci si manterrà sulle posizioni della dottrina largamente dominante, la quale, come è noto, è rimasta fedele al principio della c.d. priorità logica del diritto sostanziale sull'azione⁽⁵⁴⁾.

(50) *Norma giuridica e diritto soggettivo*, trad. LEVI, 2ª ed., Padova, 1951, p. 206, 207; v. anche: BINDER, *Prozess und Recht*, Leipzig 1927.

(51) Cfr. PEKELIS, *Azione*, cit., pag. 4.

(52) Cfr., per es., l'impostazione di SATTA, *Diritto processuale civile*, cit., 5ª ed., Padova 1957, pag. 99 ss.; per la sua incidenza sul punto si veda anche la tesi recentemente sostenuta da ALLORIO, per cui i destinatari delle norme giuridiche sarebbero gli organi statuali, e quindi, anzitutto, i giudici, e non i privati (*L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 46 ss. Per tale tesi cfr. BINDER, *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, Leipzig 1927, p. 1 ss.); sul problema dei destinatari della norma giuridica cfr.: SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, voce: *Norme giuridiche (destinatari delle)*, pag. 135 ss.

(53) Cfr. per tutti: PUGLIESE, *Actio*, cit., pag. 71 ss.

(54) L'orientamento tradizionale è largamente riaffermato in dottrina; limitando le citazioni alle sole opere più recenti, si ricorderanno qui i rilievi critici rivolti alla teoria della riduzione del diritto all'azione da MICHELI (*Giurisdizione e azione*, cit., pag. 110 ss.) e da FAZZALARI (*Note*, cit., pag. 26, 27). Precedentemente, per una più ampia trattazione del principio della c.d. priorità logica dell'azione sul diritto, con conclusione negativa sulla sua validità, cfr. PUGLIESE, *Actio*, cit., pag. 37 ss.

11. Richiamando più in dettaglio i problemi che ineriscono ad una determinazione dei caratteri dell'azione, si può anzitutto notare come l'impostazione fondamentale della problematica relativa discenda chiaramente da quanto sin qui detto: ▶ si tratta di delineare quel *quid*, sulla cui base il titolare di una situazione giuridica soggettiva sostanziale può tutelare quest'ultima in via giurisdizionale; e questo *quid*, come è notissimo, è ricercato anche esso in termini di situazioni giuridiche soggettive.

Le posizioni di partenza della lunga evoluzione della nozione di azione sono ben note: l'orientamento proprio della prima pandettistica tedesca era nettamente nel senso di configurare l'azione come un aspetto del diritto soggettivo sostanziale che con essa si intende tutelare: si negava, cioè, all'azione il carattere di una situazione giuridica autonoma rispetto a quella tutelata, e, al contrario, la si ricomprendeva nell'ambito di questa⁽⁵⁵⁾.

Successivamente a questa prima impostazione, però, tutta l'evoluzione dottrinale, anche della stessa pandettistica, si è sviluppata nel senso opposto, distinguendo cioè in modo assai netto tra azione e situazione giuridica sostanziale tutelata; ed è sulla base di questa impostazione che si è venuto affermando il principio della c.d. autonomia del processo (dal diritto sostanziale).

Attualmente l'autonomia, così intesa, dell'azione rispetto al diritto sostanziale è generalmente sostenuta in modo esplicito⁽⁵⁶⁾; qualche limitazione a tale principio può forse essere

(55) SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. Scialoja, Torino 1893, vol. V, pag. 1 ss.; cfr., però, in senso critico, e con una concezione per molti aspetti diversa: WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts*, Düsseldorf 1856; per una esposizione critica delle posizioni di ambedue questi autori v., da ultimo: FAZZALARI, *Note*, etc., cit., pag. 9 ss.

(56) L'orientamento della dottrina sul punto è così descritto da SATTA: sulla «...» autonomia dell'azione "regna universale l'accordo, considerandosi da tutti ormai definitivamente superate quelle dottrine che nell'azione vedevano una manifestazione propria del diritto stesso o il diritto stesso nella sua fase dinamica" (*Diritto processuale*, cit., pag. 97).

operata, sulla base di una analisi delle conseguenze cui giungono alcune recenti tendenze della dottrina italiana, e di cui si dirà, più in dettaglio, in seguito ⁽⁵⁷⁾; comunque, sta di fatto che la distinzione dell'azione dal diritto costituisce un punto sul quale la dottrina ha trovato un accordo soddisfacente; ma a questo punto cessa anche il terreno su cui ci si può muovere con un minimo di sicurezza.

Anche considerando, infatti, l'autonomia dell'azione rispetto al diritto sostanziale, come il *leit-motiv* della evoluzione dottrinale sul concetto di azione, si deve rilevare come tale evoluzione non presenti, purtroppo, altri dati costanti: tutti i lineamenti dell'azione, intesa come situazione giuridica autonoma, sono discutibili, e sono stati, in realtà, discussi; e la massima variabilità dei contorni dell'azione si ha proprio in dipendenza del diverso risultato che, volta a volta, secondo le varie teorie sostenute, è possibile attribuire all'esercizio dell'azione stessa: l'adizione dell'autorità giudiziaria, l'ottenimento di una sentenza di merito sulla domanda proposta, l'accoglimento, infine, della domanda stessa; e inoltre, i contorni della nozione di azione i quali sono stati maggiormente discussi sono anche quelli che presentano una più profonda incidenza sul tema relativo al contenuto dell'oggetto del giudizio.

Gioverà anzitutto richiamare queste dispute nel modo più sintetico possibile, e cioè attraverso l'indicazione delle alternative di soluzioni che sono state volta a volta sostenute; si può notare, così, come si sia molto dibattuto, se l'azione, come situa-

⁽⁵⁷⁾ Si allude qui all'orientamento di MICHELI, il quale per qualche aspetto ricorda da vicino la impostazione di SAVIGNY; vero è che tale autore non nega certo l'esistenza di un potere astratto di agire, il quale, evidentemente, esiste in modo indipendente dall'esistenza del diritto soggettivo sostanziale; ma se ciò è sufficiente a salvare l'autonomia del processo rispetto al diritto sostanziale, non lo è altrettanto a mantenere ferma la distinzione tra azione e diritto, ove si parta da una impostazione come quella, per esempio, di CALAMANDREI, secondo la quale a questo potere astratto di agire non spetterebbe la qualifica di azione; ma su ciò si dirà più dettagliatamente in seguito.

zione giuridica soggettiva, abbia i caratteri del diritto soggettivo (WACH, BÜLOW, DEGENKOLB, CARNELUTTI), oppure, al contrario, quelli del potere giuridico (WINDSCHEID, GOLDSCHMIDT, SECKEL, HEIM, CHIOVENDA) ⁽⁵⁸⁾, sia pure con assai sensibili differenze di impostazione; se l'azione si rivolga nei confronti dello Stato (BÜLOW, ROCCO ALFR., MÜTHER, LABAND, WACH, HELLWIG, CALAMANDREI), oppure nei confronti della controparte (SAVIGNY, PUCHTA, DEGENKOLB, BETTI, CHIOVENDA); se l'azione abbia un contenuto meramente astratto (soprattutto: BÜLOW, DEGENKOLB, LIEBMAN), oppure essa abbia un contenuto concreto (tra gli altri: WACH, CHIOVENDA, CALAMANDREI, che, però, assume una posizione particolare, sulla quale si tornerà successivamente), o, infine, se esista un'azione in senso concreto accanto ad un'azione in senso astratto (ALLORIO).

Pur dovendo limitare al massimo il richiamo della problematica dell'azione, in relazione all'economia generale del presente lavoro, è d'altra parte necessario riprendere in modo un po' meno sintetico le alternative indicate, e delinearne meglio la portata, svolgendo alcune considerazioni sulla entità dei termini che esse involgono; si deve però premettere un rilievo di principio: tutti i profili dell'azione, ma specialmente quelli che sono maggiormente discussi, presentano notevolissime implicazioni reciproche, tanto che non è possibile delinearle compiutamente

⁽⁵⁸⁾ Ci si può stupire per l'inclusione di CHIOVENDA tra gli assertori della azione come potere e non come diritto; infatti, come è ben noto, a lui si deve la configurazione dell'azione come « diritto potestativo »: partendo dalla lettera di questa espressione, tale inclusione sarebbe errata. I motivi per cui riteniamo che CHIOVENDA, al di là di ogni qualificazione espressa, abbia attribuito all'azione il carattere di potere, derivano dalla natura stessa del c.d. diritto potestativo: sembra, infatti, che questa figura debba essere mantenuta distinta da quella del diritto soggettivo vero e proprio, e, anzi, debba essere ricompresa nella figura del potere; in tanto si può individuare una certa affinità tra queste due figure, in quanto si configurino i diritti soggettivi stessi come una speciale categoria di poteri. Sui rapporti tra diritto soggettivo, diritto potestativo e potere, e sulla evoluzione dei lineamenti di queste nozioni, v.: SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., voce: *Poteri. Potestà, passim* ma specialmente pag. 176 ss.

uno di essi, senza nello stesso tempo tratteggiare, almeno in larga misura, e sia pure in modo talvolta solo implicito, anche gli altri aspetti salienti della nozione; e, correlativamente, non si può essere sicuri della esattezza di una determinazione soltanto parziale del concetto, se non si ha presente il suo armonizzarsi con gli altri elementi dell'intero quadro. La rilevanza e la portata di queste implicazioni risulteranno più chiaramente dalle considerazioni che seguono, e, d'altra parte, esse spiegano come mai i rilievi che riguardano un profilo del problema, debbano essere strettamente collegati e commisti ad altri, che concernono aspetti diversi.

Il primo dei caratteri dell'azione, come situazione giuridica soggettiva distinta da quella sostanziale per la cui tutela è posta, su cui maggiormente si discute, attiene, come si è detto, alla qualificazione dell'azione stessa come un diritto soggettivo, oppure come un potere. A prima vista, sulla base della mera enunciazione dei termini della questione, potrebbe sembrare che essa abbia una portata limitata nell'ambito di un incasellamento di una nozione di azione, già precisata nei suoi contorni, nell'una o nell'altra categoria delle situazioni giuridiche soggettive indicate: al contrario, però, tale questione rispecchia alcune alternative, le quali sono implicate con vari aspetti tra i più salienti della problematica relativa al rapporto tra diritto (sostanziale) e processo; non solo, ma dalla qualificazione dell'azione come un diritto soggettivo oppure come un potere, discendono importanti conseguenze per una più esatta precisazione di caratteri dell'azione stessa; anzi, proprio sotto questo profilo la soluzione della questione appare più densa di interessanti sviluppi, anche se non poco problematici.

Il richiamo alle nozioni di diritto soggettivo e di potere giuridico, ed ai reciproci caratteri differenziali, non è certo un richiamo, di per sè, ad una situazione dogmatica di tutto riposo: sono ben note le dispute che ancor oggi dividono la dottrina al riguardo; e, in realtà, sull'argomento è fiorita una letteratura ric-

chissima⁽⁵⁹⁾, di cui, purtroppo, non è possibile procedere ad analisi in questa sede.

La stessa impostazione del problema della qualificazione dell'azione come un diritto soggettivo, o come un potere, sembrerebbe perciò prospettare, a prima vista, un cammino denso di difficoltà, giacchè alle incertezze relative ai contorni della nozione da classificare, si aggiungerebbero i dubbi concernenti i caratteri stessi delle categorie in cui classificarla. Per fortuna, la soluzione del problema, nei ristretti termini in cui lo si è impostato, può essere raggiunta con una facilità maggiore del previsto: infatti, prescindendo dalle vive dispute cui in passato essa ha dato luogo, nell'attuale stato della elaborazione dottrinale, sia della nozione di azione, come dei concetti di diritto e di potere, è possibile arrivare alla qualificazione dell'azione come un potere, non solo con un notevole margine di sicurezza, ma anche mantenendoci su un piano di considerazioni abbastanza generiche; e, del resto, poichè per quel che riguarda la problematica dell'azione si vuole basare lo svolgimento ulteriore del presente lavoro su quelli che sono i risultati più sicuri cui la dottrina è pervenuta, costituisce elemento di decisiva portata la circostanza che, nei tempi più recenti, l'orientamento nel senso della qualificazione dell'azione come un potere

(59) Non è il caso di richiamare in questa sede tutta la ricca letteratura sull'argomento. Per una completa esposizione delle tesi sulla cui base sarà proseguito lo svolgimento del presente lavoro, si rimanda allo scritto di SANTI ROMANO citato nella nota precedente, scritto in cui è delineata sinteticamente ma assai chiaramente l'evoluzione dottrinale intorno alle due nozioni in questione, colta attraverso i suoi momenti più significativi. Per la letteratura posteriore, v. soprattutto: CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1947, 181; GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 238; BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Dir. e giur.*, 1952, 1; BARBERO, *Guerra e pace fra « l'interno » e « l'esterno » del diritto soggettivo*, in *Jus*, 1952, 491. Per quel che riguarda, specificamente, la letteratura amministrativistica, si veda soprattutto la seconda edizione (Padova, 1953) dei *Principi di diritto amministrativo* (pag. 42 ss.), di MIELE, e la monografia di CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano 1956 (pag. 76 ss., 215 ss.), con amplissime citazioni bibliografiche.

ha preso nettamente il sopravvento sulla tendenza opposta, in modo assai più netto di quanto non appaia dalle sommarie citazioni prima compiute.

La conclusione indicata deve, però, essere fondata su argomentazioni diverse, secondo che si accolga la tesi, in base alla quale l'azione sarebbe rivolta nei confronti dello Stato, oppure, al contrario, si ritenga che essa è rivolta nei confronti della controparte: ciò costituisce un'altra manifestazione di quelle implicazioni tra aspetti diversi della nozione in esame, cui si è già accennato.

Nella prima ipotesi, infatti, il ragionamento da seguire dovrebbe toccare i punti seguenti: se l'azione costituisse un diritto soggettivo, bisognerebbe rinvenire una situazione giuridica soggettiva di obbligo ad essa contrapposta: uno dei caratteri meno discussi della nozione di diritto soggettivo, infatti, consiste nella sua correlazione con un obbligo, nell'ambito di un rapporto giuridico intersoggettivo⁽⁶⁰⁾; ora, è proprio l'individuazione di questo obbligo che urta contro difficoltà insormontabili.

Anzitutto, un rilievo di ordine generale: su qualunque base si ricerchi quel vincolo all'esercizio della funzione giurisdizionale, che, indubbiamente, sorge con l'esercizio dell'azione, non assume, sotto questo profilo, nessuna rilevanza la circostanza per cui il giudice, come persona fisica, è tenuto ad emanare la sentenza, sotto pena di sanzioni civili e penali⁽⁶¹⁾; infatti, questa situazione di vincolo del giudice può essere facilmente ricondotta nell'ambito del dovere, cui è soggetto ogni titolare di un pubblico ufficio, di porre in essere gli atti propri di questo; tale dovere, quindi, da un lato è posto nell'interesse della pubblica Amministrazione, ha carattere funzionale, inerisce alla qualità di organo del giudice⁽⁶²⁾, anche se dalla sua violazione può sca-

⁽⁶⁰⁾ Cfr. per tutti: SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 173, 174.

⁽⁶¹⁾ Cfr., invece, per tale collegamento: CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., I, pag. 112.

⁽⁶²⁾ In questo senso v.: LIEBMAN, *L'azione*, etc., cit., pag. 62.

turare un obbligo al risarcimento del danno verso il privato; d'altro canto, esso riguarda il giudice come persona fisica, e non incide sulla configurazione dell'azione, nei cui confronti è necessario tener conto dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, come attività statale.

Limitato così il campo di ricerca, non è certo necessario spendere troppe parole per mostrare come non sia assolutamente rispondente alla realtà del nostro ordinamento positivo la configurazione di un obbligo da parte dello Stato alla esplicazione della funzione giurisdizionale, come correlativo di un diritto di azione del privato. Se ci si vuole mantenere su un piano di considerazioni generali, pare già sufficiente il richiamo al principio della relatività dell'azione, prima ricordato, per mostrare come non appaia più conforme all'attuale regolamentazione dei rapporti tra individuo e Stato, l'attribuzione al primo di un vero e proprio diritto nei confronti del secondo, avente per contenuto la tutela giurisdizionale; e se, sulla base di altre concezioni politico-sociali, tradotte, s'intende, puntualmente, in dati ordinamenti giuridici, poteva forse essere sostenibile la teoria della *Rechtsschutzanspruch*, si spiega molto bene come attualmente la dottrina sia fortemente critica nei suoi confronti⁽⁶³⁾.

Se poi si scende a considerazioni di carattere più particolare, il discorso si fa ancora più facile: è sufficiente conforto per la soluzione qui accolta, infatti, l'accenno alla qualifica di funzione che è normalmente attribuita all'attività giurisdizionale da parte dello Stato; ora, come è ben noto, la funzione, di per sè, non può nè essere ricompresa in un singolo rapporto giuridico, nè essere collegata (di conseguenza) ad un diritto soggettivo⁽⁶⁴⁾: ciò appare addirittura ovvio, ove si consideri che la funzione non è altro che un modo di considerare l'esercizio di

⁽⁶³⁾ Cfr., da ultimo: ALLORTO, *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 51, 52, ma muovendo da un particolare punto di vista.

⁽⁶⁴⁾ V., in proposito, gli interessanti rilievi di SANDULLI: *Note sulla natura dei diritti civili*, in *Foro it.*, 1952, I, 1345, 1346.

un potere ⁽⁶⁵⁾; ma sui caratteri del potere si dirà in seguito più dettagliatamente.

La funzione può avere dei momenti vincolati, ma solo mediante il collegamento del suo esercizio a determinati presupposti, collegamento operato dalla legge. Questa considerazione dà già uno spunto di notevole consistenza per la ricerca della possibile connessione tra esercizio dell'azione da parte del privato ed esplicazione statutale della funzione giurisdizionale: il primo costituisce un presupposto per la seconda; e questo presupposto vincola l'esplicazione della funzione giurisdizionale da un doppio punto di vista: nel nostro processo civile, da un lato, l'attività giurisdizionale non è promossa se non sulla base dell'esercizio dell'azione, dall'altro, essa « deve » essere promossa se l'azione è esercitata.

Sarebbe assai interessante l'analisi del vincolo che lega la esplicazione della funzione giurisdizionale all'esercizio dell'azione; escluso che si possa parlare di obbligo, il pensiero corre subito ad un'altra situazione giuridica di vincolo: il dovere; più precisamente, però ci si trova dinnanzi ad un aspetto vincolato dall'esercizio di una funzione: ossia, a quel fenomeno che usualmente, ma in modo assai inesatto, viene qualificato con l'espressione: potere-dovere ⁽⁶⁶⁾. Il punto è assai interessante, ma non può essere qui approfondito, perchè ci porterebbe troppo lontano dal nostro tema: solo, sembra che possa rivelarsi come molto proficua l'applicazione all'ipotesi in esame della elaborazione della dottrina amministrativistica, a proposito dei vincoli posti dalla legge all'esercizio di un potere attribuito alla pubblica Amministrazione.

D'altra parte, la qualificazione dell'azione come un potere non può essere scossa, se si parte dal diverso punto di vista prima

⁽⁶⁵⁾ Cfr. per tutti: SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, 2^a ed., Milano 1947, pag. 111.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. su tale espressione i rilievi critici di SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 202, 203.

indicato: quello, cioè, secondo cui l'azione sarebbe una situazione giuridica soggettiva rivolta nei confronti della controparte. Certo, in questa ipotesi verrebbero meno le ragioni prima indicate, che osterebbero all'individuazione di una situazione di obbligo in correlazione all'azione; ma esse sarebbero sostituite da altri motivi, non meno fondati.

Infatti, quale che possa essere il contenuto della situazione giuridica nella quale si troverebbe la controparte nei confronti dell'esercizio dell'azione, non pare che essa possa essere profilata in modo diverso dalla mera soggezione, secondo il concetto istituzionale di quest'ultima; appare, anzi, addirittura superfluo richiamare l'analisi che di tale posizione ha fatto il CHIOVENDA, costruendo l'azione come un diritto potestativo ⁽⁶⁷⁾; ora, non solo il contenuto della soggezione è profondamente diverso da quello dell'obbligo, ma uno dei caratteri differenziali della prima nei confronti del secondo, sta nel collegamento operato comunemente dalla dottrina dominante, tra la soggezione stessa e il potere giuridico ⁽⁶⁸⁾; e, sotto questo profilo, si può anche prescindere da quei rilievi critici, peraltro esatissimi, che sono stati rivolti alla configurazione della situazione di soggezione ⁽⁶⁹⁾, come elemento caratteristico della nozione di potere ⁽⁷⁰⁾.

Allo stato attuale dell'elaborazione dottrinale, appare quindi abbastanza agevole la conclusione per cui l'azione sia

⁽⁶⁷⁾ Su tale nozione v., *supra*, la nota 58.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. la bibliografia citata da CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 233, nota 46.

⁽⁶⁹⁾ Si ricorda come recentemente sia stata sostenuta la tesi contraria alla configurazione della soggezione come una situazione giuridica soggettiva autonoma (CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 233 ss.); anche prescindendo dalla esattezza di questa conclusione, la quale, certo, non può essere vagliata in questa sede, pare che essa debba essere in ogni caso apprezzata come indice di una esigenza di approfondimento di una nozione, la cui esatta conoscenza è di gran lunga inferiore alla frequenza e alla portata del suo impiego.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. tali rilievi in SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 183, 184, il quale esattamente nota come il problema dei rapporti tra potere e soggezione sia stato male impostato in dottrina.

un potere giuridico, anche se si parte dalla concezione chiovendiana, peraltro assai poco seguita⁽⁷¹⁾, secondo cui essa sarebbe rivolta nei confronti della controparte. Ma la soluzione del problema proposto sarebbe di per sè sterile, se non se ne traessero tutte le ulteriori conseguenze possibili.

Infatti, la qualificazione dell'azione come un potere non costituisce certo una sufficiente caratterizzazione dell'azione stessa: la figura in esame può, però, essere definita con una maggiore ricchezza di dettagli, proprio applicando ad essa i caratteri del potere, e in ciò sta la maggiore utilità di una qualificazione che, come si è detto, non si esaurisce in una mera operazione di incasellamento.

D'altra parte, per procedere in questo senso, è necessario basarsi su un concetto del potere ben più compiutamente delineato rispetto alla relativa indeterminatezza di esso che è fin qui bastata; e in tal modo, si deve abbandonare il terreno, assai ristretto in verità, sul quale una certa unanimità di dottrina poteva dare un sufficiente margine di sicurezza, per scegliere una tra le molte e molto differenziate teoriche sostenute sull'argomento; poichè in questa sede non è evidentemente possibile procedere ad una esauriente analisi di tutte queste teoriche, ci sia consentito di prospettare qui i caratteri da attribuire alla nozione di potere, secondo la tesi cui si aderisce, senza dar conto dei motivi della scelta compiuta.

Richiamando tali caratteri nel modo più sintetico possibile, si può notare come il potere costituisca una situazione giuridica soggettiva⁽⁷²⁾ attiva⁽⁷³⁾, la quale è immediatamente collegata

⁽⁷¹⁾ Per rilievi sullo scarso seguito che ha avuto la dottrina di CHIOVENDA su questo punto, cfr. PEKELIS, *Azione*, cit., pag. 16.

⁽⁷²⁾ Nella dottrina più recente si mette molto in rilievo il carattere « strutturale » di tale situazione giuridica soggettiva; cfr. per tutti: CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 215 ss.; cfr. anche: MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, 2ª ed., Padova 1953, pag. 70, che attribuisce il carattere della strumentalità alla stessa personalità, intesa come titolarità di poteri e di facoltà.

⁽⁷³⁾ La definizione del potere come una situazione giuridica soggettiva attiva non deve far pensare che la titolarità del potere stesso debba essere ricollegata

con la capacità del soggetto⁽⁷⁴⁾; che esso si distingue dal diritto soggettivo perchè, a differenza di questo, non solo non si trova in correlazione con la figura dell'obbligo, ma il suo svolgimento non può neppure essere ricompreso nell'ambito di un rapporto singolo⁽⁷⁵⁾, e ciò, anche se mediante il suo esercizio possono essere costituiti rapporti giuridici⁽⁷⁶⁾, o, più in generale, altre situazioni giuridiche, soggettive e non⁽⁷⁷⁾; e che, infine, il potere giuridico, per questi suoi caratteri, può essere esercitato innumerevoli volte in relazione ad infinite fattispecie concrete, senza che però tali suoi esercizi, neppure valutati nel loro complesso, possano esaurire il suo contenuto⁽⁷⁸⁾.

I caratteri del potere giuridico così delineati presentano sin-

con la capacità di agire, giacchè la c.d. capacità attiva può anche essere capacità giuridica; in questo senso v.: SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 195, 196; *contra*, v.: MIELE, *Principi*, cit., pag. 41 e pag. 45 ss.

⁽⁷⁴⁾ SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 190, 191; come si è accennato alla nota precedente, la capacità cui il potere si riannoda è quella giuridica e non quella di agire.

⁽⁷⁵⁾ SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 180 ss.

⁽⁷⁶⁾ SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 184, 185.

⁽⁷⁷⁾ Ciò attiene alla definizione stessa di potere giuridico come « ...forza attiva di cui è investito un soggetto dall'ordinamento giuridico per produrre o concorrere a produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica » (MIELE, *Principi*, cit., pag. 45); la dottrina è sostanzialmente in questo senso; v., da ultimo: CASSARINO, *Le situazioni giuridiche*, etc., cit., pag. 218 ss.; v. anche, *ivi*, le citazioni di opinioni che portano a restringere la qualifica di potere solo ai casi in cui si produca un determinato effetto giuridico; notevole, sotto questo profilo, la tesi secondo la quale i veri poteri giuridici sarebbero solo quelli c. d. normativi, mediante i quali, cioè, si pone in essere un atto avente carattere normativo; s'intende che allora dovrebbe essere considerato atto normativo anche il negozio di diritto privato, secondo la teoria dell'autonomia privata prima citata (v. nota 43); per una completa classificazione dei vari tipi di poteri, v., però, SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 178 ss.: particolarmente importante è la distinzione tra poteri mediante i quali si costituisce, si modifica e si estingue una situazione giuridica (di cui i poteri c. d. normativi sarebbero solo una categoria) dai poteri con i quali si realizzano, conservano, tutelano, etc., situazioni giuridiche preesistenti senza novarle o modificarle; v. sul punto anche SALVATORE ROMANO, *Autonomia privata*, cit., pag. 852).

⁽⁷⁸⁾ SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 180; *contra*: MIELE, *Principi*, cit., pag. 45 ss.

▷ golari coincidenze con quelli dell'azione in senso astratto, così come questa è usualmente tratteggiata in dottrina.

L'azione in senso astratto, infatti, è tradizionalmente configurata come una situazione giuridica soggettiva che è attribuita al soggetto in quanto tale ⁽⁷⁹⁾, e che può essere esercitata con l'adire l'autorità giudiziaria, affermando l'esistenza e la titolarità di una qualsivoglia situazione giuridica di carattere sostanziale; tale esercizio costituisce il presupposto per l'esplicazione dell'attività giurisdizionale statutale nel senso prima chiarito ⁽⁸⁰⁾; è ovvio, peraltro, che l'azione esercitata è sempre identica, qualunque sia il diritto sostanziale che in tal modo è fatto valere sul piano processuale e indipendentemente dal numero di volte e dalla varietà di tali diritti sostanziali in relazione ai quali l'azione stessa viene esercitata.

In questa definizione dell'azione in senso astratto è dato rilevare tutti i caratteri del potere giuridico, secondo la nozione di questo qui accolta: il suo collegamento con la capacità giuridica del soggetto, la sua identità rispetto alla pluralità dei suoi esercizi e alla varietà di fattispecie in relazione alle quali tali esercizi sono effettuati, e la impossibilità della sua ricomprensione nell'ambito di un solo rapporto giuridico; infine, la creazione di una nuova situazione giuridica, se non di un rapporto, come sosterebbe la teoria dello *Rechtsschutzanspruch*, la quale creazione costituirebbe, appunto, l'elemento caratteristico del potere.

La coincidenza riscontrata viene però meno, se si considera la comune definizione dell'azione in senso concreto; ma è proprio delineando in modo più conforme ai caratteri del potere

⁽⁷⁹⁾ Intendendo questa espressione in un senso diverso da quello di cui nel testo, cfr. i rilievi di LIEBMAN, sulla rilevanza costituzionale dell'azione intesa come potere astratto di agire (*L'azione*, cit., pag. 63).

⁽⁸⁰⁾ Cfr. queste parole di LIEBMAN: il contenuto dell'azione «...è pertanto quello di produrre un effetto giuridico rilevante nell'ambito delle norme strumentali; effetto che consiste nel verificarsi dell'evento a cui lo Stato ha condizionato l'esercizio effettivo della potestà giurisdizionale » (*L'azione*, cit., pag. 65).

anche i contorni dell'azione in senso concreto, che la qualificazione dell'azione come un potere può dare i suoi frutti più interessanti: perciò, non deve essere di ostacolo a procedere in tal senso la circostanza che così è necessario operare un cambiamento talvolta cospicuo di prospettiva rispetto alla tradizionale impostazione; e, d'altra parte, la certezza dell'esattezza della qualificazione dell'azione come un potere, deve essere la migliore garanzia della uguale esattezza delle applicazioni di questa tesi che siano correttamente compiute. L'importanza del tema rende opportuno al riguardo lo svolgimento di qualche considerazione.

▷ 12. L'aspetto maggiormente dibattuto della nozione di azione è quello che riguarda il contenuto di essa; e il problema della sua determinazione è stato tradizionalmente discusso sotto il profilo della c.d. astrattezza o concretezza. Le dispute al riguardo sono addirittura celebri, e, in realtà, esse, toccando il tema centrale della problematica dell'azione, hanno una portata di tanta rilevanza, che la loro storia si identifica per larghi tratti con l'evoluzione stessa del concetto in esame.

I termini del problema sono ben noti: si tratta, in sostanza, di vedere se l'azione debba essere concepita come «... garanzia e strumento di una concreta situazione di diritto sostanziale... » oppure come «... un potere spettante a chiunque *uti civis* si rivolga al giudice per provocare (magari a vuoto) la giurisdizione... » ⁽⁸¹⁾.

Se all'azione, infatti, si attribuisce il carattere dell'astrattezza, il suo esercizio costituisce il presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale da parte dello Stato, ma esso non determina in nessuna maniera il modo con cui questa esplicazione avverrà, e cioè il contenuto del provvedimento decisivo che emetterà il giudice; se, al contrario, all'azione si attribuisce

⁽⁸¹⁾ CALAMANDREI, *La relatività*, cit., pag. 16.