

▷ 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.

il carattere della concretezza, allora il suo esercizio, non solo metterà in modo la funzione giurisdizionale, allo stesso modo dell'esercizio dell'azione concepita astrattamente, ma, a differenza di questa, determina anche il contenuto del provvedimento decisorio: tale contenuto sarà di tutela del diritto sostanziale fatto valere dall'attore.

Naturalmente, a questa profonda diversità di contenuto e di effetti, deve corrispondere anche un diverso collegamento dell'azione, concepita, rispettivamente, in senso astratto oppure in senso concreto, con la situazione giuridica sostanziale fatta valere: infatti, l'azione in senso astratto, di per sè, prescinde nel modo più assoluto da tale situazione, e, in maniera del tutto indipendente da essa, provoca sempre l'esplicazione della funzione giurisdizionale; invece, l'azione concepita in senso concreto, poichè determina l'emanazione di un provvedimento decisorio di tutela della situazione giuridica sostanziale fatta valere, deve necessariamente essere in qualche modo con questa connessa.

Ma è proprio nel tratteggiare tale connessione che il terreno non è scevro di difficoltà; o, più esattamente, che l'orientamento tradizionale non può essere accettato, giacchè contrasta con la nozione di potere giuridico qui accolta.

Normalmente, il rapporto tra azione concepita concretamente, e situazione giuridica sostanziale, è delineato sulla base del condizionamento dell'esistenza della prima da parte dell'esistenza del secondo: in tanto esisterebbe, cioè, il potere concreto di agire in tutela del diritto sostanziale, in quanto esista il diritto stesso; ma, partendo dalla nozione di potere giuridico i cui caratteri sono stati prima indicati, non sembra possibile condizionare l'esistenza di un potere, quale quello di azione, alla nascita o all'estinzione, all'acquisto o alla perdita, di un diritto soggettivo; e, soprattutto, appare difforme dalla figura del potere, la limitazione del suo contenuto in relazione ad una singola fattispecie.

Perciò, se si vuole tener fermo che anche l'azione in senso

concreto, non meno che l'azione in senso astratto, costituisce un potere, anche i caratteri della prima devono essere delineati partendo dalla premessa fondamentale: che essa, di per sè, è e rimane unica, rispetto alla pluralità dei diritti soggettivi sostanziali a tutela dei quali può essere esercitata; sotto questo limitato profilo, l'azione concepita concretamente si pone nei confronti di tali singoli diritti soggettivi in modo non difforme da come, rispetto ad essi, si pone l'azione concepita astrattamente.

Naturalmente, con ciò non si vuole negare che, per altro verso, se si parte dall'orientamento tradizionale, il diritto soggettivo sostanziale dovrebbe essere connesso con l'azione in senso concreto in modo ben più stretto che non con l'azione in senso astratto: e, in realtà, se ci si muove nell'ordine di idee indicato, negare la diversità di tale connessione equivarrebbe a negare in radice il fondamento stesso della contrapposizione tra le due nozioni di azione.

Le considerazioni che precedono, però, se da un lato hanno una portata meramente negativa, in quanto escludono che la connessione in esame possa essere ricercata nell'ambito della figura del condizionamento di esistenza, dall'altro lato potrebbero offrire qualche spunto indicativo sull'indirizzo da imprimere a questa ricerca: il diritto soggettivo dovrebbe essere connesso non con l'esistenza, ma col mero esercizio del potere di azione (concepita concretamente). Più precisamente, sembra che al diritto soggettivo sostanziale dovrebbe essere attribuito, *grosso modo*, il ruolo di condizione di efficacia dell'esercizio dell'azione in senso concreto: solo se tale diritto esiste, questo esercizio produce il suo effetto tipico, ossia la determinazione del contenuto del provvedimento decisorio; l'accertamento del giudice, quindi, dovrebbe vertere sull'esistenza di tale diritto, la quale si rinviene nella domanda di parte solo nella veste di affermazione. E, del resto, il carattere di condizione di efficacia dell'esercizio del potere di azione in senso concreto, sembrerebbe sufficiente a spiegare la diversità degli effetti dell'esercizio dell'azione in tal

modo intesa, rispetto all'esercizio dell'azione concepita astrattamente.

Arrivati a questo punto, si possono facilmente intuire i termini di un problema di estrema gravità, i quali si sono venuti delineando in modo, per così dire, spontaneo, sulla base delle considerazioni sin qui svolte: e cioè, se quel potere, col cui esercizio si pone in essere il presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale (azione in senso astratto), e quell'altro potere, mediante il cui esercizio si determina il modo di esplicazione di tale funzione, siano due poteri distinti, oppure piuttosto coincidano, in quanto i caratteri che si devono attribuire all'uno sono sostanzialmente identici a quelli da attribuire all'altro; e, per quel che riguarda la diversa connessione col diritto soggettivo sostanziale, essa, sotto questo profilo, non acquista rilevanza, giacchè si pone in una posizione estrinseca rispetto al potere stesso, attenendo unicamente al condizionamento dell'efficacia del suo esercizio: si potrebbe allora pensare che esista un potere di azione col cui esercizio si pone in moto la funzione giurisdizionale; se al suo esercizio si accompagna la effettiva esistenza del diritto sostanziale affermato, questa giuoca come condizione per il verificarsi di un ulteriore effetto: la determinazione in corrispondenza della domanda dell'attore del provvedimento decisivo.

Il problema indicato è già stato posto di recente nella dottrina italiana, pur partendo da una nozione di potere giuridico diversa da quella qui accolta; e se, per questa ragione, la seconda delle alternative cui si è accennato, non poteva essere delineata nei termini così netti di cui sopra, certamente la prima alternativa è stata sostenuta: si è cioè affermato che nel nostro processo civile non esiste un solo potere, ma una duplicità di poteri, l'uno a contenuto astratto, e l'altro a contenuto concreto.

Sia la stessa impostazione del problema, come, e ancora di più, la soluzione che ad esso è stata data da parte della dottrina, che sarà poi in seguito più attentamente esaminata, mo-

strano soprattutto un fenomeno degno del massimo interesse: che la contrapposizione tra azione astratta e azione concreta, almeno nei termini in cui questa era stata dibattuta dalla dottrina classica, è nettamente in crisi; e ciò, per varie ragioni.

Anzitutto, rilievi critici si sono appuntati sulla correttezza e rispondenza alla realtà dell'uso dei termini: astratto e concreto⁽⁸²⁾; e anche senza esaminare *funditus* la questione così trattata, è certo che neppure l'azione c.d. astratta può prescindere, almeno nel suo esercizio, dall'esistenza in concreto di un *minimum* di presupposti; ma di ciò si dirà tra breve.

L'aspetto della crisi dell'impostazione tradizionale che sembra, però, più interessante tocca proprio la sua radice stessa: cioè, la possibilità di costruzione di un potere di agire, il quale, da un lato, sia in qualche modo autonomo rispetto al diritto sostanziale, e dall'altro, contenga in sé la effettiva possibilità di tutela di tale diritto sostanziale, e cioè di determinazione del contenuto del provvedimento decisivo. Allo stato attuale di elaborazione dottrinale, infatti, pare che tale impostazione del problema lo renda puramente e semplicemente insolubile.

Infatti, se un momento essenziale della costruzione dell'azione intesa in senso concreto, è costituito dalla negazione dell'esistenza dell'azione, concepita astrattamente, tale costruzione pare impossibile, perchè ogni critica sull'esistenza del potere di agire astratto deve spuntarsi contro la realtà del nostro ordinamento positivo: non c'è alcun dubbio, infatti, che la legge riconosca al singolo un potere di adire l'autorità giurisdizionale, col cui esercizio egli mette in moto la funzione fino ad ottenere una sentenza di merito; e tale potere prescinde, evidentemente, dalla ef-

(82) Cfr. l'impostazione nettamente critica del valore della contrapposizione tra « astrattezza » e « concretezza » dell'azione di FURNO, *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze 1942, pag. 349, 350; v., successivamente, nello stesso senso, approfondendo ulteriormente la critica: FAZZALARI, *Note*, etc., cit., pag. 151 ss.

fettiva titolarità del diritto sostanziale vantato⁽⁸³⁾. Tale potere costituisce, anzi, uno degli aspetti più salienti di « ... quella che è la realtà del nostro ordinamento positivo, e precisamente che il processo civile è una entità autonoma giuridicamente rilevante, nella quale i soggetti che chiedono e contro i quali è chiesta la realizzazione di certi tipi di tutela esercitano dei poteri processuali »⁽⁸⁴⁾.

Costituisce un separato problema, cui può essere in questa sede solamente accennato, quello che concerne i limiti dell'astrattezza del potere in parola; certamente, esso è astratto, in quanto la sua esistenza, e anche l'effetto che si produce col suo esercizio, è nel modo più totale indipendente dalla effettiva esistenza e titolarità del diritto soggettivo sostanziale vantato; ma, d'altra parte, non c'è dubbio che l'effetto collegato al suo esercizio non si verifica se non in presenza, in concreto, di alcuni elementi: sotto questo profilo, l'astrattezza viene meno; quali siano poi questi elementi, è assai delicato stabilire: sicuramente, essi attengono allo interesse ad agire, alla legittimazione, e « ... alla *possibilità giuridica*, che è l'ammissibilità in astratto del provvedimento chiesto, secondo le norme vigenti nell'ordine giuridico nazionale »⁽⁸⁵⁾; il solo richiamo a queste dibattutissime nozioni indica la difficoltà della materia. Giova aggiungere, ad ogni modo, che l'esplicazione della funzione giurisdizionale nei confronti del merito della domanda, e cioè l'effetto tipico dell'esercizio del potere astratto di agire, non si verifica non solo se mancano quegli elementi prima ricordati, che possono essere sommariamente riassunti nella espressione: « presupposti processuali », ma anche se l'esercizio stesso non è compiuto in modo rituale: si allude qui alla validità

⁽⁸³⁾ Vedi, in questo senso, le esatte, vivaci parole di ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 32.

⁽⁸⁴⁾ MICHELI, *Giurisdizione e azione*, cit., pag. 122.

⁽⁸⁵⁾ LIEBMAN, *L'azione*, cit., pag. 66; v., ivi, l'impostazione del problema, cui si aderisce nel testo; cfr. anche l'indicazione della tesi di CARNELUTTI, contraria al collegamento tra legittimazione e azione.

dell'atto di citazione, alla giurisdizione e competenza del giudice adito, etc.

Comunemente, si parla di potere astratto d'agire con carattere di unicità, rispetto a tutti i tipi di processo regolati attualmente nel nostro ordinamento. Si potrebbe, però, forse porre il problema, se questo potere, in realtà, non debba essere moltiplicato, in relazione alla nota tripartizione di tali tipi di processo; può darsi, cioè, che non esista un solo potere astratto di agire, ma esista, invece, un potere astratto di chiedere una sentenza di condanna relativamente ad una certa pretesa, un potere astratto di chiedere una sentenza di accertamento, in relazione ad una data situazione giuridica sostanziale, e, infine, un potere astratto di chiedere una sentenza costitutiva, in relazione ad un dato effetto giuridico. La questione, comunque, per la sua complessità, può essere qui solo accennata.

Ad ogni modo, l'esistenza di un potere astratto di agire, nel senso sopra chiarito, non può, dunque, essere revocata in dubbio; sotto questo profilo, se si vuole sostenere la concezione concreta dell'azione, sembra che si debba necessariamente concordare con l'impostazione di CALAMANDREI, il quale non nega l'esistenza di tale potere astratto, ma rileva come tale potere sia del tutto estraneo alla nozione di azione, rettamente intesa: essa, in ogni caso, è costituita da un secondo potere, distinto dal primo, e avente, a differenza di questo, un contenuto concreto⁽⁸⁶⁾.

Ma questa impostazione di CALAMANDREI appare assai interessante anche sotto altro punto di vista: si deve infatti riconoscere che l'individuazione del potere astratto di agire, con i caratteri prima indicati, non risolve affatto la problematica dell'azione, così come questa è stata dibattuta fin dalla prima pandettistica tedesca; o, per meglio dire, non soddisfa in alcun modo quell'esigenza, in base alla quale tale problematica è sorta: come

⁽⁸⁶⁾ CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., pag. 113.

si è già accennato, infatti, si è intrapreso il disegno della nozione di azione in vista di un effetto ben preciso: la tutela del diritto sostanziale; ora, il potere astratto di agire non ha, infatti, nè per i suoi caratteri potrebbe avere, nessuna rilevanza al riguardo: il suo esercizio garantisce, tutt'al più, l'esplicazione della funzione giurisdizionale, ma non che questa esplicazione avverrà in modo da tutelare il diritto vantato.

E quando si afferma, da uno dei più acuti e brillanti sostenitori della concezione astratta dell'azione che essa « ...come tutti i diritti processuali, ha in sè un elemento di rischio (non ignoto del resto, ad altri rapporti giuridici), che non può essere eliminato... »⁽⁸⁷⁾, si dipinge esattamente l'aspetto caratteristico del potere astratto di agire, ma si riconosce anche, esplicitamente, la sua limitazione funzionale: che esso è inidoneo a chiarire il punto cruciale dei rapporti tra diritto e processo, e cioè a chiarire quale sia la base su cui il titolare di un diritto sostanziale può ottenere la sua tutela; o, meglio, e più esattamente, la base su cui il diritto sostanziale è tutelato. Malgrado il grande passo avanti, compiuto con l'individuazione di un potere astratto di agire, il problema centrale rimane quindi aperto, negli stessi termini in cui esso si è posto per la prima volta: si tratta di individuare il fattore di determinazione del contenuto del provvedimento giurisdizionale, la cui emanazione è assicurata dall'esercizio del potere astratto; quel fattore di determinazione che, con la sua presenza, vincola l'esplicazione della funzione giurisdizionale nel senso voluto dall'attore, e con la sua assenza la vincola nel senso contrario.

E non solo questo fattore di determinazione va ricercato *aliunde*, rispetto al potere astratto di agire, ma questo non può neppure costituire elemento di una situazione giuridica soggettiva più complessa, il cui esercizio possa costituire la base per l'effettiva tutela del diritto sostanziale: infatti, il potere astratto,

⁽⁸⁷⁾ LIEBMAN, *L'azione*, cit., pag. 65.

per sua natura, prescinde da tale diritto, mentre un potere che avesse un contenuto concreto, dovrebbe essere a questo collegato; e ricorrere all'espedito, prima accennato, di attribuire al diritto sostanziale il mero ruolo di condizione di efficacia dell'esercizio, equivale a negare che la concretezza sia un carattere del potere.

Sono queste le ragioni per cui la contrapposizione tra azione concepita in modo astratto, e azione delineata in modo concreto, così come era dibattuta tradizionalmente, costituisce i termini di un problema di per sè insolubile; e probabilmente ciò era il frutto di « ... una serie di equivoci »⁽⁸⁸⁾, giacchè, in realtà, i seguaci dell'una teoria ponevano a base della loro costruzione elementi diversi, e le attribuivano diversa funzione, di quella di cui tenevano conto i seguaci della teoria avversa.

Non si può, in questa sede, procedere ad una analisi approfondita, relativamente all'individuazione di quel fattore di determinazione del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale cui si è accennato; si può solo notare come, tra le varie soluzioni possibili, le due che appaiono di gran lunga le più attendibili siano state recentemente sostenute in Italia da insigni autori.

> La prima di queste soluzioni è quella più conforme all'orientamento tradizionale sostenuto dai seguaci della concezione concreta dell'azione: e, cioè, che questo fattore di determinazione deve essere rinvenuto nell'esercizio di una situazione giuridica soggettiva distinta dal diritto sostanziale: un potere avente contenuto concreto.

È stato, cioè, sostenuto, che, accanto al potere astratto di agire, spetta al singolo anche un potere concreto, col cui esercizio viene determinato il modo di esplicazione della funzione giurisdizionale; il meccanismo di produzione di questo effetto dovrebbe essere, *grosso modo*, simile a quello visto a proposito del

⁽⁸⁸⁾ CALAMANDREI, *Istituzioni*, cit., pag. 113.

potere astratto di agire: con l'esercizio di quest'ultimo si crea il presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale, con l'esercizio del primo, si crea il presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale in modo conforme alla domanda dell'attore.

È questa la tesi di CALAMANDREI, prima esposta; e, di recente, ha manifestata un orientamento sostanzialmente nello stesso senso anche ALLORIO⁽⁸⁹⁾. Vero è che mentre CALAMANDREI come si è detto, è particolarmente reciso nel qualificare solo il potere a contenuto concreto col termine: « azione » rifiutando identica qualifica all'altro, al contrario, ALLORIO parla di « azione » sia nell'uno come nell'altro caso; ma questa divergenza sembra che possa essere ricondotta nell'ambito di una questione meramente terminologica, una volta che restino completamente chiarite le differenze di caratteri, funzioni e effetti dell'uno e dell'altro potere.

Questa costruzione è, di per sè, compiuta e logicamente inattaccabile; l'unico lato da cui per essa potrebbero venire delle critiche sarebbe quello della sua rispondenza con l'effettiva regolamentazione del nostro processo civile. Per esempio, avanzando un rilievo di modesta portata, si può dubitare della possibilità di ravvisare nell'atto di citazione l'esercizio contemporaneo di ambedue i poteri, quello astratto e quello concreto, come pure bisognerebbe fare in base alla teorica sopra esposta.

E l'aspetto della costruzione, nei cui confronti sarebbe forse possibile avanzare una critica, sta nella moltiplicazione in tal modo operata di situazioni giuridiche soggettive, sostanziali e processuali, concrete e astratte, moltiplicazione che, probabilmente, non corrisponde ad una effettiva esigenza dogmatica.

> In questo ordine di idee va valutata l'interessantissima tesi sostenuta da MICHELI, che prospetta la seconda soluzione possibile del problema in esame. MICHELI, sulla base del rilievo

⁽⁸⁹⁾ *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 59 ss., e soprattutto pag. 75, 76.

concernente l'inopportunità della moltiplicazione di situazioni giuridiche prima detta, ha avanzato l'opinione della possibilità di ricomprensione nell'ambito dello stesso diritto soggettivo sostanziale dell'azione intesa in senso concreto; più precisamente egli afferma che: « Il potere concreto rientra nel fascio di poteri di cui si ritiene sia formato il diritto subiettivo... »⁽⁹⁰⁾.

Il profilo più notevole di questa opinione è rilevabile in base alla circostanza che con essa si è, in un certo senso, chiuso l'anello della evoluzione della nozione di azione, ritornando alla posizione di partenza: si è, cioè, ritornati alla impostazione di SAVIGNY, secondo il quale nel diritto soggettivo stesso è da rinvenirsi quell'elemento che fonda la sua tutela: il fattore di determinazione del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale. E questo ritorno alle posizioni di partenza non è senza un profondo motivo: la distinzione dell'azione dal diritto soggettivo, che, come si è visto, costituisce un tratto comune della dottrina posteriore a SAVIGNY, doveva portare un frutto assai prezioso: la costruzione dell'autonomia del processo rispetto al piano del diritto sostanziale, intesa come configurazione di una serie di poteri che si svolgono esclusivamente sul piano processuale, e che prescindono nel modo più completo dalla titolarità di qualsiasi situazione giuridica sostanziale; e il primo di questi poteri, anche in ordine di importanza, è, appunto, quello astratto di agire.

Ma individuata l'esistenza di questo potere, e, in base alla evoluzione che hanno subito i suoi caratteri, determinati anche i suoi limiti, non poteva non riproporsi il problema della distinzione dal diritto soggettivo di quell'elemento sulla cui base il diritto stesso poteva essere tutelato in via giurisdizionale; d'altra parte, una volta cessata la causa che spingeva alla ricerca di quel *quid* al di fuori del diritto sostanziale, individuato poi nel modo che si è detto, è assai facilmente comprensibile che

⁽⁹⁰⁾ *Giurisdizione e azione*, cit., pag. 114.

a tale problema fosse data una soluzione opposta; e ciò, sembra, anche in armonia col concetto stesso di diritto soggettivo: senza voler entrare minimamente nelle notissime e assai complesse dispute sulla natura di questo, pare poter affermare che ogni sua definizione debba tener conto della possibilità, in esso stesso insita, della sua tutela giurisdizionale; ogni citazione di dottrine famose sarebbe qui fuor di luogo.

L'aspetto più rilevante e di maggior interesse della costruzione prospettata da MICHELI risiede, perciò, senza dubbio, nella riconduzione nell'ambito del diritto soggettivo sostanziale del fattore di determinazione del contenuto del provvedimento decisivo la cui emanazione è garantita dall'esercizio del potere astratto di agire.

Può però sollevare qualche dubbio la natura che è attribuita a tale fattore e, di conseguenza, il rapporto delineato tra questo e il diritto soggettivo in cui è ricompreso.

Si è già detto che MICHELI accenna, a questo proposito, ad un potere ricompreso nel contenuto del diritto; ora, questa ricomprensione di un potere in un diritto non pare configurabile, sulla base di quella nozione di potere qui accolta: come si è già detto, il carattere forse essenziale di tale nozione risiede nella circostanza che il potere non si esaurisce in un singolo rapporto, e tanto meno, quindi, potrebbe essere ricondotto nel contenuto di una situazione giuridica soggettiva la quale, strutturalmente, è elemento costitutivo di un singolo rapporto.

Il potere, in ogni caso, andrebbe delineato in modo autonomo rispetto al diritto soggettivo nei cui confronti esso viene esercitato, e ciò, secondo lo schema prima ricordato; parrebbe, allora, che, in tal modo, si venisse a negare *in radice* la possibilità di riconduzione nel diritto soggettivo stesso del fondamento della sua tutela giurisdizionale, ma ciò non è, in quanto non sembra necessario configurare tale fondamento come un potere giuridico.

Senza dubbio, l'orientamento dottrinale è tutto nel senso

favorevole a questa configurazione. Però, cercando di ricostruire il ragionamento che deve stare alla base di tale orientamento, forse è possibile così puntualizzarlo: la determinazione del contenuto del provvedimento decisivo deve essere intimamente collegato con una (o la, secondo le opinioni) situazione giuridica del titolare del diritto sostanziale fatto valere; e questo collegamento è così stretto, che è normalmente visto nel senso che tale determinazione è frutto dell'esercizio di quella situazione giuridica soggettiva: ora, come è ben noto, la produzione di una ulteriore situazione giuridica⁽⁹¹⁾, o, più in generale, di una modificazione della situazione giuridica preesistente⁽⁹²⁾, costituisce tratto caratteristico di quella situazione giuridica che va sotto il nome di potere; ecco perchè si sente il bisogno di configurare l'esistenza di un potere, avente un contenuto concreto, distinto, oppure no, dal diritto soggettivo che tutela.

Meriterebbe, però, di essere accuratamente vagliata l'esattezza di un passaggio decisivo di questo ragionamento: quello, cioè, che attiene al collegamento tra determinazione del contenuto del provvedimento decisivo e situazione giuridica soggettiva.

Si potrebbe pensare; infatti, che tale determinazione non sia direttamente l'effetto dell'esercizio della situazione giuridica soggettiva; la sua fonte allora dovrebbe essere ricercata *aliunde* e, naturalmente, potrebbe essere rinvenuta solo nella legge stessa.

Configurando questa determinazione come un effetto *ex lege*, non si vuole certo negare che essa non sia sempre in qualche modo collegata con la situazione giuridica soggettiva, ma a quest'ultima potrebbe essere attribuito, in tal caso, il mero ruolo di fatto costitutivo della determinazione stessa: del fatto, cioè, al cui verificarsi la legge ricollega l'effetto anzidetto.

(91) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., pag. 184.

(92) MUELE, *Principi*, cit., pag. 45.

D'altra parte, poichè il fatto costitutivo, considerato come tale, può essere valutato in modo, per così dire, statico, verrebbe così meno ogni necessità di individuazione di un potere a contenuto concreto, autonomo rispetto al diritto soggettivo sostanziale, oppure in esso ricompreso, come fonte della tutela del diritto soggettivo stesso: è quest'ultimo il quale, considerato dalla legge come fattore di determinazione del modo di svolgimento della funzione giurisdizionale, contiene in sè, almeno in via mediata, il fondamento stesso della sua tutela.

▷ Volendo riassumere schematicamente le considerazioni sin qui compiute, sembra che lo svolgimento del fenomeno processuale, nelle sue fasi essenziali che qui interessano, possa essere così puntualizzato: il presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale è costituito dall'esercizio del potere astratto di agire che, come tale, spetta a chiunque, sia esso titolare o no del diritto soggettivo sostanziale fatto valere; e questo presupposto vincola positivamente e negativamente l'esplicazione della funzione giurisdizionale stessa. Quanto poi al modo in cui tale esplicazione viene compiuta (il che val quanto dire: il contenuto del provvedimento decisorio) questo è collegato direttamente dalla legge ad un determinato presupposto: l'effettiva esistenza del diritto soggettivo vantato dall'attore; infatti, se tale diritto esiste, il giudice dovrà emettere una sentenza di accoglimento della domanda dell'attore; se tale diritto, al contrario, non esiste, il giudice dovrà emettere una sentenza di rigetto.

L'accertamento della situazione giuridica che determina il contenuto del provvedimento decisorio di merito, equivale, dunque, all'accertamento dei presupposti, sulla cui base tale provvedimento deve essere emesso. Volendo ricollegare questa considerazione con l'evoluzione dottrinale precedentemente indicata a proposito del problema della struttura dell'atto mediante il quale, tipicamente, viene esercitata la funzione giurisdizionale⁽⁹³⁾, si possono svolgere i seguenti rilievi. Attualmente,

(93) Vedi, *supra*, pag. 23 ss.

sembra che l'aspetto di tale problema più vivamente dibattuto non sia tanto se nella sentenza, oltre che all'accertamento, sia da ravvisare un elemento di carattere imperativo, il che è ormai ammesso dalla dottrina dominante; quanto, addirittura, se nella sentenza sia da ravvisare *solo* questo elemento di carattere imperativo: coordinando questa alternativa con quanto fin qui detto, risulta come si controverta se la sentenza consista solo nel provvedimento col quale il giudice accoglie o respinge la domanda attrice condannando, o assolvendo, o producendo la modificazione giuridica richiesta, o rifiutandosi di produrla; oppure se la sentenza stessa comprenda anche l'accertamento di quella situazione giuridica sostanziale, la quale determini l'emissione di tale provvedimento.

Ad ogni modo, solo sulla base dell'analisi dello svolgersi del fenomeno processuale, nei suoi momenti salienti, è possibile intraprendere ogni tentativo di delineare in termini di situazioni giuridiche soggettive la posizione del soggetto nei confronti della esplicazione della funzione giurisdizionale da parte dello Stato.

Un'indagine del genere esula, evidentemente, dai limiti del presente lavoro; si possono svolgere al riguardo, però, alcuni rilievi di carattere generale, i quali, indicando, almeno in linea di massima, quali sono le conseguenze cui è necessario arrivare sulla base delle premesse poste, possano portare ulteriore elementi di valutazione sulla fondatezza di queste.

Anzitutto, si può notare come non si possa trattare unitariamente la posizione del soggetto dei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale statale, ma, al contrario, essa debba essere separatamente considerata in relazione a quelli che sono i momenti salienti di tale esplicazione: perciò, in relazione a questa, non esiste una sola situazione giuridica del privato, ma una pluralità di situazioni.

Una prima distinzione da operare in proposito, discende, anzitutto, dalla duplicità di limitazioni che l'organo giurisdizionale incontra nell'esercizio della funzione ad esso attribuita: li-

mitazioni relative all'*an*, ossia che stabiliscono se la funzione giurisdizionale (di merito) debba essere esercitata o meno; limitazioni relative al *quomodo*, ossia che determinano se la funzione giurisdizionale (di merito), debba essere esercitata favorevolmente alla domanda dell'attore, oppure in senso contrario ad essa. In relazione a questa duplicità di profili, sotto cui può essere valutata l'esplicazione della funzione giurisdizionale, sembra che debbano essere delineate due distinte situazioni giuridiche soggettive del privato: da questo punto di vista, risulta confermata quella esigenza, che aveva portato alla duplice costruzione di una nozione di azione in senso astratto e di una nozione di azione in senso concreto.

In base a quanto sin qui detto, la situazione giuridica del privato in relazione al primo dei profili indicati, sotto cui l'esplicazione della funzione giurisdizionale assume rilevanza, dovrebbe essere costituita da quel potere astratto di agire, la cui esistenza nel nostro ordinamento è incontrovertibile. Al contrario, rimangono incerti, per il momento, i contorni della situazione giuridica del privato, in relazione al secondo dei profili suaccennati: la situazione giuridica sostanziale, infatti, di cui il privato è titolare, se costituisce il presupposto cui è legata, nel *quomodo*, l'esplicazione della funzione giurisdizionale, non può costituire, di per sè, anche la situazione giuridica in cui il privato stesso si trova *nei confronti* di tale esplicazione.

Ma a ben guardare, sembra che anche per quel che concerne la posizione giuridica del privato in relazione del primo aspetto in esame dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, il punto non sia sufficientemente chiarito, col solo riferimento alla esistenza di un potere astratto di agire: infatti, con l'esercizio di questo potere, il soggetto non può in alcun modo provocare direttamente l'esplicazione della funzione giurisdizionale, ma può solo porre in essere il presupposto alla cui sussistenza tale esplicazione è vincolata.

Per tali motivi, l'esistenza del potere di agire non può esau-

rire l'atteggiarsi della posizione giuridica del privato in relazione all'esplicazione della funzione giurisdizionale, sotto il profilo in esame; per precisare in tutti i suoi aspetti questa posizione, pare necessario delineare un'altra situazione giuridica del privato, distinta ed autonoma, rispetto al potere di agire, e che si contrapponga a quella *necessità* di esplicazione della funzione giurisdizionale che sussiste, una volta che si sia verificato il presupposto al riguardo: ossia, l'esercizio del potere di agire.

I contorni di questa situazione giuridica del privato appaiono incerti, non meno di quelli della situazione giuridica del soggetto nei confronti del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale, nel senso prima chiarito di questa espressione. Ed è proprio su questi punti che dovrebbe insistere un approfondimento del tema, il quale, come si è detto, è da rimandare ad altra sede.

Si può osservare sin da ora, però, come sembri che ambedue le situazioni giuridiche in esame possano essere precisate dogmaticamente sulla base di una unica nozione; in particolare, di una nozione la quale è stata studiata soprattutto nel diritto amministrativo, ma che ogni giorno di più rivela la portata generale del suo ambito di applicazione: l'interesse legittimo.

È evidentemente impossibile procedere qui ad una esposizione e ad una disamina della ricchissima letteratura esistente su questo argomento; ci sia concesso, perciò, limitarci solo ad indicare quella definizione della nozione di interesse legittimo che appare come preferibile; quella definizione, cioè, per cui esso sarebbe una situazione giuridica soggettiva, la quale « ... non è altrimenti salvaguardata che dall'osservanza delle modalità e dei presupposti per l'esercizio del potere, ovvero dall'essere determinate le condizioni perchè si possa acquistare un diritto o un potere giuridico, ovvero dall'adempimento dell'obbligo stabilito a favore di altri soggetti » (^{93-bis}).

(^{93-bis}) MIELE, *Principi*, cit., pag. 53.

La definizione riportata, evidentemente, comprende nella nozione di interesse legittimo alcuni gruppi di situazioni giuridiche soggettive, le quali, se, per un lato, presentano quei caratteri comuni che giustificano la costruzione unitaria della categoria, per altro verso presentano alcune differenziazioni.

Giova qui concentrare l'attenzione su quel gruppo di interessi legittimi, i quali sono tutelati mediante l'apposizione di vincoli (modalità, presupposti, etc.), all'esercizio di un potere; più precisamente, all'esercizio di un potere di un soggetto diverso dal titolare dell'interesse legittimo stesso.

Ora, sembra che ambedue le situazioni giuridiche del privato nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, i cui contorni appaiono come incerti, possano essere meglio delineate proprio inquadrando in tale categoria di interessi legittimi: infatti, in ambedue queste situazioni è possibile rinvenire gli elementi tipici della categoria.

In ambedue i casi, è evidente che i vincoli, da cui esse sono tutelate, riguardano l'esercizio di un unico potere: quel potere che costituisce la funzione attribuita all'organo giurisdizionale; sulla nozione di funzione, come una *species* del *genus* potere, non è il caso di aggiungere nulla, al richiamo prima fatto.

Più precisamente, la situazione giuridica del privato, nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale (di merito), sotto il primo profilo considerato, è tutelata solo mediante il collegamento, dettato dalla legge, tra l'esplicazione stessa, e il suo presupposto, ossia l'esercizio del potere astratto di agire; in altre parole, l'esplicazione della funzione giurisdizionale è garantita al privato, dalla circostanza per cui, quando si verifica il presupposto previsto, l'organo giurisdizionale « deve » esercitare il potere ad esso attribuito.

Analogamente, la situazione giuridica del privato, nei confronti del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale, è tutelata solo mediante l'apposizione di un altro vincolo all'esercizio del potere da parte dell'organo giurisdizionale; vincolo che

stavolta riguarda il *quomodo* di tale esercizio; e questo vincolo si traduce nel collegamento, operato dalla legge, tra il *quomodo* di tale esercizio, e l'esistenza del presupposto, costituito dalla situazione giuridica sostanziale vantata dall'attore.

Le considerazioni che precedono sembrano sufficienti per qualificare come interessi legittimi le situazioni giuridiche del privato nei confronti dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, situazioni che devono essere rinvenute accanto al potere astratto di agire. Ma anche da diverse argomentazioni è possibile trarre elementi indicativi della esattezza di un orientamento volto in tal senso.

La definizione della nozione di interesse legittimo sulla cui base è stato fin qui condotto il ragionamento, presenta, tra l'altro, questo aspetto saliente: essa individua il *quid proprium* della situazione giuridica in esame, delineando il meccanismo attraverso cui essa è tutelata dall'ordinamento, nei termini più strettamente tecnici che sia possibile; questo è un profilo, sotto cui la definizione in parola costituisce sicuramente un notevole progresso rispetto all'antecedente stato della dottrina.

In tal modo, nella definizione dell'interesse legittimo, inteso come una situazione giuridica di carattere sostanziale, rimane in ombra un aspetto non strettamente tecnico della nozione, il quale, peraltro, è comunemente posto in risalto: quello, cioè per cui l'interesse legittimo, così inteso, costituisce il risultato della tutela accordata dall'ordinamento ad un interesse di fatto, il quale, peraltro, non è garantito in assoluto, ma solo in quanto coincidente con un diverso interesse, privato o pubblico, soggettivizzato o no.

Non è assolutamente il caso di intraprendere in questa sede un adeguato approfondimento del punto; si può solo osservare come non pare essenziale alla nozione in esame questo fenomeno di interferenza di interessi: quel che caratterizza la situazione giuridica soggettiva che ci occupa, è quel peculiare modo della sua tutela prima indicato. Ciò premesso, non si può, però, ne-

gare che tutte le volte in cui il legislatore deve tutelare in modo diretto un determinato interesse, e in modo indiretto un diverso interesse, se e in quanto coincidente col primo, il meccanismo della figura in parola pare l'unico idoneo al raggiungimento di questo scopo; più particolarmente, in una ipotesi del genere, la situazione giuridica del titolare dell'interesse da tutelarsi solo indirettamente, non potrebbe essere delineata in termini diversi da quelli dell'interesse legittimo; in ogni caso, essa non potrebbe essere tratteggiata secondo gli schemi del diritto soggettivo, perchè la tutela di quest'ultimo presenta un carattere di assolutezza, che è evidentemente incompatibile col carattere di occasionalità proprio della tutela dell'interesse in parola.

Per tali ragioni, se un'analisi del fenomeno processuale portasse ad una identificazione di una interferenza di interessi ambedue tutelati dall'ordinamento, ma uno in modo diretto, e l'altro solo in quanto coincidente col primo, un risultato del genere troverebbe una utilizzazione di notevole rilievo nell'orientamento prima indicato: esso, infatti, costituirebbe, evidentemente, una indicazione di non piccola portata della attendibilità della costruzione delle situazioni giuridiche del titolare dell'interesse subordinato secondo gli schemi propri della nozione di interesse legittimo.

Ora, sembra che il risultato indicato costituisca una meta tutt'altro che difficile da raggiungersi. Il rilievo di partenza riguarda l'esistenza nel fenomeno processuale di interessi eterogenei.

Una affermazione in tal senso è tutt'altro che nuova; più precisamente, è notissimo come nella disciplina del processo siano tutelati, in varia misura, non solo interessi privati, ma anche interessi pubblici⁽⁹⁴⁾; e, del resto, ognuno sa che un cospicuo profilo della problematica dell'azione concerne l'individuazione del-

⁽⁹⁴⁾ Per quel che riguarda il processo amministrativo, cfr. l'affermazione di BENVENUTI, per cui in esso vi è anche un « interesse del giudice » (*L'istruzione*, cit., pag. 28, 46).

la esatta misura delle interferenze reciproche di tali interessi, e i lineamenti che assume la relativa disciplina giuridica.

Tra le varie teorie che sono state sostenute in dottrina sui rapporti tra interesse privato e interesse pubblico nel processo, particolare rilievo va attribuito alla posizione di FRANCESCO CARNELUTTI. Le ragioni di ciò vanno ricercate, anzitutto, nella enorme influenza che essa ha esercitato nella posteriore dottrina processualistica italiana, influenza che si è manifestata in dichiarazioni di adesione, o che, quanto meno, ha dato luogo a polemiche assai note: il solo richiamo alla disputa con SATTA è già di troppo.

D'altro canto, la posizione di CARNELUTTI costituisce la punta avanzata di un orientamento volto ad una accentuatissima pubblicizzazione, se così si può dire, del fenomeno processuale.

La posizione di CARNELUTTI cui si allude, è quella manifestatasi in un momento ben preciso della evoluzione del suo pensiero; ed essa si trova delineata nel modo più completo nelle *Lezioni di diritto processuale civile*⁽⁹⁵⁾, e, successivamente, nel *Sistema del diritto processuale civile*⁽⁹⁶⁾.

In tali scritti, infatti, è stata sostenuta nella maniera più netta l'assoluta preminenza nel processo dell'interesse pubblico su quello privato; volendo accennare solo alle affermazioni più significative in questo senso, si ricorderà che CARNELUTTI ha sostenuto, tra l'altro, che le parti servono al processo, e non viceversa⁽⁹⁷⁾; che « ... si da ragione ad una parte per la necessità che la lite sia composta, non già la lite si compone per la necessità di dar ragione ad uno dei litiganti »⁽⁹⁸⁾; ma la proposizione che riassume in se l'essenziale della tesi carneluttiana, è quella, peraltro notissima, per cui lo Stato, mediante la

⁽⁹⁵⁾ Vol. II, *La funzione del processo di cognizione*, parte prima, Padova 1931 (ristampa), pag. 96 ss.

⁽⁹⁶⁾ Padova 1936, pag. 214 ss.

⁽⁹⁷⁾ *Sistema*, cit., pag. 215, 216.

⁽⁹⁸⁾ *Sistema*, cit., pag. 216.

esplicazione della funzione giurisdizionale, persegue l'interesse pubblico alla composizione della lite ⁽⁹⁹⁾.

La rilevanza di tale opinione, come punto di appoggio di portata decisiva per le considerazioni precedentemente svolte, appare evidente; infatti, una volta individuata nel processo una commistione di interessi; accertato che accanto all'interesse del privato vi è anche un interesse pubblico; delineata la preminenza del secondo nei confronti del primo, cosa, peraltro, del tutto normale; è ovvia la conseguenza che l'interesse privato è tutelato, solo in quanto coincidente con l'interesse pubblico. Perciò, per quanto prima detto, la situazione giuridica del privato deve essere tratteggiata necessariamente secondo gli schemi della figura dell'interesse legittimo. Non solo, ma la cosa riesce tanto più semplice, in quanto la tutela della posizione del privato corrisponderebbe ad una coincidenza dell'interesse di questi con lo interesse pubblico: siamo quindi in presenza di quel tipo di interessi legittimi che è sottoposto a particolare analisi da parte dell'amministrativista, e che, in ogni caso, è il più noto, e il meno discusso.

La tesi di CARNELUTTI, a distanza di più di due decenni della sua formulazione, e dopo che si sono sopite le polemiche da essa suscitate, sembra mantenere intatta la sua validità. Il solo rilievo che, forse, è possibile sollevare al riguardo, concerne l'accentuazione troppo marcata, in essa, della nota pubblicistica: infatti, in tale tesi, pare sia lasciata relativamente in ombra la circostanza per cui, come si dice subito appresso, vi è un momento del processo, nel quale domina l'interesse privato: ed è il momento iniziale ⁽¹⁰⁰⁾.

Sta di fatto, comunque, che quella parte della teoria del CARNELUTTI che appare indiscutibile, è più che sufficiente a

indicare la predominanza che, nel processo, l'interesse pubblico acquista su quello privato, e, quindi, a qualificare come interessi legittimi le due posizioni del privato, della cui natura si discorre.

Vi è un solo momento, infatti, dello svolgimento del processo, in cui non pare possibile rinvenire un interesse statale preminente rispetto all'interesse privato: ed è il momento iniziale. Sembra che manchi assolutamente un interesse pubblico a che il soggetto adisca l'autorità giurisdizionale; e ciò, non tanto perchè lo Stato si disinteressa se il singolo fa dirimere la controversia dagli organi giurisdizionali statuali, oppure ricorre ad arbitri, ad amichevoli compositori, etc.: il che, oltretutto, non sarebbe neppure vero, nell'ipotesi in cui si tratti di diritti soggettivi indisponibili; quanto, piuttosto, perchè lo Stato lascia all'arbitrio del singolo ogni valutazione inerente alla effettiva sussistenza della controversia, alla opportunità, economica o di altro genere, di una sua sollevazione, etc. Sulla base di questo disinteresse statale si spiega, allora, perchè, in questa fase iniziale, al privato sia attribuita una situazione giuridica soggettiva, quale il potere astratto di agire, il cui esercizio è rimesso senz'altro alla sua esclusiva volontà, e che, ad ogni modo, denota una sua completa autonomia al riguardo.

Ma, all'infuori di questo momento iniziale, non è possibile rinvenire, nello svolgimento del fenomeno processuale, un altro interesse privato, il quale non coincida con un interesse statale la cui tutela, per l'importanza preponderante di questo, assume, ovviamente, un carattere di preminenza.

In particolare, accanto all'interesse del privato a che la funzione giurisdizionale sia esplicata, in conseguenza del compiuto esercizio del potere astratto di agire, si appalesa chiaramente un interesse statale avente un identico contenuto. Infatti, se questa esplicazione non avvenisse, lo Stato non potrebbe garantirsi il raggiungimento del suo fine principale, e cioè il mantenimento dell'ordine pubblico, giacchè, evidentemente, non potrebbe im-

⁽⁹⁹⁾ *Sistema*, cit., pag. 217, 218.

⁽¹⁰⁰⁾ Vedi, in questo senso, gli esatti rilievi di FERRARA jr., *Interferenze fra diritto sostanziale e processo in materia commerciale*, in *Studi senesi*, 1936, pag. 183 ss.

pedire che i cittadini si facessero ragione personalmente, una volta che mancasse l'intervento statale per la concreta risoluzione delle loro controversie: sotto questo profilo la composizione della lite è un interesse pubblico.

Non solo, ma anche accanto all'interesse del privato titolare di un diritto soggettivo, a che la funzione giurisdizionale venga esplicata in modo da tutelare tale diritto, si deve rinvenire un preminente interesse statale avente un identico contenuto. Infatti, se la funzione giurisdizionale non fosse esplicata secondo le norme del diritto sostanziale, l'ordinamento giuridico che risulta da queste andrebbe evidentemente in disfacimento in brevissimo tempo ⁽¹⁰¹⁾.

Ed è per tale ragione che il diritto sostanziale è posto come fattore di determinazione del contenuto del provvedimento giurisdizionale decisorio di merito.

Per tali motivi, anche sulla base dell'analisi degli interessi che interferiscono reciprocamente nello svolgimento del fenomeno processuale, è possibile pervenire alla stessa conclusione già accennata, partendo dai caratteri dell'interesse legittimo, inteso come situazione giuridica soggettiva sostanziale. È chiaro, infatti, che ove esiste un interesse statale, il quale è preminente, rispetto ad ogni altro interesse, esso sia tutelato in modo

⁽¹⁰¹⁾ Questa correlazione tra modo di esplicazione della funzione giurisdizionale, e conservazione dell'ordinamento giuridico è stata intuita da CARNE-LUTTI, quando ha affermato che è interesse della società intera a che sia data ragione a chi la ha (*Sistema*, cit., pag. 216); e che il processo tende alla composizione della lite con giustizia (*op. ult. cit.*, pag. 246): sembra, però, che al concetto di giustizia debba qui essere sostituito quello, più tecnico, di diritto positivo. Nello stesso ordine di idee v. anche: SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 41.

Paiono assai incisivi ed esatti anche i rilievi di FRANCESCO FERRARA JR., in questo senso; v., soprattutto l'affermazione per cui « ... il processo... serve... all'attuazione dei rapporti materiali secondo la legge », dove appunto, l'accento è posto sulla funzione di determinazione del contenuto del provvedimento giurisdizionale, che è svolta dalle norme di diritto sostanziale (*Interferenze fra diritto sostanziale*, cit., pag. 183).

diretto; nella ipotesi in esame: mediante la regolamentazione dell'esplicazione della funzione giurisdizionale, per quel che riguarda l'*an*, e per quel che riguarda il *quomodo*; ossia, mediante l'apposizione di vincoli all'esercizio di un potere. L'interesse del privato è tutelato, in quanto coincidente con l'interesse pubblico, mediante il meccanismo di tutela di questo; cioè, secondo gli schemi della figura di interesse legittimo, secondo la definizione di esso qui accolta.

D'altro canto, l'attribuzione alla tutela dell'interesse privato del carattere della mediatezza, rispetto a quella dell'interesse pubblico, non deve sembrare un degradamento del primo; infatti, in un ordinamento, quale è quello vigente, per ragioni che non è il caso qui di analizzare, l'interesse pubblico è sempre, in linea di massima, tutelato in modo più energico e pronto di quel che non sia l'interesse privato; e, perciò, se un determinato interesse privato non è tutelato in sè e per sè, ma, al contrario, in quanto coincidente con un interesse pubblico, si giova indirettamente della tutela di quest'ultimo, esso viene garantito in un modo assai più penetrante di quanto non avverrebbe nell'ipotesi ordinaria ⁽¹⁰²⁾. Fenomeno, questo, ben noto ai cultori del diritto amministrativo: la restaurazione di un interesse legittimo leso da un atto della pubblica amministrazione può avvenire mediante il diretto annullamento dell'atto stesso da parte degli organi giurisdizionali amministrativi, mentre, al contrario, la restaurazione di un diritto soggettivo leso in analoga maniera può essere ottenuta solo in modo indiretto, più lungo e meno sicuro. E, del resto, per rimanere nella materia che qui specificamente ci occupa, sembra che ben difficilmente potrebbe comprendersi la configurazione come un reato (art. 328 cod. pen.) dell'omissione di un atto di ufficio da parte del giudice, se non si ravvisasse nel-

⁽¹⁰²⁾ Cfr. in proposito le acute considerazioni di FRANCESCO FERRARA SR., *Trattato di diritto civile italiano*, vol. I, Roma 1921, pag. 397. Nel senso di cui nel testo v.: SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3ª ed., Padova 1937, pag. 151, e *Principi di diritto costituzionale*, cit., pag. 116.

l'esplicazione della funzione giurisdizionale un interesse pubblico assolutamente preminente rispetto all'interesse privato avente lo stesso oggetto.

13. Come peraltro si è già accennato, alle considerazioni prima compiute sullo stato della dottrina relativo alla nozione di azione può essere attribuita solo una funzione precisa, ben delimitata, nello svolgimento del presente lavoro: esse, cioè, devono servire solo a prospettare i termini in cui può essere impostato il problema del contenuto dell'oggetto del giudizio, e, quindi, per contrasto, del contenuto degli accertamenti pregiudiziali.

In realtà, la tematica dell'azione presenta un quadro assai ricco di elementi, tra di loro non sempre bene armonizzanti, e tutti di notevolissima rilevanza per l'analisi dei rapporti tra diritto e processo; e proprio la natura di quegli elementi che si fanno rientrare nella nozione di azione può fornire la chiave per la determinazione del contenuto dell'oggetto del giudizio.

Prima ancora di avanzare qualsiasi rilievo su questo tema, si impone evidentemente il richiamo a quella dottrina tedesca, la quale ha sottoposto l'argomento a più approfondita elaborazione; e al riguardo, non si può non notare immediatamente quel contrasto, peraltro già rilevato precedentemente, tra i termini in cui l'analisi è da essa condotta, e quelli in base ai quali si discute la problematica relativa all'azione in Italia.

Malgrado la ricca letteratura che in Germania è fiorita a proposito dell'oggetto del giudizio⁽¹⁰³⁾, i caratteri della nozione sono ancora notevolmente malsicuri, e non è facile individuare i lineamenti fondamentali di essa, intorno ai quali la dottrina presenti una certa omogeneità di opinioni; sicuramente, però, uno dei tali punti è il seguente, sul quale si deve registrare addirittura una assoluta unanimità di vedute: e cioè, che l'oggetto del giudizio «... eine Erscheinung prozessualer Natur ist, dass er

(103) Cfr. retro, nota 35.

nicht mit dem materiellrechtlichen Anspruch identifiziert werden darf»⁽¹⁰⁴⁾; questa energica riaffermazione del carattere esclusivamente processuale della nozione, va evidentemente ben oltre una semplice valutazione di autonomia del fenomeno processuale rispetto al piano del diritto sostanziale, valutazione nella quale, peraltro, anche tutta la dottrina italiana si ritrova unanime: essa significa addirittura la negazione di una diretta rilevanza del diritto sostanziale nei confronti dell'oggetto del giudizio; si arriva, perciò ad una posizione di un astrattismo spinto all'eccesso⁽¹⁰⁵⁾, il quale può essere, del resto, più agevolmente colto sulla base della esposizione delle più importanti tesi sostenute a proposito del contenuto della nozione.

Al riguardo, cessa quella unanimità di vedute che è possibile rinvenire sul carattere meramente processuale di questa; ma, pur in mezzo a quelle dispute così accanite, che in Germania pongono il tema al centro della attuale problematica processualistica, è possibile raggruppare le varie opinioni manifestatesi secondo due orientamenti principali; è naturalmente inevitabile, d'altra parte, che in questo coordinamento si debbano tralasciare profonde differenze di impostazione tra le opinioni stesse.

Secondo il primo di questi orientamenti, l'oggetto del giudizio sarebbe costituito da una *Rechtsbehauptung*⁽¹⁰⁶⁾, dall'affermazione, cioè, dell'attore, che a lui spetta un diritto, il quale, peraltro, viene identificato non per la sua natura giuridica, ma per il suo contenuto⁽¹⁰⁷⁾; lo studioso italiano non può non essere

(104) SCHWAB, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 1; nello stesso senso, v. per tutti: ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., pag. 399; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 162.

(105) Tra le tante sostenute dalla dottrina tedesca, la posizione di LENT appare come la meno astratta tra tutte (*Zivilprozessrecht*, cit., pag. 99); per rilievi critici nei suoi confronti v. SCHWAB, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 8 ss.

(106) Cfr. in questo senso, tra gli altri: NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 162; HABSCHIED, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 132.

(107) «*Der Kläger behauptet also nur, dass ihm ein Recht bestimmten Inhalts, nicht aber ein Recht bestimmter Art zustehe*» (HABSCHIED, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 133); il valore di questa distinzione apparirà più chiaro in seguito, sulla base delle considerazioni che saranno successivamente svolte sulla *causa petendi* e sui suoi rapporti con l'oggetto del giudizio.

immediatamente colpito dalla particolare impostazione del problema: dall'impostazione cioè, per cui oggetto del giudizio sarebbe l'affermazione del diritto, come tale, e non, piuttosto, il diritto affermato dall'attore; non si tratta, evidentemente, di un giuoco di parole, ma di un indice di una profonda differenza di natura sostanziale.

Analogo carattere di estrema astrattezza è da ravvisarsi anche nella seconda definizione del concetto in esame, la quale nella dottrina tedesca raccoglie largo seguito; in base a tale definizione, l'oggetto del giudizio sarebbe addirittura una richiesta della parte, rivolta al giudice; ossia, secondo la nota definizione di ROSENBERG ⁽¹⁰⁸⁾, il « ... *auf rechtskräftige Feststellung einer Rechtsfolge gerichtete Begehren...* » ⁽¹⁰⁹⁾.

L'aspetto maggiormente saliente di questo contrasto di definizioni sta nel fatto che esso rispecchia i termini di una tradizionale polemica sorta a proposito dell'azione: e cioè se essa si rivolga alla controparte oppure allo Stato; infatti, l'affermazione di un diritto da parte dell'attore si rivolge in modo naturale verso il soggetto passivo del diritto stesso, e, cioè, verso colui il quale, col proprio comportamento, ha reso necessaria quell'affermazione medesima; diversamente, la richiesta di un accertamento con forza di giudicato non può non essere rivolta, ovviamente, che nei confronti dell'organo giurisdizionale.

Ma queste differenze possono apparire di dettaglio, di fronte al macroscopico elemento comune ad ambedue gli orientamenti ricordati: e cioè il distacco tra contenuto dell'oggetto del giudizio e diritto sostanziale.

La esatta portata di questo distacco può essere valutata ricorrendo all'impostazione della recente dottrina tedesca ai profili classici della tematica dell'azione; più precisamente, confrontan-

⁽¹⁰⁸⁾ *Lehrbuch*, cit., pag. 403, 404.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. in questo senso, tra gli altri: SCHWAB, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 186 ss.; LENT, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 100; v. anche: BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, 24^a ed., München und Berlin, 1956, pag. 21.

dola con la contrapposizione tra azione in senso astratto e azione in senso concreto.

Non c'è dubbio che il punto di partenza delle tendenze in esame è costituito dall'accoglimento della nozione di azione concepita in senso astratto; sotto questo profilo, le espressioni: affermazione di un diritto, richiesta di un accertamento con forza di giudicato, devono essere considerate come definizioni dell'atto di esercizio di tale azione. Quali caratteri siano a questa attribuibili, sulla base delle definizioni riportate, non è necessario qui soffermarsi ad analizzare.

Già dalle considerazioni che precedono emerge chiaramente, infatti, quale sia l'aspetto della impostazione in esame che appare più debole. L'accoglimento della concezione astratta dell'azione sarebbe, di per sè, esattissimo, ove esso valesse solo come individuazione dell'esistenza di un potere astratto di agire, completamente distinto ed autonomo rispetto al diritto sostanziale, e con quegli inderogabili limiti di contenuto e di funzione che si sono prima visti: in particolare, quello relativo alla sua inidoneità a determinare l'esplicazione della funzione giurisdizionale in modo favorevole all'attore, e, perciò, alla impossibilità di una sua ricomprensione nel contenuto dell'oggetto del giudizio di merito.

Le tendenze della recente dottrina tedesca, favorevoli, al contrario, a questa ricomprensione, cancellano i limiti anzidetti, e per questa ragione esse sembrano inaccettabili. Questa è la critica di fondo che all'orientamento in esame pare possa essere rivolta; ma più e meglio che da qualsiasi approfondimento critico al riguardo, l'eccessività dell'astrattezza di questo orientamento risulterà dalle conseguenze che è possibile trarre dalle considerazioni precedentemente svolte a proposito della problematica dell'azione.

Non c'è dubbio che il potere astratto di agire sia in qualche modo oggetto di un accertamento giudiziale: dai caratteri stessi di tale potere, infatti, discende che esso deve essere sottoposto ad

esame, al fine di accertare il presupposto (o i presupposti), perchè la funzione giurisdizionale debba e possa essere esplicata per quel che riguarda il merito della domanda dell'attore.

Anzi, sotto questo profilo, l'accertamento dell'esistenza del potere astratto di agire come tale finisce con l'essere quello di minore rilevanza, giacchè esso, come è noto, nel nostro ordinamento è attribuito indiscriminatamente ad ogni persona fisica, in modo indipendente, anzi, anche dalla stessa capacità di agire⁽¹¹⁰⁾; la questione, perciò, potrà eventualmente porsi solo in alcune ipotesi, per quel che riguarda le persone giuridiche, e le associazioni non riconosciute.

Gli accertamenti relativi alla sussistenza del presupposto, o dei presupposti, per l'esplicazione della funzione giurisdizionale nel merito della domanda, che appaiono di maggiore importanza e delicatezza, attengono invece all'esercizio del potere astratto di agire; infatti, ove tale esercizio venga compiuto da soggetto diverso dal suo titolare (specie nei casi di incapacità di agire di quest'ultimo), il giudice deve accertare, sotto questo profilo, la legittimazione di chi agisce giudizialmente; e, in ogni caso, la legittimazione dell'attore dovrà essere esaminata anche sotto diverso profilo, e cioè, sotto quello che riguarda il rapporto in cui egli si trova, con la situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio. Infine, si dovrà esaminare anche la sussistenza dell'interesse ad agire. Si tratta, come si è già accennato, di materie di estrema delicatezza, e intorno alle quali in dottrina si controverte vivamente; tali circostanze rendono evidentemente inopportuno ogni approfondimento in questa sede.

Non solo, ma gli elementi prima accennati non esauriscono tutti i possibili oggetti degli accertamenti relativi ai presupposti di esplicazione della funzione giurisdizionale: devono qui essere ricordati anche i requisiti formali dell'esercizio del potere

⁽¹¹⁰⁾ Questa indipendenza discende dai caratteri stessi del concetto di potere qui accolto.

astratto di agire, la giurisdizione e la competenza del giudice adito, etc.

In breve, gli accertamenti in parola sono quelli, mediante i quali vengono decise le questioni c.d. processuali.

Giova, allora, sciogliere qui quella riserva, a suo tempo fatta, relativamente alla distinzione tra le questioni c.d. processuali e le questioni pregiudiziali⁽¹¹¹⁾: solo quest'ultime, infatti, attengono al merito della causa.

L'orientamento dottrinale, tendente ad una nettissima separazione delle une dalle altre, trova il suo fondamento proprio nella circostanza che la soluzione delle prime riguarda solo l'esistenza dei presupposti di esplicazione della funzione giurisdizionale nel merito della domanda dell'attore, e, perciò, condiziona la possibilità di questo esame di merito; la soluzione delle seconde, invece, concerne, come più esattamente si vedrà, quegli elementi, in base ai quali la domanda dell'attore deve essere accolta o respinta nel merito: e, cioè, condiziona il contenuto del provvedimento decisivo relativo⁽¹¹²⁾. Può peraltro stupire come mai questa distinzione, che nella sua essenza è intuitiva, possa dar luogo a notevoli incertezze, ove si voglia precisarla in sede dogmatica con una maggiore ricchezza di dettagli: questo fenomeno può essere facilmente spiegato, ove si consideri che su tale distinzione si viene in definitiva a riflettere la contrapposizione tra potere astratto di agire, e quell'elemento in varia maniera connesso, o addirittura identificato, col diritto sostanziale, sulla cui base quest'ultimo può essere giurisdizionalmente tutelato.

La profonda separazione che è perciò da farsi tra questioni processuali e questioni pregiudiziali propriamente dette, rende pertanto inapplicabile alle prime la disciplina positiva delle seconde; e se talvolta questa disciplina è analoga in ambedue le ipotesi, essa nondimeno è diversamente fondata.

⁽¹¹¹⁾ Vedi *retro*, pag. 45.

⁽¹¹²⁾ In questo senso v.: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 47 ss.

L'aspetto di questo fenomeno che merita qui di essere ricordato per la sua importanza attiene alla competenza del giudice adito. Si è già detto che il giudice competente a conoscere dalla questione c.d. principale è, di regola, competente a conoscere anche delle questioni pregiudiziali⁽¹¹³⁾; analogo principio è comunemente affermato in dottrina per quel che riguarda le questioni processuali⁽¹¹⁴⁾; ma nel secondo caso, evidentemente, non può valere la ragione che rileva nel primo: e, cioè, che solo l'oggetto del giudizio (di merito), determina la competenza, e che perciò le questioni pregiudiziali, che ne sono al di fuori, non assumono al riguardo nessun rilievo: infatti, le questioni processuali non solo sono al di fuori dell'oggetto del giudizio di merito, ma addirittura sono estranee allo stesso giudizio di merito, considerato nel suo complesso.

Il fondamento dell'attribuzione al giudice della questione principale, anche della competenza a conoscere delle questioni processuali, deve perciò essere ricercato altrove, senza che, peraltro, la delimitazione del campo di ricerca, almeno a grandi linee, presenti particolari difficoltà.

Infatti, si è già notato come le questioni processuali vertano sui presupposti di esplicazione della funzione giurisdizionale nel merito; ora, l'organo, cui è attribuito l'esercizio di una data funzione è, di regola, competente a conoscere anche dei presupposti cui tale esercizio è vincolato; naturalmente, si tratta di un criterio di massima, rispetto al quale non mancano alcune eccezioni⁽¹¹⁵⁾.

(113) Vedi, *supra*, pag. 47.

(114) Vedi fra tutti: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 491; REDENTI, *Diritto processuale civile*, 2^a ed., Milano 1953, vol. I, pag. 61, 62.

(115) L'ipotesi più importante riguarda, soprattutto, una particolare questione processuale: quella, cioè, attinente alla giurisdizione e alla competenza del giudice adito. Normalmente, si afferma come criterio di massima che la c.d. *Kompetenz* spetta sempre all'organo giurisdizionale (v. per tutti, in questo senso, *Kompetenz* spetti sempre all'organo giurisdizionale (v. per tutti, in questo senso, per la dottrina italiana: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 370; per la dottrina tedesca: ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., pag. 45 ss.), ma è proprio in questo caso che si regi-

Potrebbe, forse, porsi il problema relativo alla possibilità di configurare il complesso degli accertamenti concernenti il potere astratto di agire e il suo esercizio come un oggetto del giudizio, con caratteri tutti particolari, e in ogni caso distinto nel modo più completo dall'oggetto del giudizio di merito. Infatti, l'oggetto del giudizio di merito non è costituito altro che da quell'entità che si atteggia a presupposto che determina il contenuto del provvedimento, con cui la funzione giurisdizionale (nel merito della domanda dell'attore) viene esplicata; si potrebbe allora pensare che anche i presupposti, cui è legata la esplicazione stessa della funzione giurisdizionale possano essere valutati come un oggetto del giudizio *sui generis*, e comunque meramente processuale, perchè attinente all'esistenza e all'esercizio del potere meramente processuale di agire.

Le conseguenze di maggiore portata di una eventuale soluzione di questo problema si dovrebbero manifestare in sede di valutazione critica del principio, secondo il quale le sentenze c.d. processuali sono strutturalmente inidonee ad acquistare forza di giudicato in senso tecnico: principio che è comune-

strano le eccezioni di maggior rilievo al principio; talvolta, infatti, per la soluzione di questa questione processuale l'ordinamento appresta dei mezzi speciali, nel senso che una volta che tale questione sia stata sollevata, essa debba essere decisa da organo diverso, da quello davanti al quale pende la causa, e con procedimenti particolari; può darsi che l'organo cui sia demandata la soluzione del conflitto abbia, inoltre, proprie competenze giurisdizionali: è questo il caso della Corte di Cassazione di Roma, la quale era competente a conoscere delle questioni di competenza tra di essa e le altre Cassazioni del Regno, anche se sorte davanti a queste ultime (cfr. CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 370, 371); ma, talvolta, la soluzione dei conflitti di competenza è demandata ad un organo costituito per l'esplicazione di questa particolare funzione: si ricade allora in ipotesi di cui il Tribunale dei conflitti offre l'esempio più cospicuo.

Le ragioni che spingono ad una regolamentazione dei modi di soluzione della questione di competenza talvolta difforme da quella dei modi di soluzione delle altre questioni processuali è evidente: la determinazione delle competenze degli organi giurisdizionali, ordinari e speciali, è cosa che tocca troppo da vicino l'organizzazione dei poteri dello Stato; in simili ipotesi l'esigenza di un adeguato soddisfacimento dell'interesse pubblico relativo al rispetto di tale organizzazione può portare all'approntamento degli istituti speciali ai quali si è accennato.

mente affermato dalla dottrina ⁽¹¹⁶⁾, e che non è infirmato dalle scarse eccezioni ad esso ammesse ⁽¹¹⁷⁾.

Malgrado questa compattezza dell'orientamento dottrinale, può darsi che, partendo da diversa impostazione, sia possibile invece arrivare alla attribuzione della forza di giudicato alle sentenze le quali risolvano questioni meramente processuali; e, in realtà, il meccanismo attraverso cui opera quella speciale efficacia che è detta di cosa giudicata non sembra costituire, di per sè, un ostacolo a tale attribuzione ⁽¹¹⁸⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Vedi per tutti: MICHELI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario al codice civile diretto da D'Amelio-Finzi*, Libro della tutela dei diritti, pag. 894, 895; SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 320, 321.

Tale principio è accolto pacificamente in giurisprudenza, la quale ne ha fatto, di recente, un'applicazione piuttosto singolare. Sulla base del rilievo per cui l'effetto di una clausola compromissoria è la sottrazione alla giurisdizione del giudice ordinario di determinate controversie, è stato ritenuto che l'accertamento sulla validità e sulla portata di tale clausola si risolve sempre in una indagine sulla competenza di detto giudice, sulle controversie indicate; per tale ragione, come è inammissibile un'azione tendente unicamente all'accertamento della competenza del giudice ordinario su una data controversia, senza una domanda attinente al merito della controversia stessa, così sarebbe inammissibile un'azione di mero accertamento della validità e della portata della clausola in esame; e, correlativamente, si è negato che una eventuale pronuncia sul punto che intervenisse in un giudizio nel merito della controversia, possa costituire autonomo capo di sentenza, e passare, in tal modo, in giudicato, trattandosi, in ogni caso, della soluzione di una questione meramente processuale (Cass., 27 luglio 1957, n. 3167, in *Giur. it.*, 1958, I, I, 697); notevole, in questa sentenza, la correlazione tra oggetto del giudizio, e limiti oggettivi del giudicato; è da notare, però, che tale correlazione è intesa in modo diverso da quello cui si allude nel testo, quando essa è richiamata, ai fini di una eventuale attribuzione di efficacia di cosa giudicata alla soluzione delle questioni meramente processuali: in tale sede, l'autonomia dell'oggetto del giudizio deve essere intesa con caratteri del tutto particolari, e, comunque, in modo non incompatibile col principio, di per sè ovvio, per cui una questione meramente processuale può insorgere, solo in relazione ad una controversia di merito, e mai indipendentemente da questa; ma, del resto, questa indispensabile connessione non sembra che possa escludere, di per sè, che la decisione della questione stessa non possa acquistare forza di giudicato.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr., per eccezioni che riguarderebbero alcune sentenze meramente processuali: SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, etc., cit., pag. 339.

⁽¹¹⁸⁾ Infatti, se, in proposito, si accoglie la teoria c.d. processuale, il divieto di riesame della questione che scaturirebbe dal giudicato può riguardare, almeno in linea di principio, sia una questione di carattere processuale, come una que-

Normalmente, il problema è visto sotto il profilo della individuazione del contenuto della cosa giudicata, e, al riguardo, non si può disconoscere il grande influsso della dottrina chiovendiana.

Il CHIOVENDA, infatti, definisce la cosa giudicata come «...l'indiscutibilità della esistenza della volontà concreta di legge affermata nella sentenza» ⁽¹¹⁹⁾, ma, successivamente, precisa che tale volontà concerne l'attribuzione alla parte di «...un bene della vita nel caso concreto» ⁽¹²⁰⁾; e questo ulteriore chiarimento, di solito, è inteso come un richiamo alle sole sentenze di merito.

La esattezza della precisazione, come pure quella del collegamento connesso, meriterebbe, però, di essere sottoposta ad un più attento vaglio critico.

Per quel che riguarda, infatti, il richiamo indicato, pare esatto il rilievo, già autorevolmente avanzato ⁽¹²¹⁾, secondo il quale il «bene» garantito dal giudicato possa essere anche di carattere meramente processuale.

Ma osservazioni critiche di maggior portata possono appuntarsi contro la stessa tendenza ad agganciare l'oggetto della cosa giudicata a concetti che, di per sè, sono extra-giuridici.

In realtà, pare che l'unico requisito che il contenuto del giudicato deve avere, sia quello di aver costituito oggetto speci-

zione di carattere sostanziale. Se, al contrario, si accoglie la teoria c.d. sostanziale, il rapporto regolato in modo definitivo dalla sentenza che passa in giudicato potrebbe essere anche qui, almeno in linea di principio, sia di carattere processuale, come di carattere sostanziale. Nè il discorso dovrebbe cambiare di molto, in corrispondenza di recenti tentativi di superamento della contrapposizione tra le due teorie indicate (v.: FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 146 ss.).

⁽¹¹⁹⁾ *Principi*, cit., pag. 906.

⁽¹²⁰⁾ *Op. ult. cit.*, pag. 909; cfr. anche: SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 319, 320.

⁽¹²¹⁾ Dal BETTI (*Se il passaggio in giudicato d'una sentenza interlocutoria precluda al giudice l'eccezione di incompetenza territoriale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, II, 13 ss.; cfr. anche: ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, ivi pubblicato in *Problemi di diritto*, cit., II, 224 e nota 20).

fico di un accertamento giudiziale; riaffiora di nuovo la correlazione tra accertamento giurisdizionale e giudicato, la quale anche qui è colta soprattutto sotto il profilo per cui ciò che passa in giudicato « deve » essere stato compreso in un oggetto di accertamento. Ne deriva che l'attribuzione della forza di giudicato alle soluzioni delle questioni meramente processuali non è altro che un aspetto consequenziale della configurazione di esse come di un autonomo oggetto del giudizio.

Comunque, anche se fossero configurabili le premesse teoriche di una impostazione in tal senso, rimarrebbe sempre da chiarire quale sia il contenuto di un oggetto del giudizio del genere; se si volesse spingere al massimo il parallelismo tra accertamenti processuali, e accertamento del presupposto che riguarda il modo di esplicazione della funzione giurisdizionale (accertamento che costituisce l'oggetto del giudizio di merito), bisognerebbe raggruppare l'intero complesso degli oggetti di tali accertamenti, in una unica formula, che li comprendesse tutti, e che mettesse in risalto il loro carattere di presupposto per l'esplicazione della funzione giurisdizionale; per esempio, una formula sul tipo: valido esercizio del potere astratto di agire, la quale si riferisse a tutti quei requisiti, formali e sostanziali, la cui sussistenza condiziona il passaggio all'esame del merito della domanda: ciò, però, urterebbe contro la comune terminologia, secondo la quale tali singoli requisiti sono pensati con caratteri di autonomia; ed è questa la ragione, per cui si parla di solito di « presupposti processuali », anzichè di « presupposto processuale ». Se ci si vuole mantenere fedeli all'orientamento tradizionale, sarebbe preclusa la possibilità di configurazione di un oggetto del giudizio meramente processuale con carattere unitario, ma al contrario, si potrebbe, tutt'al più, delineare una pluralità di tali oggetti del giudizio, in relazione alla molteplicità dei presupposti processuali che vengono normalmente individuati.

Evidentemente, non è possibile, in questa sede, esaminare il contenuto dell'oggetto del giudizio meramente processuale, e

questa sua eventuale frammentazione, con le conseguenze che ad essa sono inevitabilmente connesse⁽¹²²⁾; anzi, si deve qui tralasciare ogni ulteriore considerazione che riguarda la configurabilità stessa come uno o più oggetti del giudizio del complesso delle questioni meramente processuali; è necessario solo osservare (e in tale rilievo sta la ragione di questa apparente digressione), come una configurazione del genere apra la porta alla possibilità di un allargamento dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità: infatti, là dove vi è un oggetto del giudizio, si manifesta sempre anche il fenomeno stesso della pregiudizialità, che comprende tutti quegli elementi di fatto e di diritto, che condizionano la soluzione della questione che costituisce tale oggetto del giudizio. Se una eventuale configura-

(122) Infatti, solo sulla base di questa frammentazione sarebbe possibile attribuire, senza ulteriori difficoltà, la forza di giudicato alle sentenze le quali accertino l'esistenza o l'inesistenza di un singolo presupposto processuale: ad esempio, la competenza del giudice adito (è evidente l'uso assai lato, e perciò improprio, del termine: presupposto processuale, la cui scarsa determinatezza è però sufficiente ai fini dei rilievi qui svolti). Infatti, configurando l'accertamento relativo ad ogni singolo presupposto come un autonomo oggetto del giudizio, è naturale che esso passi in giudicato. Ma se si configura come oggetto del giudizio un accertamento, quale quello relativo alla validità dell'esercizio del potere astratto di agire, che ricomprenda in sé, implicitamente, tutti gli accertamenti concernenti i singoli presupposti processuali, questi avrebbero un carattere meramente pregiudiziale rispetto al primo, e, come tali, sarebbero inidonei a passare in giudicato.

Sorgerebbe, così, il problema relativo alla natura della efficacia delle sentenze che decidono su singoli presupposti processuali; tale problema non può essere qui approfondito, ma si può notare come esso presenti singolari analogie con quello relativo alla natura della efficacia di una tipica pronuncia della Cassazione: quella che contiene l'enunciazione del c.d. punto di diritto; in ambedue i casi, infatti, si tratta di sentenze, le quali decidono di questioni, che non costituiscono autonomo oggetto del giudizio, ma che condizionano la soluzione di altre questioni, che assumono questo carattere (com'è noto, il problema della natura della sentenza della Cassazione che enuncia il c.d. punto di diritto ha richiamato di recente l'attenzione della dottrina; tra la ricca letteratura al riguardo si veda: MICHELI, *L'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di Cassazione, ed il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, I, 26 ss. e, precedentemente: *L'enunciazione del principio di diritto*, in *Ann. dir. comp.*, XVI (1942), pag. 255; REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, Padova 1950, II, 691 ss.).

zione come oggetto del giudizio del complesso degli accertamenti processuali avesse il carattere della unitarietà, sarebbero rispetto ad esso meramente pregiudiziali tutti gli accertamenti relativi ai singoli presupposti processuali, la cui sussistenza è contenuta implicitamente nella sintetica formula nella quale tale oggetto del giudizio dovrebbe essere condensato; in ogni caso, sarebbero pregiudiziali quegli accertamenti relativi agli elementi di fatto e di diritto, dai quali la sussistenza dei singoli presupposti processuali dipende ⁽¹²³⁾.

S'intende che una catena di accertamenti pregiudiziali, che fosse eventualmente da rinvenire per quel che riguarda gli accertamenti meramente processuali, si presenterebbe in un certo senso parallela a quella che si rinviene nel giudizio di merito, ma in nessun caso può interferire con essa: rimane sempre la ineliminabile separazione dovuta alla circostanza che l'una è preordinata all'accertamento dei presupposti di esplicazione della funzione giurisdizionale, l'altra, invece, all'accertamento di quell'elemento che determina il modo di questa esplicazione ⁽¹²⁴⁾.

14. Qualunque sia la strutturazione che si voglia dare al complesso degli accertamenti relativi al potere astratto di agire, e al suo esercizio, risulta in ogni modo chiaro come essi non possano essere in nessun caso ricompresi nell'oggetto del giudizio di merito.

⁽¹²³⁾ Per un esempio del genere, cfr. ROMANO (Alberto), *In tema di rapporti tra questioni meramente processuali e oggetto del giudizio*, in *Foro amm.*, 1957, II, 1, 344 ss.; si avverte che in tale nota il ragionamento sulla distinzione tra questioni processuali e oggetto del giudizio di merito è stato condotto sulla base dell'orientamento dominante in dottrina, secondo il quale il vincolo dell'organo giurisdizionale nel modo di esplicazione della sua funzione sarebbe l'effetto dell'esercizio di un potere concreto da parte del titolare della situazione giuridica sostanziale fatta valere nel processo; perciò, alcune delle conclusioni ivi accennate dovrebbero essere corrette in base alla diversa impostazione qui accolta.

⁽¹²⁴⁾ Cfr. ROMANO (Alberto), *In tema di rapporti*, etc., cit., *Foro amm.*, 1957, II, 1, 345, 346.

L'oggetto del giudizio di merito, infatti, deve necessariamente verte su quegli elementi, i quali condizionano il contenuto del provvedimento decisorio di merito. Volendo esprimere lo stesso concetto, seguendo la tradizionale impostazione del problema della struttura della sentenza, si deve notare come l'oggetto del giudizio di merito, non sia altro che l'oggetto di quell'accertamento che costituisce il momento intellettuale dell'atto giurisdizionale, e che determina il contenuto della volizione che ad esso si sovrappone.

È chiaro, perciò, che gli accertamenti relativi ai presupposti processuali, poichè nella determinazione del contenuto del provvedimento decisorio di merito non acquistano nessuna rilevanza, non possono in nessun caso rientrare nell'oggetto del giudizio di merito. Dalle considerazioni precedentemente svolte a proposito della nozione di azione, risulta inoltre senza difficoltà come gli elementi i quali, determinando il contenuto di tale provvedimento, formino l'oggetto del giudizio di merito non siano costituiti altro che dalla stessa situazione giuridica sostanziale: ogni diversa soluzione al riguardo urterebbe contro la funzione che a quest'ultima è attribuita nello svolgimento del fenomeno processuale, e cioè la funzione di presupposto del modo di esplicazione della funzione giurisdizionale.

La conclusione, secondo la quale il contenuto dell'oggetto del giudizio di merito è dato dalla situazione giuridica sostanziale, si trova perfettamente in armonia con quelle che sono le più recenti affermazioni della dottrina italiana al riguardo, le quali sono sostenute con un vigore che suona reazione alle tendenze astrattiste proprie della dottrina tedesca ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁵⁾ Come è noto, ALLORIO ha posto a base della sua teorica, recentemente sostenuta, la identificazione dell'oggetto dell'accertamento giudiziale con la situazione giuridica sostanziale; anzi, della possibilità di un autonomo accertamento egli ha fatto l'elemento caratteristico di quella situazione giuridica soggettiva che è il diritto soggettivo (*L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 81 ss.); partendo da diversa impostazione, l'affermazione della identità tra oggetto del giudizio e situazione giuridica sostanziale è stata vigorosamente sostenuta di recente anche da FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 138 ss.

Giova osservare, però, come tale conclusione non sarebbe raggiungibile se si partisse da una impostazione del problema dei rapporti tra diritto e processo la quale fosse diversa da quella che si è precedentemente delineata: e proprio la necessità di armonizzare il recente orientamento ricordato con i tradizionali profili della problematica dell'azione ha imposto lo svolgimento di considerazioni su quest'ultimo concetto. Infatti, si deve notare come tale orientamento non sarebbe in alcun modo giustificabile, se si partisse, in particolare, dalla concezione di un potere di azione, il quale avesse un contenuto concreto: in tal caso, quest'ultimo, o il suo esercizio, sarebbero i fattori di determinazione del contenuto del provvedimento decisorio di merito, e perciò essi stessi dovrebbero costituire l'oggetto del giudizio di merito.

La situazione giuridica sostanziale si porrebbe nei confronti del potere concreto di azione come un elemento condizionante l'esistenza del potere stesso, secondo la dottrina tradizionale, oppure l'efficacia del suo esercizio, se si vuole partire da quella nozione di potere giuridico qui accolta. Segue, da ciò, che l'accertamento della situazione giuridica sostanziale costituirebbe un mero antecedente logico, rispetto all'accertamento dell'esistenza del potere concreto di azione, o della efficacia del suo esercizio; per tale ragione, tale accertamento non potrebbe mai essere ricompreso nell'oggetto del giudizio, che sarebbe costituito dall'accertamento inerente all'azione concreta, o al suo esercizio, ma si porrebbe nei suoi confronti come una mera pregiudiziale. La disarmonia di questa conclusione, cui bisognerebbe giocoforza arrivare, e, ad ogni modo, il suo contrasto con le recenti affermazioni in materia di oggetto del giudizio che sono state sopra ricordate, dovrebbe essere un chiaro indice che le premesse di partenza non sono soddisfacenti.

Giunti a questo punto, sembra però opportuno svolgere qualche considerazione sul valore che è da attribuire all'espressione: situazione giuridica sostanziale, analizzando meglio le

entità che possono essere in essa ricomprese; e i rilievi che si possono avanzare al riguardo devono essere posti in stretta connessione con la varietà di tipi del processo di cognizione che il nostro ordinamento prevede e regola.

Si è già accennato alla pluralità di situazioni giuridiche soggettive le quali possono essere ricomprese nell'espressione: diritto sostanziale, così come quest'ultimo è tradizionalmente contrapposto al fenomeno processuale. Non c'è dubbio, però, che quando si fa riferimento alla situazione giuridica sostanziale, genericamente intesa, oppure al c.d. diritto sostanziale, si ha presente sopra tutto il diritto soggettivo; questo fenomeno può dipendere, anzitutto, dalla circostanza che il diritto soggettivo, a torto o a ragione, è comunemente considerato come la tipica situazione giuridica soggettiva; ma sicuramente giuoca in tal senso anche un altro fattore, di portata preponderante: e cioè che il diritto soggettivo è collegato a quel tipo di processo il quale caratterizza, per così dire, la funzione giurisdizionale, richiamando quella nozione di coazione, che ad essa istintivamente si accompagna: il processo di condanna; e, del resto, è ben noto che l'elaborazione della teoria del processo civile ha risentito in larghissima misura degli schemi propri di questo tipo di processo, in una misura senza dubbio maggiore di quella dell'influenza che su tale elaborazione hanno esercitato i caratteri propri del meno frequente processo di accertamento, e di quel processo costitutivo, che solo di recente è stato esplicitamente previsto e regolato nell'ordinamento positivo, e la cui adozione come figura autonoma è stata in dottrina molto a lungo e molto accanitamente osteggiata ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²⁶⁾ Vedi, per esempio, la posizione critica nei confronti dell'autonomia di questo tipo di processo, che è stata assunta da Rocco (Alfr.), il quale riduce la sentenza costitutiva ad una particolare categoria di sentenza di accertamento (*La sentenza civile*, cit., pag. 141 ss.); cfr. anche, come indice di contrasti che ancora si agitavano a proposito del carattere delle sentenze costitutive, CALAMANDREI, *Limiti tra giurisdizione e amministrazione*, cit., pag. 246, 247.

Il collegamento tra diritto soggettivo e processo di condanna è di solito intuito, ma ogni sua precisazione, specie in termini scientificamente soddisfacenti, urta contro le note dispute che si dibattono sui caratteri di questo tipo di processo, sul contenuto del suo oggetto e sulla efficacia della sentenza che lo conclude. Un fattore di complicazione di notevole portata, al riguardo, è costituito dalla implicazione, assai spesso sostenuta, tra l'oggetto di questo processo e la c.d. sanzione: tema, questo, di una estrema delicatezza, anche per i suoi stretti legami con i problemi fondamentali della teoria generale del diritto.

Prescindendo da ogni approfondimento della controversa materia, il quale ci porterebbe troppo lontano dalla linea di svolgimento del presente lavoro, si può notare come il rilievo di partenza che può essere qui utilmente accolto, sia costituito dall'individuazione dell'elemento caratteristico della sentenza di condanna, così come questa è stata compiuta in un notissimo scritto di CALAMANDREI; e, cioè, che tale elemento è dato dal suo effetto, consistente nella «... trasformazione dell'obbligo, per il cui adempimento il diritto contava sulla volontà attiva dell'obbligato, in assoggettamento passivo alla forza altrui, contro la quale la volontà del condannato non conta più...»⁽¹²⁷⁾; il processo di condanna, perciò, si inserisce nel procedimento di esecuzione di una norma, dalla quale sia scaturita una situazione di vincolo di un soggetto; e, sotto questo profilo, non importa se tale norma sia statale, oppure appartenga all'ordinamento privato⁽¹²⁸⁾; più precisamente, l'inserzione del processo di condanna avviene in tale procedimento in un momento ben preciso, e cioè quando è necessario sostituire l'adempimento coatto a quello volontario, che non è compiuto dall'obbligato. Poichè, evidentemente, tale adempimento coatto non può essere effettuato

⁽¹²⁷⁾ CALAMANDREI, *La condanna*, ripubblicato in *Studi sul processo civile*, vol. III, Padova 1934, pag. 189.

⁽¹²⁸⁾ Cfr. per questi concetti: ROMANO (Salv.), *Autonomia privata*, cit., e *L'atto esecutivo*, cit.

se non con il concorso di organi statuali, il processo di condanna costituisce uno degli aspetti salienti del problema delle interferenze tra ordinamenti privati e ordinamento statale, problema al quale, peraltro, deve essere ricollegato il fenomeno processuale nelle sue varie forme.

Ad ogni modo, nel processo di condanna quel che assume la massima rilevanza è la situazione di vincolo dell'obbligato; tale situazione di vincolo, se si eccettuano i casi in cui essa si svolge al di fuori di un rapporto giuridico⁽¹²⁹⁾, deve necessariamente trovarsi in correlazione con una situazione di diritto soggettivo⁽¹³⁰⁾, tanto che diritto e obbligo, sotto questo profilo, costituiscono nient'altro che due facce di una stessa medaglia; per tale motivo, quando ci si trovi in presenza di obblighi *stricto sensu*, non si può procedere al solo accertamento di questa situazione soggettiva, senza nello stesso tempo procedere anche all'accertamento del diritto soggettivo cui essa è correlata. Ecco perchè, nei processi di condanna, in ipotesi del genere, la situazione giuridica soggettiva che è portata all'esame del giudice, considerata dal punto di vista dell'attore, assume i caratteri del diritto soggettivo; e poichè la sua esistenza costituisce il fattore che determina il contenuto del provvedimento decisorio di merito, in modo favorevole alla domanda dell'attore stesso, si può concludere che nel processo di condanna l'oggetto del giudizio di merito è dato dal diritto soggettivo medesimo⁽¹³¹⁾.

Questa correlazione tra oggetto del giudizio e diritto soggettivo che, almeno di regola, vale nel processo di condanna, viene però meno nei processi degli altri tipi.

Anzitutto, il processo costitutivo: sono note le dispute che si agitano sull'oggetto dell'accertamento giudiziale in tale tipo

⁽¹²⁹⁾ Cfr. la distinzione tra doveri e obblighi in senso stretto, delineata da SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 104 ss.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pag. 104.

⁽¹³¹⁾ Cfr. di recente, in senso diverso, MONTESANO, *La condanna nel processo civile*, Napoli 1957, specialmente pag. 18, 19.

di processo; ragioni di sviluppo logico del ragionamento consiglierebbero un immediato esame dell'argomento, ma, d'altra parte, poichè esso acquista la sua maggiore importanza a proposito del processo amministrativo, motivi di opportunità consigliano il rinvio di ogni considerazione al riguardo alla seconda parte del presente lavoro⁽¹³²⁾. Ad ogni modo, si può osservare come l'orientamento di gran lunga dominante della dottrina configuri, nel processo costitutivo, l'esistenza di un potere della parte a produrre la modificazione giuridica che consegue alla sentenza, e affermi che l'effetto dell'esercizio di questo potere non si verifica se non in base all'accertamento giudiziale; tale accertamento verterà allora, se si accetta questa tesi, sulla esistenza e sull'esercizio del potere in parola. Secondo un'altra tendenza, invece, che pare anche più conforme all'orientamento della dottrina del processo amministrativo, l'oggetto dell'accertamento giudiziale sarebbe costituito dalla fattispecie, al cui verificarsi la legge condiziona il prodursi della modificazione giuridica, che consegue alla sentenza. Si può quindi osservare che, secondo ambedue le tesi accennate, in nessun caso nel processo costitutivo l'oggetto del giudizio è dato dal diritto soggettivo, ma esso è dato o da una situazione giuridica soggettiva diversa dal diritto, quale il potere⁽¹³³⁾, oppure da una situazione giuridica la quale non è neppure riferibile ad un soggetto, ma deve essere valutata sul mero piano obbiettivo.

Ma il tipo di processo, il cui oggetto presenta una maggiore ricchezza di contenuto, è senz'altro il processo di accertamento. È noto, infatti, che non solo diritti soggettivi possono essere con esso accertati con forza di giudicato, ma anche altre

(132) Cfr. *infra*, pag. 265 ss.

(133) Come si è già accennato (v. *supra*, nota 125), ALLORIO afferma che nel processo civile l'oggetto dell'accertamento giudiziale è costituito dai diritti soggettivi e dagli *status*, ma questa affermazione può essere spiegata solo partendo da quella concezione del diritto soggettivo come « gruppo » di poteri, che non può armonizzarsi con la nozione di potere qui accolta (v. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 81).

situazioni giuridiche soggettive aventi diverso carattere: i poteri, gli *status*, etc.; non solo, ma nel processo di accertamento possono essere esaminati dal giudice anche situazioni giuridiche non soggettive, quali la esistenza e la validità (almeno sotto il profilo dell'assenza di nullità), di atti giuridici, negoziali o meno.

Questo moltiplicarsi delle situazioni giuridiche, soggettive e non, le quali possono costituire l'oggetto dell'accertamento processuale nel processo detto, appunto, di accertamento, può essere facilmente spiegato ove si rifletta che l'esecuzione coatta di un obbligo, o, meglio, l'esecuzione coatta di una norma, statale o privata, costituisce solo uno dei modi con cui lo Stato attua sul piano processuale la propria interferenza nei confronti degli ordinamenti privati; col processo di accertamento, infatti, si è completamente fuori da ogni attuazione forzata nel senso suddetto, e ci si muove invece su un piano di acclaramento, nel modo incontestabile che è assicurato dalla efficacia di cosa giudicata, di determinate entità giuridiche; e questo acclaramento, che serve una esigenza di certezza dell'assetto giuridico di un determinato ordinamento, può vertere su una situazione giuridica la quale è suscettiva di esecuzione coatta (obbligo e, quindi, il correlato diritto), ma può anche concernere situazioni giuridiche diverse. Gli unici limiti della categoria delle situazioni giuridiche che possono essere accertate autonomamente in via giurisdizionale, coincidono, in via di principio, con gli stessi limiti del riconoscimento statale dell'ordinamento privato: in tanto si può accertare una data situazione giuridica dell'ordinamento privato, in quanto questa possa essere riconosciuta dallo Stato, e, anzi, proprio il suo accertamento in via giurisdizionale costituisce la forma più solenne di tale riconoscimento⁽¹³⁴⁾. Si capisce facilmente, allora, come in concreto possano costi-

(134) Le considerazioni di cui nel testo possono essere comprese solo partendo dalla concezione dell'*Autonomia privata*, così come questa è delineata negli scritti di SALVATORE ROMANO prima citati.

tuire oggetto del giudizio nel processo di accertamento le principali situazioni giuridiche del soggetto, e anche quegli elementi obbiettivi che concorrono a formare l'ordinamento giuridico privato: *in primis*, i suoi atti, normativi o meno.

S'intende che i rilievi che precedono possono solo indicare i termini di un problema di estrema delicatezza, quale è quello dell'esatta e dettagliata individuazione del possibile contenuto dell'oggetto del giudizio del processo di accertamento, come anche, in genere, degli altri tipi di processo. Ogni approfondimento può essere qui tralasciato, giacchè, per lo svolgimento del presente lavoro, è sufficiente definire tale contenuto, facendo riferimento a quella situazione giuridica sostanziale, soggettiva e non, la quale sia dalla legge assunta come fattore di determinazione del contenuto del provvedimento col quale l'organo giurisdizionale decide sulla domanda dell'attore; ogni ulteriore tentativo di individuazione di quali siano, nel nostro ordinamento positivo, tali situazioni giuridiche, non presenta per il tema della pregiudiziale un'immediata rilevanza.

> Tutto ciò premesso, è opportuno collegare le conclusioni che è possibile trarre dall'attuale stato della dottrina sulla tematica dell'azione, con il problema relativo all'argomento della pregiudiziale, che si deve risolvere: quello relativo al limite finale di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, inteso quest'ultimo su un piano meramente logico.

La situazione giuridica sostanziale, nel senso prima chiarito, non solo costituisce il contenuto dell'oggetto del giudizio, ma ne determina anche i limiti: infatti, se la sua esistenza, oppure la sua inesistenza, sono i fattori che condizionano l'accoglimento o il rigetto della domanda dell'attore, sembra chiaro che tale esistenza o tale inesistenza costituiscano la materia del contendere tra le parti: l'oggetto della « lite » propriamente detta.

In particolare, l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza della situazione giuridica anzidetta, sembra costituire quello che, secondo la formula chiovendiana, è l'accertamento

della volontà concreta di legge, in relazione alla singola fattispecie portata all'esame del giudice: accertamento che costituisce l'elemento logico della sentenza; accertamento che, d'altra parte, costituisce la soluzione della questione c. d. principale che il giudice deve risolvere. Dal punto di vista che qui interessa, oggetto del giudizio, soluzione della questione c. d. principale, accertamento della concreta volontà di legge in relazione alla singola fattispecie, accertamento dell'esistenza della situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto del provvedimento decisorio di merito costituiscono delle espressioni del tutto equivalenti.

Sulla base di tali equivalenze, si può allora precisare come segue l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, intesa in senso meramente logico, secondo l'impostazione del problema che si è accolta all'inizio del seguente lavoro: e cioè il collegamento del nesso di pregiudizialità con l'*iter* logico percorso dal giudice per risolvere la controversia portata al suo esame.

Si era già rilevato come il fenomeno della pregiudizialità si dovesse arrestare là dove comincia l'oggetto del giudizio, ossia la soluzione della questione c.d. principale⁽¹³⁵⁾; si può ora specificare che devono essere ricomprese nell'ambito di manifestazione del fenomeno tutte quelle considerazioni svolte dal giudice, ponendo punti i quali, per la loro connessione con l'oggetto del giudizio sono detti pregiudiziali, risolvendo questioni aventi analogo carattere, punti e questioni che costituiscono anelli indispensabili della catena logica necessaria per poter arrivare alla conclusione finale: l'esistenza o la inesistenza di quella situazione giuridica sostanziale, affermata dall'attore, che dalla legge è considerata come fattore di determinazione del contenuto del provvedimento decisorio di merito. Valutando il fenomeno della pregiudizialità, almeno per il momento, su un piano meramente

(135) Vedi *supra*, pag. 48 ss.

logico, le considerazioni anzidette possono riguardare sia la ricostruzione della c.d. fattispecie concreta, come anche la individuazione e l'interpretazione della norma di legge che deve essere ad essa applicata.

La conseguenza più vistosa dei rilievi precedentemente svolti è costituita dalla esclusione dall'oggetto del giudizio inteso in senso rigorosamente tecnico, degli accertamenti relativi ai fatti costitutivi della situazione giuridica che forma l'oggetto del giudizio stesso, e della ricomprensione di tali accertamenti nell'ambito della pregiudizialità. È noto come recentemente sia stata sostenuta l'opinione contraria ⁽¹³⁶⁾, ma la conseguenza anzidetta pare l'unica possibile, sulla base della contrapposizione tra pregiudiziale e oggetto del giudizio, e del ristretto contenuto che si deve attribuire a quest'ultimo; la diversa opinione potrebbe essere sostenibile solo partendo da una nozione più ampia di oggetto del giudizio, che non si vede, peraltro, su quali basi sia possibile delineare.

15. Si è venuta così tratteggiando l'enorme preponderanza che, nell'ambito dell'*iter* logico compiuto dal giudice, il complesso degli accertamenti a carattere pregiudiziale hanno, nei confronti dell'accertamento che ha per oggetto l'oggetto stesso del giudizio. Una critica alle conclusioni raggiunte e, in particolare, all'affermazione secondo la quale l'accertamento degli stessi fatti costitutivi della situazione giuridica che forma il contenuto dell'oggetto del giudizio ha carattere pregiudiziale, potrebbe essere mossa sulla base della soluzione di un problema di notevole delicatezza: quello dei rapporti tra *causa petendi* e oggetto del giudizio; problema che, per le conseguenze che la sua soluzione può portare nei confronti della tesi qui sostenuta, merita di essere sommariamente accennato.

⁽¹³⁶⁾ SATTÀ, *Accertamenti incidentali*, etc., cit., in *Foro it.*, 1947, I, 30 e *Nuove riflessioni*, etc., cit., in *Foro it.*, 1948, I, 66, 67.

La difficoltà della materia è senza dubbio aumentata dalla incertezza che regna in dottrina sui caratteri stessi della *causa petendi*, in sè considerata. Una prima e assai vaga definizione di essa può essere ricavata sulla base del rilievo che la *causa petendi* costituisce il c.d. « titolo » dell'azione: e, in realtà, l'analisi del valore di questa espressione darebbe lo spunto a tutta una serie di considerazioni, ad alcune delle quali sarà in seguito accennato.

Ma come necessaria premessa di queste considerazioni, e di altri rilievi inerenti al rapporto in cui la *causa petendi* si pone nei confronti dell'oggetto del giudizio, è necessario esporre brevemente i termini nei quali è discusso il problema del contenuto della *causa petendi* stessa, e della natura degli elementi in esso involti.

Come è noto, la dottrina al riguardo è divisa in due grandi tendenze: quella che fa capo ai sostenitori della c.d. *Substantiierungstheorie* e quella che fa capo ai sostenitori della c.d. *Individualisierungstheorie*.

Secondo la prima, la *causa petendi* sarebbe costituita da quel complesso di circostanze di fatto, da cui scaturirebbe il diritto fatto valere in giudizio dall'attore; è da osservare, al riguardo, come l'analisi compiuta specialmente dalla dottrina tedesca di tale complesso di circostanze ha portato a foggare alcune definizioni di esso tutt'altro che coincidenti, e intorno alle quali molto si discute: si parla talvolta della *causa petendi* (*Klagegrund*) come di un *Lebensvorgang*, talaltra come di un *Tatsachencomplex*, oppure un *Sachverhalt*, senza che, peraltro, queste distinzioni siano molto rilevanti per la determinazione dei caratteri della *causa petendi* stessa.

La seconda teoria, invece, afferma che quest'ultima consisterebbe nel rapporto giuridico (sostanziale) che sta a base della domanda dell'attore. Si deve rilevare, a questo proposito, come rapporto giuridico sostanziale e « pretesa » dell'attore, si possano porre in relazione ben diversa, secondo che il rapporto

stesso sia semplice o complesso; infatti, se il rapporto sostanziale consiste in un diritto soggettivo, e nel correlato obbligo (caso tipico: le obbligazioni di risarcimento del danno nascenti da atto illecito), diritto fatto valere dall'attore e rapporto, evidentemente si identificano. Diversamente, nel caso in cui il rapporto sostanziale sia complesso, e in esso si possano ravvisare una molteplicità di diritti e di obblighi, o, in genere, di situazioni giuridiche soggettive: è quel che accade normalmente nei rapporti scaturenti da un contratto, in cui le parti (per esempio il venditore e il compratore, oppure il locatore e il conduttore) hanno reciprocamente una serie di distinti diritti, i quali possono costituire oggetto di distinti giudizi.

Ad ogni modo, la definizione del contenuto della *causa petendi* sembra debba variare in corrispondenza di un duplice punto di vista dal quale essa può essere valutata: la *causa petendi* infatti può essere delineata su un piano sostanziale, e cioè come il fondamento della domanda dell'attore, oppure può essere tratteggiata su un piano meramente formale, quale è quello da cui spesso è considerato: ossia l'indicazione del fondamento della domanda che, in misura diversa secondo le varie legislazioni, l'attore è tenuto ad indicare nello stesso atto introduttivo del giudizio. Si vedrà in seguito lo scarso valore di quest'ultimo angolo visuale.

Ad ogni modo, anche sotto altro profilo i due punti di vista sono tutt'altro che coincidenti: infatti, può rinvenirsi uno sfasamento tra di essi, nella misura in cui l'indicazione del fondamento della domanda dell'attore, contenuta nell'atto introduttivo del giudizio può essere integrata o nei successivi atti di parte, o, addirittura (ma il caso è assai raro in processi retti dal principio dispositivo), dallo stesso giudice.

La possibilità di questo sfasamento costituisce di per sè, senz'altro, una limitazione di notevole portata al valore delle conseguenze che, per la definizione del contenuto della *causa petendi*, sono state tratte dalla formulazione degli art. 163 n. 4, 180

1° comma, e 184 cod. proc. civ. ⁽¹³⁷⁾ e, in Germania, del paragrafo 253 II 2 ZPO ⁽¹³⁸⁾.

Comunque, nella dottrina tedesca, sia per l'influsso della norma adesso citata, come per altre ragioni di carattere dogmatico, la *Individualisierungstheorie* appare nettamente in declino, malgrado che essa una volta fosse stata sostenuta da processualisti del valore di WACH, HELLWIG, SEUFFERT. Attualmente, quando non viene decisamente affermata la validità della *Substantiierungstheorie* ⁽¹³⁹⁾, vengono frequentemente sostenute delle tesi intermedie ⁽¹⁴⁰⁾, che peraltro non possono qui essere analizzate in dettaglio.

In Italia, invece, la *Individualisierungstheorie* sembra accogliere ancora il consenso della dottrina dominante ⁽¹⁴¹⁾.

Non è facile cogliere i caratteri del contrasto tra queste due teorie, in modo più preciso di quel che risulta dalle definizioni di esse prima indicate: tali definizioni, infatti, mettono in risalto quelli che sono gli aspetti salienti dell'una e dell'altra, ma, nella loro eccessiva sinteticità, lasciano in ombra molti dettagli, alcuni dei quali assai importanti. La rilevanza di questo può essere facilmente colta, ove si pensi che i seguaci sia dell'una come

⁽¹³⁷⁾ Cfr. ANDRIOLI, *Commento*, etc., cit., vol. II, pag. 7, il quale afferma che nel nostro ordinamento positivo, dopo la riforma del codice di procedura civile del 1950, non è più accettabile la teoria della sostanziazione.

⁽¹³⁸⁾ Nel senso che la citata norma della ZPO costituirebbe un notevole appoggio testuale in favore della *Substantiierungstheorie*, v.: HOCHÉ, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 514; BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, cit., pagina 434; e, soprattutto, STEIN - JONAS - SCHÖNKE, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 18ª ed., Tübingen 1953, vol. I, ad § 253, III, b.

⁽¹³⁹⁾ Cfr. nettamente a favore della *Substantiierungstheorie*: STEIN - JONAS - SCHÖNKE, e BAUMBACH-LAUTERBACH, *opp. locc. ultt. citt.*

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. per tesi intermedie tra la *Substantiierungstheorie* e la *Individualisierungstheorie*, con varie differenze e sfumature: ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., p. 426 ss.; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 163, 164; HOCHÉ, *Zivilprozessrecht*, Darmstadt, 1954, pag. 514 ss.; LENT, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 108, 109; v. anche BETTI, *Diritto processuale civile*, Milano 1932, pag. 230 ss., il quale tratta la questione in termini analoghi a quelli propri della dottrina tedesca.

⁽¹⁴¹⁾ Vedi le citazioni riportate in FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 118, nota 24, cui adde: SECNI, *Della tutela*, etc., cit., pag. 351.

dell'altra teoria hanno più volte modificato la formulazione relativa, per superare le critiche di parte avversa, o per comprendere ipotesi a cui la primitiva formula mal si adattava; di conseguenza, è ben difficile poter parlare di una *Substantiierungstheorie*, oppure di una *Individualisierungstheorie*, perchè in realtà esistono una serie di tesi, le quali possono essere raggruppate intorno all'una o all'altra schematica definizione, solo a patto di tralasciare sfumature, o addirittura profonde divergenze reciproche; e questo fenomeno di moltiplicazione di varianti ha portato alla formazione di quelle posizioni intermedie tra le due opinioni estreme, di cui si è già fatto cenno, e che appaiono oggi come le dominanti nella dottrina tedesca ⁽¹⁴²⁾.

Ancora più difficile è fare il punto per quel che riguarda la dottrina italiana, malgrado che essa si dimostri scarsamente sensibile alla polemica che sul contenuto della *causa petendi* ferve in Germania. Le difficoltà derivano soprattutto perchè accanto a quella dichiarata adesione alla *Individualisierungstheorie* che si è riportata, è possibile rinvenire nella letteratura italiana ad opera di processualisti quali CHIOVENDA ⁽¹⁴³⁾, CARNELUTTI ⁽¹⁴⁴⁾, CALAMANDREI ⁽¹⁴⁵⁾, definizioni dell'istituto in esame,

⁽¹⁴²⁾ Per le varie formulazioni delle due teorie in esame, v. per tutti: HABSCHIED, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 184 ss., e, per la dottrina italiana: HEINITZ, *Limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova 1937, pag. 137 ss.

⁽¹⁴³⁾ Secondo Chiovenda, « ... il concetto di *causa petendi*... risulta da tutti questi elementi:

a) L'affermazione della esistenza d'un rapporto giuridico...

b) L'affermazione della esistenza del singolo fatto che nell'ambito di quel rapporto giuridico fa nascere il singolo diritto fatto valere...

c) L'affermazione dell'esistenza del fatto da cui nasce l'interesse ad agire... »
(*Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., 6^a ristampa, Napoli 1956, pag. 310).

⁽¹⁴⁴⁾ Secondo CARNELUTTI, come elemento di identificazione della lite la *causa petendi* andrebbe sostituita dalla nozione di interesse fatto valere (v.: *Istituzioni del processo civile italiano*, 5^a ed., Roma 1956, vol. I, pag. 14: « Quanto all'identità causale della lite, si noti che è rilevante non solo la natura dell'interesse fatto valere, quanto altresì la misura in cui vien fatto valere... »); v., però, *ivi*, pag. 9, l'affermazione secondo la quale la « ragione » della pretesa sarebbe costituita dalla sua « ... coincidenza tra la pretesa e un rapporto giuridico attivo »; sotto questo profilo, la posizione di CARNELUTTI si accosta alla *Individualisierungstheorie*;

le quali involgono una complessità di termini, che malamente può essere ricondotta nella semplice alternativa prospettata dal contrasto tra le due teorie anzidette.

A ciò si deve aggiungere una recente svalutazione della reale portata di tale contrasto: si è affermato, cioè, che « ... le contrapposte soluzioni siano poco o punto distanti e che, anzi, si possano giustapporre come due facce della stessa realtà: propugnare, infatti, l'allegazione dei fatti costitutivi o quella del rapporto giuridico significa porsi, rispettivamente, dal punto di vista della fattispecie (sostanziale) e da quello degli effetti che ne promanano, cioè da due punti di vista perfettamente compatibili, anzi corrispondenti » ⁽¹⁴⁶⁾.

Tutto questo sconsiglia una analisi del contenuto della *causa petendi*, affrontando la delicata materia sulla base dell'intricato stato attuale della dottrina in proposito; d'altra parte, le dispute dottrinali sembrano avere soprattutto origine dallo stretto legame che unisce la determinazione dei caratteri dell'istituto in esame con la problematica dell'azione: legame, che peraltro è chiara-

theorie; una analisi approfondita di tale posizione involgerebbe il problema dei rapporti tra pretesa e lite, cosa che ci porterebbe troppo fuori dalla linea di svolgimento del presente lavoro. L'impostazione del problema del contenuto della *causa petendi* secondo CARNELUTTI non ha avuto, come è noto, molto seguito nella dottrina: talvolta essa è stata sottoposta a critica (v. per tutti: HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., pag. 133 ss.); talaltra si è affermata la sua sostanziale coincidenza con l'impostazione tradizionale (cfr. SECNI, *Della tutela giurisdizionale*, etc., cit., pag. 350); per un collegamento tra l'elemento causale della domanda, e l'interesse, v. comunque, oltre alla definizione della *causa petendi* di CALAMANDREI, di cui alla nota seguente, anche: CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano 1955, pag. 83, nota 262.

⁽¹⁴⁵⁾ Secondo CALAMANDREI, la definizione della *causa petendi* dovrebbe essere scissa in due momenti: « la concreta individuazione dei fatti da cui sorge l'interesse dell'attore al concreto godimento di un determinato bene (oggetto mediato dell'azione) e l'affermazione della sua coincidenza con quel tipo di interessi ai quali uno o più norme giuridiche accordano in astratto protezione; la concreta individuazione dei fatti da cui sorge lo stato di insoddisfazione di questo interesse, e quindi la necessità (interesse processuale) di rivolgersi all'autorità giudiziaria per ottenere il provvedimento giurisdizionale che mediatamente lo soddisfi » (*Istituzioni*, cit., vol. I, pag. 139).

⁽¹⁴⁶⁾ FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 118.

mente indicato dalla comune affermazione, secondo la quale la *causa petendi* costituirebbe uno degli elementi di identificazione dell'azione stessa⁽¹⁴⁷⁾. Per tale ragione, non si può parlare in termini assoluti di una definizione della natura e del contenuto della *causa petendi*, giacchè ciascuna opinione al riguardo deve necessariamente essere variata, in dipendenza della impostazione che volta a volta si accoglie riguardo alla problematica dell'azione. Se tali rilievi sono esatti, ne consegue che quegli aspetti della nozione di causa petendi che interessa precisare nel modo più sommario, per lo svolgimento del presente lavoro, possono essere più facilmente ricavati come conseguenze delle considerazioni precedenti a proposito della nozione di azione, piuttosto che come risultati dell'analisi della complessa letteratura sul punto.

Si può rilevare anzitutto come la comune definizione-base della *causa petendi* come elemento di identificazione dell'azione acquisterebbe una reale portata solo se si partisse dalla concezione dell'azione come un potere avente un contenuto concreto, potere che, d'altra parte, secondo la nota tesi precedentemente criticata, sarebbe condizionato nell'esistenza dall'esistenza del diritto soggettivo per la cui tutela è posto: in tal caso, la *causa petendi*, intesa come complesso di fatti, oppure come rapporto giuridico, contrassegnerebbe il singolo potere rispetto agli infiniti altri poteri posti a tutela di diversi diritti soggettivi. Si è già accennato, peraltro, come tale costruzione dell'azione non sia accettabile, sia perchè non conforme alla nozione di potere che appare preferibile, sia perchè la funzione di tutela in concreto della situazione giuridica sostanziale sembra attribuita ad una posizione del privato non configurabile come un potere giuridico.

Di conseguenza, la definizione della *causa petendi* come elemento di identificazione dell'azione deve essere intesa in modo diverso da quello anzidetto. Se si vuole riferire la *causa petendi*

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. per tutti, in questo senso: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 283; ZANZUCCHI, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano 1916, pag. 71.

all'azione, considerata come un potere, essa non può costituire elemento di identificazione dell'azione stessa, ma solo del suo esercizio: la *causa petendi*, sotto questo profilo, infatti, distingue il singolo esercizio del potere astratto di agire, nei confronti degli infiniti altri esercizi dello stesso potere che possono essere compiuti.

In questo ordine di idee deve seguire ogni altra precisazione dei caratteri della *causa petendi* e, particolarmente, ogni ulteriore chiarimento della comune definizione secondo cui essa sarebbe il « fondamento » della domanda.

La domanda giudiziale, di per sè, non costituisce altro che la forma che assume l'esercizio del potere astratto di azione; di quel potere, cioè, di richiedere la tutela giurisdizionale, in uno dei tipi di questa che sono previsti nell'ordinamento; di quel potere, col cui esercizio si crea il presupposto di esplicazione della funzione giurisdizionale, nel senso che questa deve necessariamente svolgersi fino al provvedimento con cui la tutela richiesta si concede o si nega, previo accertamento dell'esistenza o meno di quella situazione giuridica sostanziale che, per legge, condiziona tale concessione o diniego.

Sembrerebbe, perciò, che l'oggetto della domanda dell'attore, che costituisce esercizio del potere predetto, sia il provvedimento giurisdizionale con cui la tutela è concessa (c.d. *petitum* in senso formale); se il *petitum* viene individuato in tal modo, è allora facile stabilire la natura della *causa petendi*: essa consiste, appunto, in quella situazione giuridica sostanziale, la cui esistenza o inesistenza determina la concessione o il diniego del provvedimento richiesto: in questo senso, la *causa petendi* costituisce il fondamento della domanda. In tal modo, risulta anche chiaro in che senso il *petitum* e la *causa petendi* costituiscono elementi di identificazione del singolo esercizio dell'azione: infatti, il provvedimento giurisdizionale che costituirebbe il *petitum* non può essere indicato evidentemente solo facendo riferimento al tipo di tutela richiesto, ma, al contrario, deve venire concretamente

individuato: sentenza di condanna al pagamento di quella data somma, di accertamento di quella servitù su quel dato fondo, di annullamento di quel dato contratto: e, corrispondentemente, la *causa petendi* è costituita, appunto, dal diritto di credito per quella data somma; dal diritto di servitù su quel dato fondo; dal potere di annullare quel dato contratto, o dai vizi di quest'ultimo.

Ma, d'altra parte, è noto come comunemente per *petitum* si intenda qualcosa di diverso dal provvedimento giurisdizionale richiesto; qualcosa che in realtà non è sempre definito in dottrina in modo coincidente. Più frequentemente si intende per *petitum* quel concreto bene, il cui godimento l'attore si vuole assicurare mediante l'esplicazione della funzione giurisdizionale. Si può notare anzitutto come un diretto collegamento tra l'attribuzione di questo bene e il processo si possa riscontrare solo nel processo di condanna: di quel processo, cioè mediante il quale si apre la strada all'esecuzione forzata di quella norma, statutale o privata, cui l'obbligato non adempie spontaneamente; ma negli altri tipi di processo, il bene non acquista una rilevanza così diretta: infatti, in tali ipotesi si tratta di accertare o di costituire una situazione giuridica, la quale può a sua volta avere una immediata attinenza col bene (caso di accertamento di diritti soggettivi), ma può anche non averla (caso di accertamento di *status*, poteri, etc.; di annullamento di negozi, e simili).

Nella definizione del *petitum* sostanziale nel senso indicato, perciò, sembra manifestare la sua influenza il solito fenomeno della preponderanza degli schemi del processo di condanna rispetto ai caratteri propri agli altri tipi di processo, nella elaborazione dei concetti processuali. Ad ogni modo, anche attribuendo al *petitum* tale significato, pare che la *causa petendi* corrispondente sia, anche in tal caso, costituita dalla situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto del provvedimento giurisdizionale.

Per tali ragioni, e se si dovesse prendere posizione nei con-

fronti del contrasto tra *Individualisierungstheorie* e *Substantiierungstheorie*, si dovrebbe esprimere opinione favorevole alla prima, purchè la sua formulazione fosse resa più lata: la *causa petendi* non consiste necessariamente in un rapporto, ma in una situazione giuridica sostanziale, la quale può svolgersi nell'ambito di un rapporto (diritto soggettivo), ma può anche non essere in questo ricompresa (potere, *status*), o, addirittura, non avere carattere soggettivo (caso dell'accertamento della nullità di un atto).

Malgrado questa affermazione, non si può disconoscere lo stretto nesso che esiste tra *causa petendi* e fatti da cui deriva la situazione giuridica che lo costituisce; e, del resto, è nella terminologia comune parlare di « fatti giuridici » a proposito della *causa petendi* stessa⁽¹⁴⁸⁾, anche da parte di autori, alcuni dei quali, peraltro, si proclamano sostenitori della *Individualisierungstheorie*; il riconoscimento di questo collegamento, però, non deve infirmare l'asserzione che la *causa petendi* consiste in una situazione giuridica, e non nei fatti da cui questa ha origine: e, anzi, ogni precisazione di tale collegamento non può non rendere più chiaro ciò.

Anzitutto, il richiamo ai fatti costitutivi a proposito della *causa petendi* sembra imposto dalla necessità di una migliore identificazione di questa: talvolta, infatti, la situazione giuridica sostanziale non trova in sè, ossia negli elementi che la compongono, dei sufficienti elementi di differenziazione nei confronti delle infinite altre situazioni giuridiche dello stesso tipo e struttura che possono esistere. Certo, se si parla di un diritto di proprietà sulla casa che ha il dato numero civico della data strada, non possono sorgere confusioni con altri diritti di proprietà, magari su altre case, di cui fosse titolare lo stesso sog-

(148) Cfr., tra gli altri: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 283; ZANZUCCHI, *Nuove domande*, etc., cit., pag. 336; SATTA, *Diritto processuale*, cit., pag. 112; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2ª ed., Milano 1957, vol. I, pag. 72.

getto. Ma non sempre la cosa si presenta così chiara: si faccia il caso che Tizio vanti nei confronti di Cajo svariati diritti di credito, magari tutti di uguale ammontare. L'unico modo di individuare ciascuno di questi diritti, sembra essere quello di fare riferimento al rispettivo fatto costitutivo: così, si può distinguere il credito derivante da quel contratto di compravendita, avente quel dato oggetto, dal credito derivante da diverso contratto, magari dello stesso tipo, ma avente differente oggetto. Bisogna tenere ben distinta, però, la nozione di elemento di identificazione, da quella di elemento costitutivo: infatti, si può benissimo identificare una situazione giuridica, come qualsiasi altra entità, in base ad elementi, i quali sono, peraltro, ad essa estrinseci, quali i fatti da cui ha origine; di conseguenza, anche se talvolta è necessario fare riferimento ai fatti da cui la situazione giuridica che costituisce la *causa petendi* deriva, per poter procedere alla individuazione di questa, ciò non vuole affatto dire che essi ne diventino elementi costitutivi ⁽¹⁴⁹⁾.

Si può rinvenire però un altro collegamento di maggiore portata tra *causa petendi* e fatti costitutivi della situazione giuridica in cui essa si risolve, collegamento che può trasformarsi in fattore di confusione tra elementi che devono essere tenuti accuratamente distinti.

Tale collegamento si riconnette alla circostanza, già rilevata, per cui, talvolta, si vogliono trarre dati per delineare la nozione di *causa petendi* da quella norma, che impone all'attore di indicare nell'atto introduttivo del giudizio i «..... fatti..... costi-

⁽¹⁴⁹⁾ La questione è stata vista dalla dottrina tedesca, a proposito dei rapporti tra *causa petendi* e oggetto del giudizio; la tesi che si deve tenere accuratamente distinto il concetto di elemento costitutivo da quello di elemento di identificazione è vigorosamente sostenuta da SCHWAB, *Der Streitgegenstand*, cit., pagina 89 ss.; v. anche, nello stesso senso, questa chiara affermazione di ROSENBERG: «... gehört der Sachverhalt nicht in den Begriff des Streitgegenstandes. Der Sachverhalt dient der Individualisierung des prozessualen Anspruchs» (*Lehrbuch*, cit., pag. 404); questa tesi peraltro è stata giudicata contraddittoria da NIKISCH, *Zur Lehre vom Streitgegenstand*, cit., *ArchCivPr*, 1955, pag. 277 ss.

tuenti le ragioni della domanda.....» ⁽¹⁵⁰⁾: data questa formulazione legislativa, è facile capire come, sulla base della definizione della *causa petendi* come il fondamento della domanda, i fatti che devono essere esposti nella citazione e la *causa petendi* stessa possano essere ritenuti concetti coincidenti.

Si è prima osservato come, in ogni caso, il contenuto dell'atto introduttivo del giudizio può anche non esaurire il contenuto della *causa petendi*: si deve adesso aggiungere che il contenuto dell'atto di citazione, inteso come indicazione dei « fatti » che l'attore pone a fondamento della sua domanda non ha assolutamente nulla a che vedere con la *causa petendi* stessa intesa in senso rigorosamente tecnico, e ciò, malgrado l'identità della formula legislativa con la comune definizione dell'istituto in esame.

Un primo indizio di questo, è dato dalla circostanza per cui la legge, accanto all'esposizione dei fatti, parla anche dell'esposizione «...degli elementi di diritto...» ⁽¹⁵¹⁾, come contenuto necessario dell'atto di citazione: ora, se si dovesse considerare l'espressione legislativa «... le ragioni della domanda...» come equivalente alla comune definizione della *causa petendi*, bisognerebbe considerare quest'ultima consistente non solo nei « fatti » che l'attore pone a base della sua richiesta, ma anche nelle norme giuridiche, di cui egli invoca l'applicazione: ora, come è ben noto, la dottrina è unanime nell'affermare che tali norme giuridiche non entrano a far parte della *causa petendi* ⁽¹⁵²⁾.

È ovvio che questo sfasamento tra la formulazione della norma e il contenuto della *causa petendi*, può essere considerato tutt'al più come un semplice indizio, di una distinzione che sarebbe da operare tra gli elementi richiamati dall'articolo in

⁽¹⁵⁰⁾ Art. 163, 3° comma, n. 4 cod. proc. civ.; cfr. anche la formulazione del § 253, II, 2, ZPO.

⁽¹⁵¹⁾ Art. 163, 3° comma, n. 4 cod. proc. civ.

⁽¹⁵²⁾ Vedi per tutti: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 283.

esame, e la *causa petendi* stessa; distinzione, peraltro, il cui fondamento dovrebbe essere delineato con una motivazione adeguata.

Si può anzitutto partire dal rilievo secondo il quale, quando, con una disposizione che trova riscontro anche in legislazioni straniere, il legislatore italiano ha dettato il contenuto dell'atto di citazione, egli ha avuto presente uno scopo di una portata ben maggiore di quello di rendere possibile, sulla base dell'atto introduttivo del giudizio, l'immediata identificazione della *causa petendi*, e, quindi, della domanda fatta valere dall'attore. All'atto introduttivo del giudizio, infatti, è attribuibile, inoltre, la più importante funzione di costituire un primo, e fondamentale (almeno in teoria...) elemento di determinazione dei punti sui quali poi verterà, o potrà vertere la contestazione tra le parti; più precisamente, la necessità che già nell'atto di citazione l'attore esponga le argomentazioni che crede di avanzare a sostegno della sua domanda, non è altro che un riflesso dell'esigenza, da un lato, di assicurare il contraddittorio, permettendo al convenuto di difendersi adeguatamente, e, dall'altro, di fornire al giudice gli elementi per la decisione della causa, il gruppo più importante dei quali è costituito, appunto, dalle argomentazioni dell'attore. Sicuramente, l'esposizione contenuta nell'atto introduttivo del giudizio potrà essere integrata successivamente con altri atti di parte, con quella larghezza che, come è noto, ha concesso la novella del 1950; e, certo, in ogni caso è necessario tener conto delle difese del convenuto: ma ciò non sopprime quella funzione del primo atto del giudizio cui si è accennato. E, del resto, l'esattezza dei rilievi sopra svolti può essere corroborata da un'altra considerazione: e cioè che se l'atto di citazione non avesse questa funzione, non si comprenderebbe come mai, esso, oltre all'esposizione dei fatti, debba anche contenere l'esposizione degli elementi di diritto sui quali la domanda si basa: come è noto, infatti, se, nei processi retti dal principio dispositivo, il giudice è vincolato alle allegazioni delle parti per

quel che riguarda il «fatto», egli può applicare d'ufficio la norma di legge che crede più opportuna, e perciò verrebbe meno la necessità dell'indicazione di tale norma da parte dell'attore, ove l'atto introduttivo del giudizio dovesse solo servire alla identificazione della *causa petendi*, e, quindi, della domanda.

D'altra parte si è precedentemente rilevato⁽¹⁵³⁾, come bisogna tenere ben distinto il complesso dei punti della causa, sui quali si appuntano le varie contestazioni tra le parti, da quello che è l'oggetto della «lite» in senso proprio: riaffiora qui quella distinzione, la quale, considerata dal punto di vista della differente funzione che il giudice esplica al riguardo, si riflette nella contrapposizione tra «*cognitio*» e «*judicium*»; solo l'oggetto di quest'ultimo costituisce l'oggetto del giudizio in senso tecnico, mentre gli oggetti del primo ricadono nell'ambito della pregiudiziale. Ora, se, come si vedrà tra un momento, la *causa petendi* è da ricollegarsi con l'oggetto del giudizio in senso tecnico, essa non può identificarsi con i fatti, la cui esposizione deve essere contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, giacché l'accertamento di questi ultimi non fa parte dell'oggetto del giudizio, ma ricade invece nell'ambito della pregiudiziale. Del resto, ad analoga conclusione si arriva sulla base del rilievo, per cui l'accertamento dei fatti costitutivi di un dato effetto giuridico, si pone sempre, in ogni caso, come un mero antecedente logico dell'accertamento dell'effetto stesso: e se quest'ultimo concerne l'oggetto del giudizio, il primo, nei suoi confronti, non può essere che pregiudiziale in senso logico.

Le considerazioni precedenti permettono di chiarire la reale portata della comune espressione, secondo la quale la parte deve allegare i fatti, ai quali poi il giudice applicherà, anche d'ufficio, il diritto: non è da credere infatti che da questa applicazione risulti, come conseguenza diretta e immediata, la determinazione del provvedimento decisorio che il giudice emetterà: al

(153) Cfr. *supra*, pag. 55 ss.

contrario, si deve individuare un momento logicamente intermedio alle due fasi suddette, e cioè la determinazione, da parte del giudice, del regolamento della situazione giuridica sostanziale sulla quale l'attore basa la sua pretesa; in altri termini: l'accertamento dell'esistenza o meno di quella situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto, favorevole o contrario alla domanda dell'attore, del provvedimento giurisdizionale; per tale ragione, la determinazione di tale contenuto non consegue immediatamente dai fatti allegati dall'attore, ma da quella situazione giuridica sostanziale, la cui esistenza il giudice può dedurre, applicando il diritto ai fatti suddetti.

Si può allora comprendere il fondamento dell'asserzione, spesso ripetuta ⁽¹⁵¹⁾, secondo la quale non è necessario che l'attore dia la qualificazione giuridica del diritto che fa valere in giudizio: tale qualificazione, infatti, scaturisce dall'applicazione del diritto ai fatti allegati dall'attore, la quale può anche avvenire d'ufficio. E poichè l'individuazione della situazione giuridica sostanziale che costituisce la *causa petendi* risulta, appunto, da questa applicazione, ne consegue che la determinazione di essa può anche non essere compiuta dalla parte: è solo necessario che la parte stessa permetta al giudice tale identificazione, mediante l'indicazione dei suoi fatti costitutivi i quali, come si è detto, pur non facendo parte della *causa petendi* stessa, la possono individuare.

Gioverà riassumere brevemente i risultati cui è stato possibile pervenire con le considerazioni precedenti; ossia: la *causa petendi*, intesa come fondamento della domanda dell'attore, deve identificarsi con la stessa situazione giuridica sostanziale, la quale determina il contenuto del provvedimento decisorio; poichè la *causa petendi* consiste in una situazione giuridica, essa deve essere tenuta ben distinta dai fatti da cui trova origine; per

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. in questo senso, tra gli altri: FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 118, 119; cfr. anche la precedente citazione di HABSCHIED, alla nota 107.

tale ragione, la *causa petendi* non ha nulla a che vedere con i « fatti » che devono essere esposti dall'attore nell'atto di citazione; infine, anche se la *causa petendi* dovesse essere ricompresa nell'oggetto del giudizio, appartenerebbero in ogni caso all'ambito della pregiudiziale gli accertamenti relativi ai suoi fatti costitutivi.

Giunti a questo punto, l'argomento potrebbe anche essere abbandonato, giacchè risulta chiaro che qualunque sia la soluzione che può essere data al problema dei rapporti tra *causa petendi* e oggetto del giudizio, non può essere infirmata quella distinzione che si è precedentemente delineata tra oggetto del giudizio e ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, e, in particolare, l'attribuzione a quest'ultimo degli accertamenti relativi ai fatti costitutivi della situazione giuridica che determina il contenuto del provvedimento decisorio. Per ragioni di completezza però non sarà inopportuno svolgere alcune considerazioni su tale problema, tanto più che la sua soluzione scaturisce *de plano* da quanto sin qui detto.

Nella dottrina italiana, non è normalmente trattata la questione se la *causa petendi* faccia oppure non faccia parte dell'oggetto del giudizio; ciò dipende dalla non troppa considerazione che presso la nostra letteratura ha sempre trovato la nozione stessa di oggetto del giudizio; perciò, in Italia si è collegata la *causa petendi* con l'azione, e, in base a tale nesso, la si è definita come elemento di identificazione di questa: dei delicati problemi che suscita il collegamento in parola si è già detto.

È naturale, d'altra parte, che la dottrina tedesca, nei suoi tentativi di costruzione di una nozione di oggetto del giudizio, la quale sia valida per tutti i momenti dello svolgimento del fenomeno processuale, affrontasse il tema dei rapporti tra oggetto del giudizio e *causa petendi*. E questo tema è visto soprattutto in funzione della soluzione di quelle questioni le quali sono in Italia ricollegate alla stessa azione: cumulo di domande, mutamento della domanda, limiti obbiettivi della cosa giudicata,

etc.: non vi è dubbio, infatti, che se la *causa petendi* facesse parte dell'oggetto del giudizio, una pluralità di esse determinerebbe il cumulo delle domande, il suo mutamento determinerebbe il mutamento della domanda, e, in ogni caso, rientrerebbe nella cosa giudicata (secondo l'impostazione propria della dottrina italiana, si dovrebbe parlare di cumulo di azioni, di mutamento di azione).

Proprio in sede di costruzione di tale nozione unitaria di oggetto del giudizio si è manifestata l'opinione, secondo la quale la *causa petendi* dovrebbe essere esclusa dal contenuto di questo: è la tesi sostenuta vigorosamente da SCHWAB⁽¹⁵⁵⁾, e alla quale ha aderito ROSENBERG, fin dalla sesta edizione del suo *Lehrbuch*⁽¹⁵⁶⁾. La tesi di SCHWAB si pone senz'altro in contrasto con l'orientamento tradizionale; e, in realtà, la stessa dottrina tedesca non ha seguito questa tendenza innovatrice⁽¹⁵⁷⁾, quando addirittura non ha vivacemente reagito nei suoi confronti⁽¹⁵⁸⁾. Non solo, ma la tesi di SCHWAB ha portato anche in Italia a qualche interessamento al problema, interessamento che però anche esso si è risolto in una riaffermazione della impostazione tradizionale⁽¹⁵⁹⁾.

⁽¹⁵⁵⁾ *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 190 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. adesso la 7ª ed., München und Berlin 1956, pag. 404.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr., secondo l'orientamento tradizionale: LENT, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 102; NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 163, 164; HOCHÉ, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 513, 514; STEIN - JONAS - SCHÖNKE, *Kommentar*, cit., si limita a notare come « Der Streitgegenstand wird durch einen Sachverhalt individualisiert und begrenzt » (Vorbemerkungen ad § 253, ZPO, II, 5); notevole l'opinione intermedia sostenuta dal BÖTTCHER, secondo la quale la *causa petendi* non sarebbe elemento costitutivo dell'oggetto del giudizio nelle cause di annullamento di matrimonio, ma lo sarebbe nelle altre cause (*Zur Lehre vom Streitgegenstand im Eheprozess*, in *Festgabe für Rosenberg*, München und Berlin, 1949, pag. 73 ss.): si tratta di una opinione la quale è evidentemente troppo condizionata dal dato positivo dell'ordinamento tedesco per poter avere una portata più generale.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. in senso vivacemente critico alla tesi di SCHWAB: HABSCHIED, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 191 ss. e NIKISCH, *Zur Lehre*, etc., cit., pag. 273, il quale afferma con particolare vigore che il *Sachverhalt* costituisce parte integrante (*Bestandteil*) dell'oggetto del giudizio.

⁽¹⁵⁹⁾ Cfr. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 119 ss.

Sulla base delle considerazioni precedentemente svolte, non pare dubbio che la *causa petendi* non solo faccia parte dell'oggetto del giudizio, ma anzi che essa sia addirittura l'oggetto del giudizio; e proprio per questa ragione, la *causa petendi* costituisce l'indispensabile collegamento tra diritto sostanziale e fenomeno processuale, collegamento che viene attuato mediante la determinazione da parte di essa del contenuto del provvedimento decisorio. Negare la ricomprensione della *causa petendi* nell'oggetto del giudizio, significa nè più nè meno affermare il distacco tra diritto e processo⁽¹⁶⁰⁾; e, perciò, non è senza un profondo significato che la opinione di SCHWAB si sia potuta manifestare in un ambiente dottrinale quale è quello tedesco, in cui sono così pronunciate le tendenze astrattiste di cui si è parlato.

16. Le considerazioni che precedono, sulla distinzione tra la *causa petendi* e i c.d. fatti costitutivi, risulteranno più chiare dall'analisi di un ultimo punto che occorre richiamare: il problema dei limiti obbiettivi del giudicato.

Tale problema presenta una strettissima connessione col tema cui è dedicato questo lavoro; connessione, la quale, peraltro, può essere anche valutata da due profili diversi.

Il primo di questi può essere così delineato: l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità termina là dove comincia l'oggetto del giudizio; d'altra parte, i limiti obbiettivi della cosa giudicata sono determinati, appunto, dal contenuto dell'oggetto del giudizio; ergo, tali limiti coincidono con quelli stessi della pregiudizialità, nel senso che tutto quello che è pregiudiziale non può essere ricompreso nell'ambito del giudicato e, viceversa, tutto quello che è coperto dal giudicato non può essere pregiudiziale.

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. in questo senso le chiare pagine di FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, cit., pag. 120 ss.

Questo ragionamento pare difficilmente confutabile: quanto alla prima premessa, e cioè che la pregiudiziale è delimitata dall'oggetto del giudizio, non resta, infatti, che rimandare a quanto precedentemente detto in proposito.

Per quel che riguarda poi la seconda premessa, e cioè la coincidenza tra il contenuto dell'oggetto del giudizio e quello del giudicato, sembra che sia sufficiente il richiamo ai caratteri della nozione di oggetto del giudizio, e all'attuale stato della dottrina in proposito.

La nozione di oggetto del giudizio, infatti, sembra avere come carattere essenziale quello di mantenere la costanza del proprio contenuto attraverso tutti i momenti salienti dello svolgimento del fenomeno processuale; e, in realtà, in tanto la costruzione della nozione in parola può rivelarsi scientificamente utile, e anzi, addirittura possibile, in quanto non ci si scosti da tale principio. Per tali ragioni, che i limiti obbiettivi della cosa giudicata siano determinati dal contenuto dell'oggetto del giudizio sembra possa discendere dalla definizione stessa di questa nozione. Ciò trova puntuale riscontro in dottrina, la quale è decisamente orientata in questo senso ⁽¹⁶¹⁾.

Da taluno però potrebbe essere ritenuto pericoloso questo modo di procedere, giacchè il contenuto della nozione di oggetto del giudizio è ricavabile solo attraverso una analisi della disciplina dei vari momenti di svolgimento del fenomeno processuale, nei quali tale nozione acquista rilevanza: quegli stessi momenti, cioè, la cui disciplina si pretende di interpretare, proprio sulla base della nozione di oggetto del giudizio in tal modo delineata: in altre parole, sarebbe possibile cadere in un circolo vizioso,

⁽¹⁶¹⁾ Cfr. per tutti le decise affermazioni di SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 349, e di HABSCHIED, *Der Streitgegenstand*, cit., pag. 84. Si deve qui ricordare anche l'assai interessante impostazione di ALLORIO, secondo la quale i limiti obbiettivi del giudicato determinerebbero anche i suoi limiti soggettivi (*La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, *passim*, ma specialmente pag. 67 ss.); su tale impostazione, v., peraltro, i rilievi critici di MICHELI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 902.

cosa che accadrebbe se si stabilissero i limiti obbiettivi della cosa giudicata, determinandoli sulla falsariga del contenuto dell'oggetto del giudizio, ove poi tale contenuto lo si fosse precedentemente tratteggiato in tutto o in parte proprio sulla falsariga dei limiti obbiettivi del giudicato.

Per evitare questo pericolo, sarà opportuno esaminare la connessione tra la pregiudizialità e i limiti oggettivi della cosa giudicata, cogliendola da un profilo apparentemente diverso da quello indicato, e, cioè, facendo a meno del termine intermedio costituito dalla nozione di oggetto del giudizio. Questa soppressione di un passaggio è possibile, giacchè, come si è detto, dalla disciplina ricavabile dall'art. 34 cod. proc. civ. si può trarre il principio, secondo il quale la soluzione delle questioni pregiudiziali non passa in giudicato: ecco quindi trovato un legame diretto tra il tema della pregiudizialità e il problema dei limiti obbiettivi della cosa giudicata.

Questo legame appare basato su un fondamento di indiscutibile solidità, quale è quello del disposto della norma citata, assai chiara su questo punto. S'intende, però, che esso non è altro che un diverso modo di valutare la stessa connessione, prima delineata, che teneva conto della nozione di oggetto del giudizio: in tanto, infatti, la soluzione delle questioni pregiudiziali non passa in giudicato, in quanto, appunto, tali questioni non rientrano nel contenuto dell'oggetto del giudizio. Più precisamente, la costruzione della nozione di oggetto del giudizio costituisce l'inquadramento dogmatico che permette di spiegare la disciplina positiva in esame: e la sostanziale identità di risultati cui si arriva sulla base dell'una, e dell'interpretazione letterale dell'altra, non è altro che una ulteriore conferma della esattezza della costruzione stessa.

Arrivati a questo punto, sono evidenti le ragioni che spingono a saggiare anche alla luce della soluzione che è stata data al problema dei limiti obbiettivi della cosa giudicata quei lineamenti così ampi che si è creduto di dover attribuire all'am-

bito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità. Infatti, se si valutano i limiti obbiettivi della cosa giudicata in relazione all'oggetto del giudizio, risulta chiaro che ove essi fossero più lati rispetto al contenuto di questo che si è tratteggiato, tale contenuto sarebbe stato erroneamente tratteggiato, e, correlativamente, sarebbero stati tratteggiati erroneamente i lineamenti della pregiudizialità. Oppure, seguendo l'altra linea di ragionamento prima indicata, se i limiti obbiettivi della cosa giudicata comprendessero in questa anche soluzioni di questioni, che si sono definite come meramente pregiudiziali, questa definizione, per il chiaro disposto dell'art. 34 cod. proc. civ., sarebbe inesatta.

Trattando l'argomento della cosa giudicata, da qualsiasi profilo esso sia valutato, è d'obbligo, per la sua rilevanza, il richiamo del fondamentale problema che si agita in proposito, e cioè quello attinente alla natura stessa del giudicato. Non potendo, per ovvi motivi, prendere posizione al riguardo, non si può però fare a meno di notare come tale problema investa termini di grande portata, perchè appare collegato con la nozione stessa che si accoglie sulla essenza della funzione giurisdizionale, e sulla natura dell'atto mediante il quale essa è tipicamente esplicata.

Come ognuno sa, il problema della natura della cosa giudicata è stato tradizionalmente dibattuto nei termini che scaturiscono dalla contrapposizione tra la teoria c.d. sostanziale (materiale) e la teoria c.d. processuale (formale)⁽¹⁶²⁾. È indubbio,

⁽¹⁶²⁾ Per una esposizione delle due teorie, e per ricchi richiami di letteratura, si rinvia per tutti a SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 286 ss.; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935, pag. 27 ss.; HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., pag. 20 ss., che si pronuncia per la teoria processuale. La teoria sostanziale è stata invece sostenuta vivacemente da ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit., pag. 3 ss., pag. 22, 23, il quale (ivi) ricollega il problema a quello della finalità che si vuole attribuire al processo; più precisamente, ALLORIO afferma che se si considera il processo come volto alla attuazione del diritto obbiettivo, si deve accogliere la teoria sostanziale; se, al contrario, si pone in rapporto il processo

però, che attualmente in dottrina si manifestano delle tendenze, orientate nettamente verso un superamento di tale contrapposizione; tendenze che appaiono degne della massima considerazione, giacchè, oltre alle conseguenze che da esse discendono, per il problema della natura del giudicato, costituiscono dei chiari sintomi di esigenze di una più soddisfacente sistemazione di quei delicatissimi temi che, come si è detto, sono con tale argomento connessi.

Parlando degli orientamenti revisionistici delle tradizionali impostazioni del problema del giudicato, non si può fare a meno di ricordare, per la sua importanza, la tesi di recente sostenuta da ALLORIO⁽¹⁶³⁾, la quale porterebbe ad un superamento delle teorie prima indicate; tesi la quale è basata sulla soluzione che l'illustre autore dà al problema dei destinatari della norma giuridica⁽¹⁶⁴⁾; questo tentativo di superamento perciò deve essere inquadrato nella concezione che ALLORIO ha manifestato in recenti suoi scritti, peraltro già notissimi, riguardo all'intero fenomeno giuridico e, in particolare, al rapporto tra diritto e processo; l'accenno alla vastità delle implicazioni della tesi in parola indica di per sè assai chiaramente l'impossibilità di procedere in questa sede a quella approfondita analisi che essa meriterebbe.

Ma l'impostazione tradizionale del problema del giudicato è stata sottoposta a critica anche da un altro punto di vista, il quale presenta una stretta attinenza col tema della pregiudiziale, sulla base di quelle connessioni tra quest'ultimo e i limiti obbiettivi della cosa giudicata che si sono prima delineate.

con la composizione della lite, secondo una celebre impostazione, allora si deve accettare la teoria processuale; questa correlazione tra finalità del processo e soluzione del problema della natura del giudicato è stata successivamente criticata da MICHELI, *Della tutela giurisdizionale*, cit., pag. 904, 905, il quale nota anche (ivi) come per la scelta tra le due alternative non abbia eccessiva importanza la relazione ministeriale, secondo la quale il nuovo codice avrebbe accolto la teoria sostanziale.

⁽¹⁶³⁾ *L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 55 ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Su tale punto v. *supra* la nota 52.

In dottrina, infatti, è stato colto un aspetto comune alle peraltro contrapposte teorie sostanziale e processuale; e, cioè, il loro legame ad una particolare nozione della sentenza: ossia, la sentenza come atto di mero accertamento della situazione giuridica sostanziale; più particolarmente, si è rilevato come solo delineando la sentenza in tal modo, si possa costruire la sua particolare immutabilità sulla base delle due teorie indicate ⁽¹⁶⁵⁾; e, cioè, facendola derivare da una modificazione della situazione giuridica sostanziale, modificazione la quale sarebbe prodotta dalla sentenza, per rendere la situazione stessa conforme all'accertamento compiuto dal giudice; oppure, disegnando l'immutabilità di tale accertamento come una conseguenza di un divieto che sarebbe imposto ad ogni altro giudice di riprendere in esame la situazione giuridica sostanziale sottoposta una volta per tutte all'esame giurisdizionale.

Si sostiene, peraltro, che le due teorie in parola non sarebbero più accoglibili, nella misura nella quale nella sentenza si ravvisino elementi di carattere diverso dal mero accertamento; più precisamente, ove nella sentenza si rinvenisse un elemento di carattere imperativo, che ne costituisse il principale o, addirittura, l'esclusivo contenuto, l'immutabilità della sentenza andrebbe ricollegata con l'elemento imperativo stesso, e non con quello dell'accertamento, e, perciò, tale immutabilità dovrebbe procedere con schemi diversi da quelli delineati sia dalla teoria sostanziale come da quella processuale ⁽¹⁶⁶⁾.

Per tali ragioni, parallelamente, ed anzi, in diretta connessione ⁽¹⁶⁷⁾ con quegli orientamenti precedentemente esposti ⁽¹⁶⁸⁾, tendenti ad una progressiva svalutazione dell'elemento dell'accertamento della sentenza, si sono battute nuove strade per delineare il delicatissimo fenomeno del giudicato.

⁽¹⁶⁵⁾ FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 146 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ FAZZALARI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁷⁾ FAZZALARI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁶⁸⁾ Vedi, *supra*, pag. 25 ss.

Tra le tendenze manifestatesi al riguardo, quella che senz'altro ha riscosso in dottrina il maggior consenso è stata la notissima tesi di LIEBMAN; secondo tale tesi, l'immutabilità non sarebbe un effetto autonomo della sentenza, ma, al contrario, costituirebbe una caratteristica della sua efficacia, la quale, a sua volta, si ricollega ad un comando, tendente sia all'accertamento, come alla costituzione o modificazione di un rapporto giuridico ⁽¹⁶⁹⁾. In tal modo, la cosa giudicata verrebbe svincolata dall'accertamento, e ricollegata, invece, a quell'elemento imperativo che sarebbe in ogni caso da rinvenire nella sentenza; a questa teoria di LIEBMAN hanno aderito, tra gli altri, MICHELI ⁽¹⁷⁰⁾ e FAZZALARI ⁽¹⁷¹⁾, per quanto non siano mancate reazioni ad essa vivacemente critiche, specie da autori che sostengono ancora la prevalenza del carattere di atto di accertamento della sentenza ⁽¹⁷²⁾.

Attualmente, si assiste, perciò, ad una evoluzione dottrinale, la quale, come tutte le evoluzioni, è tutt'altro che incontrastata, e le cui conseguenze ultime non si possono ancora prevedere; peraltro, merita di essere riportata questa sintesi delle possibilità che si possono prospettare per quel che riguarda gli sviluppi futuri delle tendenze cui si è accennato: e, cioè, che rafforzandosi la convinzione che nella sentenza sarebbe da ravvisare anzitutto un elemento di carattere imperativo, il quale ne costituirebbe l'esclusivo contenuto ⁽¹⁷³⁾, o, quanto meno, gio-

⁽¹⁶⁹⁾ *Efficacia e autorità della sentenza*, cit., specialmente pag. 39 ss.

⁽¹⁷⁰⁾ *Prospettive critiche in tema di giurisdizione volontaria*, cit., in *Scritti giuridici per Carnelutti*, II, pag. 386 e, precedentemente: *Efficacia della sentenza soggetta a gravame e cosa giudicata*, in *Giurisprudenza it.*, 1946, I, 1, 434; *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 201 ss.; *La tutela giurisdizionale*, cit., pag. 393.

⁽¹⁷¹⁾ FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 148.

⁽¹⁷²⁾ Vedi soprattutto i rilievi critici di ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, cit., in *Problemi di diritto*, II, pag. 44 ss., e nota 80; cfr. anche, successivamente: *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, ripubblicato in *Problemi di diritto*, II, pag. 123.

⁽¹⁷³⁾ Vedi *supra*, pag. 28, 29, il cenno alla tesi di FAZZALARI in questo senso.

cherebbe in esso il ruolo predominante ⁽¹⁷⁴⁾, si schiuderebbe la seguente alternativa: o si mantiene fermo il collegamento tra accertamento e oggetto del giudicato, e allora bisognerebbe rompere la tradizionale connessione tra giudicato e contenuto della sentenza; oppure si vuole salvare quest'ultima connessione, e in questo caso si dovrebbe scindere il giudicato dall'accertamento ⁽¹⁷⁵⁾.

Quanto sia possibile accogliere questa separazione tra accertamento e giudicato, in varia misura prospettata dagli autori prima citati, specie in vigenza di un art. 2909 cod. civ., il quale, chiaramente, è ancorato alle impostazioni tradizionali, non occorre qui esaminare; come, peraltro, non si deve qui neppure abbozzare una approfondita analisi degli interessantissimi e assai delicati temi che incidono sulla materia. Infatti, per quel che interessa lo svolgimento del presente lavoro, il problema del giudicato va esaminato sotto un profilo ben precisato e assai limitato: si tratta di vedere, cioè, se i lineamenti che vengono attribuiti ad esso, possano rivelarsi incompatibili con quelli che si sono tratteggiati per la pregiudiziale, secondo quei collegamenti tra pregiudiziale e limiti obbiettivi della cosa giudicata che si sono precedentemente esposti.

Sotto questo profilo, allora, è sufficiente basare il ragionamento su quella impostazione del problema del giudicato, la quale permetta la massima estensione possibile a tali limiti obbiettivi, i quali vengano così portati a diretto contatto con l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudiziale; ove anche in questo caso tale ambito di manifestazione non fosse intaccato, la tesi al riguardo qui sostenuta non potrebbe essere in nessun caso attaccata sulla base della teoria del giudicato, giacchè anche se l'impostazione accolta non si rivelasse esatta,

⁽¹⁷⁴⁾ Vedi *supra*, pag. 25 ss., le tesi in questo senso di MENESTRINA e CALAMANDREI.

⁽¹⁷⁵⁾ Per l'impostazione di questa alternativa, v.: FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 147, 148.

qualsiasi altra impostazione dovrebbe presentare ancora meno di essa dei punti di frizione con quanto qui affermato.

Si è già accennato come in questo lavoro si esamini il fenomeno delle pregiudizialità anzitutto sotto un profilo meramente logico, quale è quello che risulta da un collegamento di essa con l'*iter* percorso dal giudice per arrivare alla decisione della lite sottoposta al suo esame; per tale ragione, sembra che l'impostazione del problema del giudicato la quale possa spingere i limiti obbiettivi di esso più a contatto dell'ambito di manifestazione della pregiudiziale precedentemente delineato, sia quella che riconnette il giudicato stesso ad un elemento intellettuale che sarebbe da rinvenire nella sentenza; ossia, l'impostazione del giudicato come efficacia attribuibile all'accertamento giudiziale.

Questa impostazione, del resto, non è di per sé incompatibile con l'orientamento ancora oggi dominante, malgrado l'affermazione di tesi estreme, per quel che riguarda la natura della sentenza: quell'orientamento, cioè, che ravvisa nell'atto mediante il quale tipicamente si esplica la funzione giurisdizionale una duplicità di elementi: l'accertamento, e il comando avente un contenuto corrispondente ⁽¹⁷⁶⁾; anche volendo attribuire allo stesso comando il carattere di immutabilità, ciò non escluderebbe che si possano lasciare salve le costruzioni tradizionali della cosa giudicata, riferendole al solo accertamento della situazione giuridica sostanziale; e ciò, anche se si volesse attribuire a tale accertamento il solo valore di verifica dei presupposti dell'elemento volitivo ⁽¹⁷⁷⁾.

Ad ogni modo, impostando per le ragioni prima indicate il problema del giudicato sulla base di un suo collegamento con l'accertamento, l'aspetto di tale problema che acquista qui ri-

⁽¹⁷⁶⁾ Vedi in questo senso la tesi di CALAMANDREI, riportata *supra*, pag. 25.

⁽¹⁷⁷⁾ Per l'attribuzione di questo valore all'accertamento compiuto dal giudice, v.: FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria*, cit., pag. 147.

levanza può essere così indicato: si tratta di vedere se passi in giudicato solo l'accertamento della situazione giuridica sostanziale che costituisce la *causa petendi*, oppure se il giudicato stesso si estenda anche agli accertamenti dei fatti costitutivi di tale *causa petendi*; quegli accertamenti, cioè, che in base alla definizione precedentemente delineata di pregiudiziale, dovrebbero avere, appunto, carattere meramente pregiudiziale, e, quindi, non passare allora in giudicato.

La questione è anche assai spesso trattata sulla base di termini i quali sono formalmente diversi e, forse, anche tecnicamente meno esatti: si discute, cioè, frequentemente, se passi in giudicato il solo dispositivo della sentenza, oppure anche la motivazione di essa; s'intende, che in tanto questa impostazione della questione che qui interessa può armonizzarsi con quella più generale impostazione della natura del giudicato sulla cui base è condotto il ragionamento, in quanto si ritenga che il dispositivo della sentenza abbia per contenuto non solo l'elemento imperativo, ma anche l'accertamento della situazione giuridica sostanziale che costituisce la *causa petendi*.

Ad ogni modo, da qualunque di queste due impostazioni si voglia partire, la conclusione non è modificata; ossia, in ambedue le ipotesi la dottrina, in modo attualmente unanime, è orientata verso la soluzione più restrittiva, e cioè tendente a limitare il giudicato al solo accertamento della situazione giuridica, e non dei fatti da cui essa ha origine; oppure, se si vuole, al solo dispositivo della sentenza. Tale orientamento trova una perfetta rispondenza in quelle non rare affermazioni, precedentemente riportate, secondo le quali i limiti oggettivi della cosa giudicata sarebbero determinati dal contenuto dell'oggetto del giudizio.

L'asserzione della attuale unanimità della dottrina in questo senso può destare qualche sorpresa, ove si ricordi che, invece, l'opinione opposta, quella della c.d. estensione del giudicato anche ai motivi, era stata sostenuta addirittura da SAVIGNY⁽¹⁷⁸⁾

⁽¹⁷⁸⁾ *Sistema del diritto romano attuale*, cit., vol. VI, pag. 379 ss.

e ripresa dal MORTARA⁽¹⁷⁹⁾; ma, in realtà, questa posizione rimase pressochè isolata, e la dottrina si orientò tutta nella direzione opposta. In Germania, la nettissima tendenza alla limitazione del giudicato al solo dispositivo⁽¹⁸⁰⁾, trova un esplicito appiglio testuale nella formulazione del § 322 I ZPO⁽¹⁸¹⁾; ma, pur in assenza di un disposto legislativo del genere, la dottrina italiana non è meno compatta nello stesso senso⁽¹⁸²⁾. Naturalmente, corollario della limitazione del giudicato al solo dispositivo della sentenza, è che non passano in giudicato gli accertamenti dei fatti, sui quali la sentenza stessa si basa⁽¹⁸³⁾.

In conclusione, i lineamenti che si sono attribuiti all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità trovano pieno ed esatto riscontro nell'orientamento dell'unanime dottrina nei confronti del problema dei limiti obbiettivi del giudicato: infatti, nessuno di quegli accertamenti che si sono qualificati come meramente pregiudiziali sono ricompresi in questi limiti, secondo la ricca letteratura cui si è accennato. D'altra parte, che tutti gli accertamenti i quali non passino in giudicato, debbano essere fatti rientrare nell'ambito della pregiudizialità, lo si può facilmente dedurre dalla contrapposizione di questa all'oggetto del giudizio, e della correlazione dell'oggetto del giudizio col giudicato.

⁽¹⁷⁹⁾ *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, s. a., vol. IV, pag. 71 ss., e specialmente la nota 1 a pag. 72.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. in questo senso: NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 416; LENT, *Zivilprozessrecht*, cit., pag. 170, 171; STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *Kommentar*, cit., § 322, V, 1; ROSENBERG, *Lehrbuch*, cit., pag. 718 ss.; BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozessordnung*, cit., pag. 606, 607.

⁽¹⁸¹⁾ « Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist ».

⁽¹⁸²⁾ CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 1153 ss.; SEGNI, *La tutela giurisdizionale*, cit., pag. 346; MICHELI, *La tutela giurisdizionale*, cit., pag. 903; HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., pag. 202 ss.; CAPPELLETTI, *La sentenza condizionale della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 95; per la dottrina francese, v., nello stesso senso: MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, 2^a ed., Paris 1949, pag. 450.

⁽¹⁸³⁾ SEGNI, *La tutela giurisdizionale*, cit., pag. 348; CAPPELLETTI, LENT, NIKISCH, *opp. locc. ultt. citt.*

Ma mentre in dottrina possiamo trovare tale conferma delle tesi qui sostenute, questo non è possibile nei confronti della giurisprudenza, la quale si discosta nettamente dalla dottrina stessa; la giurisprudenza, infatti, forse per influsso dell'insegnamento di MORTARA, afferma che il giudicato copre non solo il dispositivo della sentenza, ma anche quella parte della motivazione che ne forma il logico presupposto ⁽¹⁸⁴⁾ e, in particolare, l'accertamento dei fatti posti dal giudice a base della sua decisione ⁽¹⁸⁵⁾; non passerebbero in giudicato solo quelle affermazioni avanzate nella motivazione a solo scopo espositivo, senza che, peraltro, costituiscano dei necessari passaggi dell'*iter* logico che ha portato alla decisione finale ⁽¹⁸⁶⁾. Nè, del resto, le rare sentenze le quali limitano il giudicato al solo dispositivo ⁽¹⁸⁷⁾ possono

⁽¹⁸⁴⁾ Per l'analisi di questa tendenza giurisprudenziale, e per l'accenno alla influenza che su di essa ha avuto la posizione di MORTARA, cfr. SEGNI, *La tutela giurisdizionale*, etc., cit., pag. 347; HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., pag. 204 ss.; v. anche, *ivi*, la critica a tale orientamento, il quale, peraltro, è stato ribadito successivamente da un folto gruppo di decisioni; cfr. fra le altre: Cass. 13 aprile 1955, n. 1024, in *Giust. civ.*, 1955, 1309; App. Genova, 21 marzo 1953, in *Temi gen.*, 1953, 162; Cass. 9 agosto 1952, n. 2627, in *Rep. Foro it.*, voce: *Cosa giudicata civile*, n. 42; App. Napoli, 22 febbraio 1952, *ivi*, n. 46; Trib. Bologna, 13 dicembre 1951, *Temi*, 1952, 48; Cass. 18 febbraio 1956, n. 471, in *Mass. Foro it.*, 1956, n. 86; Cass. 21 gennaio 1956, n. 193, *ivi*, n. 36; cfr. anche: Cass. 4 luglio 1956, n. 2417, *ivi*, n. 447.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. tra le altre: Cass., 28 maggio 1952, n. 1511, in *Rep. Foro it.*, voce: *Cosa giudicata civile*, nn. 50, 51, la quale afferma che in una sentenza di condanna passa in giudicato anche l'accertamento della esistenza e della validità del titolo dal quale l'attore ha fatto derivare la sua pretesa; Cass., 30 settembre 1954, n. 3167, in *Giust. civ.*, 1955, 1309, annotata da CHIETTA, *Cosa giudicata ed accertamento dei fatti*, la quale afferma che la cosa giudicata copre anche l'accertamento dei fatti sui quali la pronuncia è basata.

⁽¹⁸⁶⁾ Per questa esplicita limitazione al contenuto del giudicato, v., tra le altre: Cass. 28 maggio 1952, n. 1518, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce: *Cosa giudicata civile*, n. 49; Cass. 30 giugno 1955, n. 2008, *ivi*, n. 22; App. Firenze 16 giugno 1955, *Giur. tosc.*, 1955, 506; cfr. anche: Cass., 13 aprile 1955, n. 1024, in *Giust. civ.*, 1955, 1309; App. Firenze 27 febbraio 1954, in *Giur. tosc.*, 1954, 128.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr., per la notevole precisione di principi, Cass., 12 giugno 1952, n. 1690, in *Foro it.*, 1953, I, 353; da notare, però, che è difficile valutare il valore delle affermazioni *ivi* contenute, per la particolarità della fattispecie decisa. Il caso era infatti il seguente: un coniuge promuove azione di separazione personale per colpa dell'altro coniuge, basandola su un determinato fatto (assenza), e ottiene

seriamente infirmare la compattezza della tendenza giurisprudenziale.

Contro questa tendenza, su un piano strettamente dogmatico, non si saprebbe aggiungere nulla a quanto precedentemente detto sulla necessità della correlazione tra giudicato e oggetto del giudizio e, ad ogni modo, su quelli che sembrano essere i lineamenti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità.

Solo, si può qui notare come la tendenza giurisprudenziale, contraria all'orientamento dottrinale, cui, forse, potrebbe farsi colpa di una eccessiva sensibilità ad esigenze di inquadramento dogmatico della delicata materia, tale tendenza, dunque, non possa trovare giustificazione neppure su quel terreno di considerazioni pratiche di cui necessariamente la giurisprudenza deve tenere un conto maggiore.

Infatti, come magistralmente già notava il MENESTRINA ⁽¹⁸⁸⁾,

una sentenza favorevole che passa in giudicato; successivamente, lo stesso coniuge promuove un procedimento per ottenere la dichiarazione di morte presunta dell'assente, basandola sugli stessi fatti sui quali egli aveva ottenuto la prima sentenza; la Cassazione ha affermato che « il bene protetto dal giudicato (sostanziale) della sentenza di separazione personale tra il B. e la F. è il diritto alla situazione giuridica di separazione personale per colpa della moglie »: rimarrebbe al di fuori del giudicato l'accertamento dei fatti; di conseguenza, non vi è nessuna preclusione ad un loro nuovo apprezzamento, magari diverso, nel successivo giudizio. A parte il solito collegamento tra oggetto del giudicato e un « bene », dovuto all'insegnamento del CHIOVENDA, cui si è già accennato, è esatta la limitazione della cosa giudicata al solo accertamento della situazione giuridica sostanziale, ma, certo, il valore della affermazione in tal senso contenuta nella sentenza è relativo, stante le particolarità del procedimento per la dichiarazione di morte presunta. Nel senso restrittivo v. anche: Cass. 17 giugno 1957, n. 2299, in *Giur. it.*, 1958, I, 1467, e 4 maggio 1957, n. 1497, *ivi*, 503, la quale sembra costituire un sintomo di un mutamento di orientamento.

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. le seguenti parole di MENESTRINA: « Versa dunque in errore colui il quale, considerando la sentenza, non vi scopre che un processo logico del giudice il quale semina la regudicata su tutti i diritti per cui passa; chi potrebbe tranquillamente avviare un processo, quando sapesse che il giudice, punto tenuto, come vedemmo, ad adottare immutato il ragionamento dell'attore o del convenuto, e parzialmente libero nella scelta della via che gli dà l'affermazione o la negazione della domanda propositagli, dichiarasse in modo definitivo i rapporti giuridici che di questa via sono le tappe naturali? » (*La pregiudiziale*, cit., pag. 116).

costituirebbe un grave impaccio per le parti, l'attribuzione della forza di giudicato alla decisione di tutti quei punti, sui quali viene sollevata una contestazione al solo fine di risolvere la lite insorta tra di loro; così, poniamo, se la decisione di una causa di scarso valore economico presuppone la soluzione della contestazione su un punto di importanza ben più rilevante, le parti non potrebbero limitarsi a discutere la piccola controversia, perchè verrebbe nello stesso tempo risolta anche la grande.

S'intende, che la tesi sui limiti obbiettivi del giudicato, alla quale qui si aderisce, comporta, come necessario riflesso, l'inaccettabilità di quella teoria c. d. del giudicato implicito, così cara alla giurisprudenza, anche amministrativa⁽¹⁸⁹⁾, e del correlativo principio secondo cui il giudicato coprirebbe il dedotto e il deducibile: al contrario, come afferma decisamente la dottrina⁽¹⁹⁰⁾, il giudicato non copre affatto quegli accertamenti che costituiscono il logico presupposto della sentenza, ma è limitato alla sola decisione della lite insorta tra le parti.

S'intende che, sulla base delle considerazioni fin qui svolte, si deve ammettere la possibilità che in due giudizi diversi vengano emesse sentenze le quali, anche se non si pongono tra di loro in diretto contrasto, appaiono come conseguenze di premesse tra di loro contraddittorie. Ciò può accadere soprattutto quando da un unico fatto giuridico discendano due diverse situazioni giuridiche sostanziali, le quali possono benissimo costituire oggetti di due autonomi giudizi.

Per chiarire questa ipotesi, si può portare il seguente esem-

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. le sentenze citate in ROMANO (Alberto), *In tema di rapporti tra questioni meramente processuali e oggetto del giudizio*, cit., in *Foro amm.*, 1957, II, 1, 342, nota 43.

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. soprattutto SEGNI, *La tutela giurisdizionale*, cit., pag. 348, il quale afferma come quell'art. 34 cod. proc. civ., sul quale abbiamo basato la costruzione della nozione di questione pregiudiziale, rende inaccettabile la teoria del giudicato implicito; ma già sotto il vecchio codice, a questa teoria aveva sferrato una assai vivace critica ALLORIO (*Critica alla teoria del giudicato implicito*, ripubblicato in: *Problemi di diritto*, cit., II, pag. 215 ss.).

pio: poniamo che Tizio subisca dei danni alla sua persona, e a cose di sua proprietà, in seguito ad incidente automobilistico; egli, allora, si fa attore in giudizio, chiedendo, anzitutto, il risarcimento del solo danno riportato dalle proprie cose; il convenuto si difende, affermando la mancanza di colpa, e tentando di dare a tal fine la prova liberatoria ai sensi dell'art. 2054 cod. civ.; il giudice ritiene non raggiunta questa prova, e condanna, accogliendo la richiesta dell'attore sulla base dell'affermazione della colpa di Caio. Successivamente al passaggio in giudicato della sentenza relativa, Tizio inizia un nuovo giudizio, stavolta chiedendo il risarcimento dei danni patiti dalla sua persona, e manifestatisi, magari, successivamente alla definizione del primo giudizio; Caio deduce nuovamente la prova liberatoria predetta. Poichè il primo giudicato copre solo l'accertamento del diritto al risarcimento dei danni materiali di Tizio, e non l'accertamento dei fatti da cui questo diritto scaturisce, ne consegue che nel secondo giudizio non vi è nessuna preclusione alla riproposizione dell'eccezione già respinta dal primo giudice; e, perciò, può darsi benissimo, che il secondo giudice, apprezzando tale prova in modo differente, la ritenga sufficiente, ed assolva il convenuto, affermando la mancanza della sua colpa.

Ci troviamo allora in presenza di due giudicati, i quali non si pongono reciprocamente in diretta contraddizione, giacchè l'uno afferma l'esistenza del diritto A, e l'altro quella del diritto B; malgrado ciò, è evidente la inconciliabilità delle premesse da cui essi partono, giacchè mentre il primo giudicato presuppone la colpa del convenuto, il secondo, invece, la esclude.

Che si possa verificare una ipotesi del genere, costituisce, lo ripetiamo, la ineliminabile conseguenza della limitazione del giudicato al solo accertamento della situazione giuridica sostanziale che determina il contenuto del provvedimento decisorio di merito, e non ricomprendendovi i suoi fatti costitutivi; si deve, però, tenere accuratamente distinta questa ipotesi da quella del contrasto di giudicati vero e proprio, che si ha quando i due di-

spositivi stessi fossero in contrasto, e non solo le premesse sulle quali essi sono basati; ossia, riprendendo l'esempio precedentemente proposto, quando la seconda sentenza avesse negato l'esistenza del diritto al risarcimento dei danni materiali già accertata dalla prima.

In dottrina è ben conosciuta la distinzione tra contrasto in senso proprio di giudicati, e contrasto delle premesse da cui muovono giudicati di per sè non inconciliabili; questa distinzione è stata delineata, appunto, in relazione a quella limitazione del giudicato che la dottrina stessa sostiene; e in base a tale distinzione, si è confermata la validità della limitazione in parola, mediante l'affermazione per cui il legislatore ha inteso evitare la sola ipotesi più grave, che porterebbe alla contraddizione tra due comandi giurisdizionali, e non anche l'ipotesi meno grave, in cui il contrasto è limitabile al solo piano logico ⁽¹⁹¹⁾.

17. Sulla base delle considerazioni che precedono, si può adesso delineare in tutta la sua portata la seconda distinzione che è possibile operare, nell'ambito delle forme di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, seguendo la nota tripartizione del MENESTRINA, prima ricordata ⁽¹⁹²⁾: la distinzione tra questione pregiudiziale e causa pregiudiziale.

L'elemento comune sia all'una come all'altra di tali forme risiede nell'identità della connessione con cui la soluzione della questione e della causa si pongono nei confronti dell'accertamento che costituisce l'oggetto del giudizio: tali soluzioni, infatti, riguardano in ambedue i casi i presupposti, mediati o immediati, di tale accertamento. Volendo esprimere lo stesso concetto, sulla base dei termini in cui è scomponibile l'iter logico attraverso il quale il giudice perviene alla decisione finale, si deve dire che tanto la soluzione della questione pregiudiziale, quanto la soluzione della causa avente lo stesso carattere, costi-

⁽¹⁹¹⁾ Vedi, per tutti: MICHELI, *La tutela giurisdizionale*, cit., pag. 903.

⁽¹⁹²⁾ Cfr., *supra*, pag. 37 ss.

tuiscono o una delle premesse del sillogismo ultimo, la cui decisione è appunto la decisione finale, oppure una delle premesse di un sillogismo che costituisce un logico antecedente di esso.

La distinzione tra questione pregiudiziale e causa pregiudiziale va ricercata su un piano strettamente giuridico; più precisamente, la soluzione dell'una e la soluzione dell'altra sono raggiunte con mezzi processuali diversi, e perciò il giurista deve esaminare la differente disciplina positiva dell'una e dell'altra ipotesi. Per tale ragione, la distinzione in parola si differenzia da quella tra punto pregiudiziale, da un lato, e questione e causa pregiudiziale, dall'altro, la quale, come si è detto, si svolge anzitutto su un piano meramente logico ⁽¹⁹³⁾.

Il carattere essenziale della distinzione è già stato individuato fin dal MENESTRINA ⁽¹⁹⁴⁾, e da allora in poi è rimasto assolutamente indiscusso: si ha causa pregiudiziale, quando una contestazione tra le parti su un punto che rileva per l'accertamento sull'oggetto del giudizio, invece di essere decisa incidenter tantum, al solo fine, cioè, di decidere la questione c. d. principale, viene, a sua volta, decisa principaliter, in un diverso processo; la decisione della causa pregiudiziale si immetterà poi nel processo avente per oggetto la c. d. questione pregiudiziale, svolgendo in esso la stessa funzione della decisione di una questione pregiudiziale, secondo lo schema che si è detto.

Volendo esprimere lo stesso concetto in base all'impostazione che si è sin qui seguita, si deve dire che, mentre la questione pregiudiziale costituisce un mero antecedente logico rispetto all'accertamento in cui si risolve l'oggetto del giudizio, la causa pregiudiziale, pur conservando rispetto a tale oggetto la stessa funzione, si pone, per altro verso, come oggetto di autonomo giudizio. Quel nesso di pregiudizialità, il quale, manifestandosi nelle forme del punto e della questione pregiudiziale, si risolvesse nell'ambito di un solo processo, nella forma della

⁽¹⁹³⁾ Cfr., *supra*, pag. 39.

⁽¹⁹⁴⁾ *La pregiudiziale*, cit., pag. 133 ss.

causa pregiudiziale si traduce in un collegamento che involge distinti processi.

Dalle considerazioni che precedono, emerge il carattere essenzialmente relativo della distinzione tra questione e causa pregiudiziale: infatti, la questione pregiudiziale può trasformarsi in causa pregiudiziale, quando una mera contestazione tra le parti diventa una vera e propria « lite »; e, d'altra parte, un accertamento che concerne un determinato oggetto del giudizio può porsi come un antecedente logico, rispetto ad altro accertamento, che a sua volta concerne l'oggetto di un giudizio successivamente promosso.

S'intende, però, che la possibilità di trasformazione di una questione pregiudiziale in causa pregiudiziale è tutt'altro che illimitata: perchè essa possa avvenire è necessario anzitutto che l'oggetto della questione presenti un requisito assolutamente indispensabile: e, cioè, che esso possa costituire oggetto di un autonomo giudizio.

Si è già accennato alla impossibilità di una esauriente analisi nel corso del presente lavoro del delicatissimo problema relativo all'individuazione di quelle situazioni giuridiche, le quali possano costituire oggetto di un autonomo accertamento giudiziale; si sono solo enumerate alcune di queste situazioni giuridiche: il diritto soggettivo, il potere, lo *status*, l'esistenza e la validità di un atto, etc., senza però avere la minima pretesa di completezza. Ma si è fatta una decisa affermazione, peraltro certo non nuova, che merita di essere qui ripetuta; e, cioè, che solo una situazione giuridica può costituire un oggetto del giudizio nel processo civile, e mai elementi di puro fatto; ciò vale, anche per quei fatti da cui eventualmente tale situazione derivasse.

Segue da ciò che una questione meramente pregiudiziale, la quale ha per oggetto l'accertamento di un fatto, non può in nessun caso trasformarsi in causa pregiudiziale; questa trasformazione è possibile solo quando l'oggetto della questione mera-

mente pregiudiziale è costituito dall'accertamento di una di quelle situazioni giuridiche che possono determinare il contenuto del provvedimento decisorio, nel senso prima chiarito di questa espressione.

Può perciò delinearci la nozione di causa pregiudiziale, nei limiti in cui l'accertamento di una di quelle situazioni giuridiche anzidette può porsi come un antecedente logico dell'accertamento di un'altra situazione giuridica della stessa natura; quando ciò possa avvenire, non può in questa sede essere precisato, e questo rappresenta la ineliminabile conseguenza della indeterminatezza in cui si è lasciata la categoria delle situazioni giuridiche che possono costituire un autonomo oggetto del giudizio.

Comunque, in base alla enumerazione prima compiuta, si possono indicare alcune ipotesi corrispondenti, di una connessione del genere; questa antecedenza logica, infatti, può manifestarsi quando una situazione giuridica soggettiva trova in una diversa situazione giuridica il suo presupposto: per esempio, un diritto soggettivo nei confronti di uno *status*; oppure, quando una situazione è costituita mediante l'esercizio di un'altra: per esempio, un diritto soggettivo nei confronti di un potere. Si deve, ad ogni modo, tener conto anche di quel nesso di pregiudizialità il quale collega entità giuridiche, le quali non si trovano altrimenti in relazione reciproca sul piano sostanziale: ma di ciò si dirà più in dettaglio nel paragrafo seguente.

Ad ogni modo, è evidente che la trasformazione di una questione pregiudiziale in una causa pregiudiziale comporta tutta una serie di conseguenze che devono essere indicate; più precisamente, tali conseguenze riguardano ambedue i profili sotto i quali, come si è detto, il fenomeno della pregiudizialità acquista rilevanza: i limiti obbiettivi della cosa giudicata, e la determinazione dell'organo giurisdizionale competente a decidere, rispettivamente, la questione oppure la causa.

Per quel che riguarda il primo di questi profili, è ovvia la

considerazione per cui quell'accertamento il quale, come meramente pregiudiziale, rimane al di fuori dei limiti oggettivi della cosa giudicata, se è valutato come autonomo oggetto del giudizio, deve necessariamente rientrare in tali limiti. Si delinea anche qui la relatività dei limiti obbiettivi del giudicato, la quale, peraltro, non è evidentemente che un mero riflesso della relatività della distinzione stessa tra questione e causa pregiudiziale.

S'intende che la ricomprensione nel giudicato di un accertamento che per altro verso è meramente pregiudiziale, in contra gli stessi limiti della possibilità di trasformazione in una causa di una questione pregiudiziale: è, in ogni caso, necessario, cioè, che tale accertamento verta su un oggetto che sia idoneo ad essere accertato in via autonoma dal giudice. Perciò, di quegli accertamenti i quali, in un dato giudizio, non passano in giudicato, perchè pregiudiziali, possono passare in giudicato in diverso giudizio, perchè ne costituiscono l'oggetto, solo quelli che concernono quelle date situazioni giuridiche di cui precedentemente si è fatto cenno; vi è perciò una categoria, che è, anzi, la più ampia, di accertamenti compiuti dal giudice, i quali sono strutturalmente inidonei a passare in giudicato: tra di questi, particolare menzione va fatta degli accertamenti sugli elementi di fatto.

S'intende che questa conclusione vale solo nel processo civile, e non vale per processi di altro tipo, il cui oggetto del giudizio non sia costituito, in tutto o in parte, da situazioni giuridiche, ma al contrario ricomprenda anche dei fatti: si intende qui alludere specialmente al processo penale, la cui dottrina peraltro è assai divisa nella determinazione del suo oggetto⁽¹⁹⁵⁾; se si accogliesse la tesi per cui nel processo penale

(195) Si deve rilevare anzitutto come nella dottrina del processo penale si siano manifestate delle opinioni estreme, tendenti a negare l'esistenza di un oggetto corrispondente: così, per esempio, FOSCHINI afferma che nel processo penale non si potrebbe parlare di un oggetto, «...perchè questo è correlativo ad un soggetto, e tale non è certamente il processo rispetto alla *res iudicanda*» (*Sistema del diritto processuale penale*, Milano 1956, vol. I, pag. 27); e SANSÒ nota che «... il

l'oggetto del giudizio comprende esclusivamente, o almeno in parte, anche i «fatti», si potrebbe spiegare sulla base del meccanismo della cosa giudicata il particolare vincolo che lega il giudice civile o amministrativo agli accertamenti compiuti al riguardo dal giudice penale⁽¹⁹⁶⁾; altrimenti, bisognerebbe ricorrere ad altri schemi, quale quello della preclusione; la questione, comunque, può essere in questa sede tralasciata.

La seconda conseguenza che comporta la trasformazione di una questione pregiudiziale in una causa pregiudiziale è l'acquisto di rilevanza di essa ai fini della determinazione della competenza dell'organo giurisdizionale: si è già accennato, infatti, che la competenza appunto è individuata sulla base dell'oggetto del giudizio. Questo fenomeno è regolato in modo puntualmente corrispondente dall'art. 34 cod. proc. civ., il quale dispone che se la causa pregiudiziale eccede la competenza del giudice investito della causa pregiudicata, egli non può decidere della prima, ma deve rimettere anche la seconda al giudice competente a conoscere della pregiudiziale: quel che qui interessa rilevare, è lo spostamento di competenza della sola pregiudiziale,

processo non ha alcuno oggetto, perchè il procedere è un comportamento che, come il dormire, il camminare, non cade direttamente su qualcosa, ma resta nel soggetto stesso che lo compie...» (*La correlazione tra imputazione contestata e sentenza*, Milano 1953, pag. 27); pare che queste affermazioni le quali, peraltro, trascendono il solo processo penale, pecchino di un eccessivo rigorismo logico: l'espressione «oggetto del processo» si deve intendere come sinonimo dell'altra espressione, sicuramente più tecnica, di oggetto del giudizio. E l'esigenza di delineare l'oggetto dell'accertamento giudiziale è stata avvertita anche dai processualisti penali, i quali collegano tale oggetto con i fatti imputati e contestati (SANSÒ, *op. loc. cit.*), ma più spesso con situazioni giuridiche: così, per esempio, BETTIOL, che parla del diritto soggettivo di punire che spetterebbe allo Stato (*Diritto penale*, 3ª ed., Palermo 1955, pag. 137; ma v. anche: *La correlazione tra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano 1936, pag. 18, dove si trova l'affermazione secondo cui l'oggetto del processo penale sarebbe costituito dai fatti da cui sorge la pretesa punitiva statale); più di recente, LEONE ha affermato che oggetto del processo penale è «... il conflitto tra il diritto soggettivo statale di punire e il diritto di libertà del cittadino» (*Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli 1956, pagina 80); infine, ALLORIO ha sostenuto che l'oggetto del processo penale è costituito dal dovere del giudice di punire (*L'ordinamento giuridico*, etc., cit., pag. 118).

(196) Cfr. artt. 25 ss. cod. proc. pen.

la quale è dovuta alla disciplina del fenomeno cui è dedicato il presente lavoro, più che lo spostamento anche della pregiudicata, la quale consegue per ragioni di connessione tra cause.

Precisata così la distinzione tra questione e causa pregiudiziale, e indicati i limiti generici della corrispondente trasformabilità della prima nella seconda, e le sue conseguenze, si devono adesso svolgere alcune considerazioni sui concreti presupposti cui tale trasformazione è legata.

L'art. 34 cod. proc. civ. prevede, al riguardo, due distinte ipotesi: la volontà della legge e la domanda delle parti.

Nella prima ipotesi, la trasformazione della questione in causa pregiudiziale discende automaticamente dalla individuazione di una disposizione di legge, la quale vieti che un dato accertamento venga compiuto solo *incidenter tantum*, e imponga in proposito un autonomo oggetto del giudizio.

Uno degli esempi meno confutabili che al riguardo vengono portati è costituito dall'accertamento della validità del precedente matrimonio nel giudizio conseguente all'impugnazione per bigamia del matrimonio successivo (art. 124 cod. civ.)⁽¹⁹⁷⁾.

Parlando degli accertamenti i quali, per legge, devono essere compiuti mediante un autonomo giudizio, è d'obbligo il richiamo alla querela di falso.

I caratteri generici dell'istituto sono ben noti: quando si impugna per falsità un atto pubblico e, talvolta, anche una scrittura privata⁽¹⁹⁸⁾, l'accertamento relativo può avvenire solo mediante uno speciale procedimento di competenza del tribunale⁽¹⁹⁹⁾, e che si conclude con una sentenza di controversa natura⁽²⁰⁰⁾.

⁽¹⁹⁷⁾ Vedi per questo, e per altri esempi, ANDRIOLI, *Commento*, cit., I, pag. 113.

⁽¹⁹⁸⁾ Sulla possibilità di impugnazione mediante querela di falso di una scrittura privata v. per tutti: ANDRIOLI, *Commento*, cit., II, pag. 154.

⁽¹⁹⁹⁾ Art. 9 cod. proc. civ.

⁽²⁰⁰⁾ Mentre generalmente si ritiene che la sentenza con la quale viene decisa la querela di falso abbia natura di mero accertamento, di recente da AT-

Tale impugnazione può essere proposta in due modi, secondo che essa avvenga in via principale, oppure nel corso di una causa, per la cui decisione la falsità o l'autenticità del documento di cui si tratta costituisca un elemento rilevante⁽²⁰¹⁾. Il collegamento tra la querela di falso e gli accertamenti di cui all'art. 34 potrebbe avvenire, giacchè, si afferma, anche nel caso in cui la querela di falso sia proposta incidentalmente, essa deve essere decisa in autonomo giudizio, esattamente come se la proposizione di essa fosse compiuta in via principale; con la conseguenza che in ambedue le ipotesi la sentenza acquista forza di giudicato *erga omnes*⁽²⁰²⁾.

Parrebbe, perciò, che la querela di falso costituisca un tipico caso di questione pregiudiziale, la cui trasformazione in causa è obbligatoria per legge⁽²⁰³⁾; ma ciò è discusso in dottrina, in quanto si contesta che si possa parlare di vero carattere pregiudiziale del nesso che unisce la decisione della querela di falso alla decisione della causa pregiudicata; la soluzione del problema discende, naturalmente, da quella nozione di nesso di pregiudizialità che può essere delineata su un piano strettamente

TARDI e da DENTI si è sostenuto che essa abbia, invece, carattere costitutivo; in difesa della tendenza tradizionale, v.: LIEBMAN, *L'oggetto del processo civile di falso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pag. 602 ss.; v. anche le citazioni degli scritti di ATTARDI e DENTI, ed altra bibliografia; posteriormente v.: DENTI, *Verificazione di scrittura e giudizio d'appello*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 113 ss.

⁽²⁰¹⁾ Vedi art. 221 cod. proc. civ.

⁽²⁰²⁾ È questo l'orientamento di gran lunga prevalente in dottrina; v. per tutti: CHIOVENDA, *Principi*, cit., pag. 850, 851; REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. II, pag. 215, 216, il quale critica la contraria opinione, manifestata da CARNELUTTI nella 1ª edizione delle sue *Istituzioni*; v. anche: COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino, s. a., pag. 283; in giurisprudenza, v., sempre nello stesso senso: Cass., 15 marzo 1943, nella motivazione, in *Foro it.*, 1943, I, 435; Cass., 9 giugno 1940, *Rep. Foro it.*, voce: *Falso civile*, n. 30; Cass. 9 giugno 1941, *ivi*, 1941, n. 21.

⁽²⁰³⁾ In questo senso, v. ANDRIOLI, *Commento*, cit., pag. 113; per la giurisprudenza, v., sempre in questo senso: Cass., 2 agosto 1941, *Rep. Foro it.*, 1941, voce: *Falso civile*, n. 16; 14 maggio 1943, *ivi*, 1943-45, n. 3; Trib. Aquila, 21 febbraio 1951, *ivi*, 1951, n. 27; App. Aquila, 18 ottobre 1951, *ivi*, n. 25; Cass. 19 gennaio 1954, n. 107, *ivi*, 1954, n. 10.

giuridico, e, per tale ragione, il tema sarà ripreso più ampiamente nel paragrafo successivo, ad essa dedicato.

Quanto al secondo presupposto previsto dalla legge per la trasformazione di una questione in una causa pregiudiziale, e cioè la domanda delle parti, parrebbe a prima vista che la norma, in proposito, sia di più facile applicazione che per quel che riguarda il primo presupposto già esaminato: nella seconda ipotesi, infatti, non si tratterebbe neppure di procedere ad una interpretazione di una disposizione legislativa, che imponga il carattere autonomo ad un dato accertamento, ma sarebbe solo sufficiente verificare l'esistenza di un atto di parte, sia pure con determinate caratteristiche di univocità ⁽²⁰⁴⁾.

Eppure, proprio in sede di individuazione di quelle questioni pregiudiziali, le quali possono essere trasformate in cause su domanda di parte, si sono manifestati in dottrina i più profondi dissensi, ed anzi, si sono delineate quelle tendenze revisionistiche della teoria tradizionale della pregiudiziale, tendenze di cui più volte si è fatto cenno ⁽²⁰⁵⁾.

In base ai lineamenti che si sono qui attribuiti al fenomeno della pregiudizialità, la soluzione del problema non darebbe luogo ad eccessive difficoltà: tutte le questioni pregiudiziali possono essere trasformate per la volontà delle parti in cause pregiudiziali, con l'unica limitazione, prima accennata, e cioè che il loro oggetto sia idoneo a costituire oggetto di un autonomo giudizio; ciò, appunto, può avvenire quando l'accertamento di una situazione giuridica avente tale carattere sia un antecedente logico rispetto all'accertamento di altra situazione giuridica, che già costituisca un altro autonomo giudizio.

⁽²⁰⁴⁾ Per le questioni relative a questo carattere di univocità, v.: ANDRIOLI, *Commento*, cit., pag. 114; la giurisprudenza si è consolidata nel senso che l'accertamento della volontà della parte costituisce apprezzamento di merito, insindacabile in Cassazione: Cass., 19 ottobre 1955, n. 3288, *Rep. Foro it.*, 1955, voce: *Procedimento civile*, n. 411.

⁽²⁰⁵⁾ Cfr. *supra*, pag. 15, nota 7.

Al riguardo, si può portare il seguente esempio: Tizio, venditore di un oggetto a rate a Cajo, agisce in giudizio per il pagamento di una singola rata; Cajo basa la propria difesa sulla invalidità del contratto: egli, perciò, può anzitutto far valere questa invalidità, al solo scopo di far respingere la domanda attrice, col rischio, s'intende, che anche se ottiene questo risultato, Tizio potrà tornare alla carica alla scadenza della rata successiva, con necessità di riproporre la stessa eccezione, e con la possibilità di vedersela respingere nel secondo giudizio; ma anche col vantaggio, che se Tizio ottiene la condanna al pagamento della prima rata, può vedersi sollevata la stessa eccezione nel giudizio per ottenere il pagamento di una rata successiva, facendosi magari respingere la sua domanda; questa è l'ovvia applicazione della possibilità di emissione di giudicati basati su premesse contraddittorie, già precedentemente esposta ⁽²⁰⁶⁾.

Ma poichè la validità di un contratto può costituire valido oggetto di un autonomo giudizio, per evitare questo fenomeno, tanto l'attore come il convenuto possono chiedere che il giudice accerti *principaliter* tale validità; ossia, essi possono trasformare in una causa pregiudiziale una semplice questione, applicando l'art. 34 cod. proc. civ. In tal modo, non si avrebbe più un solo oggetto del giudizio, costituito dal diritto del venditore al pagamento di una singola rata, ma, accanto a questo, se ne verrebbe a porre un altro, costituito dalla validità del contratto di compravendita; s'intende, che a tale duplicità di oggetti, corrisponderebbe una duplicità di processi, di condanna l'uno, di accertamento il secondo ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁶⁾ Cfr. *supra*, pagg. 167, 168.

⁽²⁰⁷⁾ È da notare che l'impostazione del problema che è accolta nel testo, è pienamente seguita da una serie di pronunce giurisprudenziali, le quali nettamente distinguono se la contestazione su un punto rilevante per la decisione della causa, è sollevata al solo fine di paralizzare la domanda dell'attore, oppure per ottenere un accertamento giudiziale sulla affermazione del convenuto: nella prima ipotesi, non vi è spostamento di competenza, neppure se tale contestazione, valutata come una lite vera e propria, appartenga alla competenza di un giudice di-

Non occorre qui soffermarci sul collegamento, peraltro evidente, tra la distinzione tra questione e causa pregiudiziale, da un lato, e la distinzione tra eccezione semplice e eccezione riconvenzionale, dall'altro⁽²⁰⁸⁾; preme solo osservare come la co-

verso da quello davanti al quale pende la causa pregiudicata, e, conseguentemente, la decisione di essa non passa in giudicato; nella seconda ipotesi, viceversa, vi è spostamento di competenza, e passaggio in giudicato; v. per tutte: Cass. 22 marzo 1955, n. 881, in *Rep. Foro it.*, 1955, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n. 377; Cass. 28 ottobre 1955, n. 3539, *ivi*, n. 375.

Tale distinzione, in particolare, è stata applicata nelle seguenti fattispecie: in una causa per rilascio di un immobile, il convenuto si era difeso eccependo la propria titolarità di un diritto reale, nei confronti dell'immobile stesso (Cass. 5 luglio 1952, n. 2033, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce: *Competenza e giurisdizione civile*, n. 192); in una causa per risarcimento dei danni derivanti dalla contraffazione di un marchio, il convenuto si è difeso, eccependo la decadenza del marchio stesso (Trib. Milano, 28 maggio 1954, in *Foro it.*, 1955, I, 124, che distingue in modo chiarissimo le due ipotesi sopra indicate).

La distinzione in esame è anche presupposta da una sentenza, la quale ha fatto la seguente applicazione dell'art. 34 cod. proc. civ.: in una causa per il rilascio di un immobile, il convenuto eccepisce il proprio diritto di ritenzione, avente base convenzionale, fino al pagamento, da parte dell'attore, delle spese sostenute per le riparazioni effettuate; il convenuto, però, non si contenta di sollevare tale contestazione in forma di questione pregiudiziale, ma chiede l'accertamento giudiziale del suo diritto, iniziando così, sostanzialmente, un nuovo giudizio, connesso col primo, e avente un diverso oggetto; il giudice ha accolto la domanda del convenuto (Cass., 20 ottobre 1955, n. 3358, in *Rep. Foro it.*, voce: *Competenza e giurisdizione civile*, n. 382).

È evidente che in tanto è possibile operare la distinzione tracciata, tra questione e causa pregiudiziale, in quanto si limiti l'efficacia del giudicato al solo accertamento vertente sull'oggetto del giudizio; se, viceversa, si estende il giudicato anche ai motivi, cioè agli accertamenti meramente pregiudiziali, è ovvio che la distinzione in parola viene cancellata, in quanto anche la decisione delle mere questioni pregiudiziali passerebbe in giudicato, al pari della decisione delle cause pregiudiziali; sotto questo profilo, le sentenze citate in questa nota si pongono in contraddizione con quell'orientamento giurisprudenziale, sopra ricordato, secondo cui il giudicato si estende alla motivazione.

⁽²⁰⁸⁾ La distinzione tra eccezioni semplici ed eccezioni riconvenzionali è dovuta, come è noto, al MORTARA (*Commentario*, etc., cit., vol. II, pag. 106 ss.); solo sulla base di tale distinzione, applicata dalla giurisprudenza, come si è accennato alla nota precedente, è possibile accogliere il principio per cui il giudice dell'azione è anche il giudice dell'eccezione (semplice); si può comprendere, perciò, come chi non tenga conto della distinzione stessa, non possa accettare il principio suddetto (v., in questo senso negativo: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pagina 97; per rilievi critici contro questo principio, che avrebbe validità solo per il

struzione proposta sia perfettamente conforme all'insegnamento di MENESTRINA e soprattutto di CHIOVENDA⁽²⁰⁹⁾.

All'orientamento tradizionale si oppone il recente insegnamento di SATTA. Si profila qui la conseguenza della tesi dell'illustre autore, della quale si è già detto, per cui l'accertamento dei fatti costitutivi della situazione giuridica fatta valere in giudizio appartarrebbe allo stesso oggetto del giudizio, e non avrebbe carattere meramente pregiudiziale in senso tecnico⁽²¹⁰⁾; sulla base di questa opinione, SATTA ha affermato che la teoria della pregiudiziale in senso logico « ... non può in alcun modo essere posta a fondamento di una teoria degli accertamenti incidentali »⁽²¹¹⁾.

I rilievi che a questa affermazione si potrebbero opporre possono essere sinteticamente così indicati: per quel che riguarda i limiti che sono da attribuire all'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità in senso meramente logico, si sono già espresse le ragioni per le quali la moderna tecnica processuale, basata sulla elaborazione della nozione di oggetto del giudizio, sembra riconfermare i risultati cui era già pervenuta in proposito la dottrina tradizionale. Per quel che riguarda, poi, i caratteri in base ai quali sarebbe possibile delineare una nozione di questione pregiudiziale in senso giuridico, più ristretta, rispetto all'ampio concetto anzidetto, il problema

diritto francese, v.: SATTA, *Nuove riflessioni*, etc., cit., in *Foro it.*, 1948, I, 65, 66); sulla portata di tale principio nel diritto francese v.: MOREL, *Traité élémentaire de procédure civile*, cit., pag. 234 ss.

⁽²⁰⁹⁾ *Principi*, etc., cit., pag. 1172 ss.; per una applicazione della distinzione al campo della pregiudiziale, v., di recente: D'ANGELO, *Appunti sull'accertamento incidentale*, in *Giur. it.*, 1954, I, 2, 439.

Il tema dell'accertamento incidentale con forza di giudicato, compiuto dal giudice, su domanda di parte, nei confronti di una questione pregiudiziale, è stato specificamente trattato da MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato*, il quale esamina il problema, valutando criticamente l'impostazione di CHIOVENDA (*Riv. dir. proc.*, 1951, I, 329 ss.).

⁽²¹⁰⁾ *Accertamenti incidentali*, etc., cit., in *Foro it.*, 1947, I, 29, 30.

⁽²¹¹⁾ *Nuove riflessioni*, etc., cit., 66.

sarà specificamente trattato nel paragrafo seguente; ma fin da ora si può notare come pregiudizialità logica e pregiudizialità giuridica presentino una stretta connessione, se non altro sotto questo profilo: che ogni questione pregiudiziale in senso giuridico lo è anche in senso logico.

Si è già accennato ⁽²¹²⁾ ai dubbi che suscita la tesi di SATTA, relativamente all'ampliamento del contenuto dell'oggetto del giudizio, sino a ricomprendervi tutto l'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, inteso su un piano meramente logico. Alle considerazioni allora svolte, si deve adesso aggiungere che in tal modo si viene a spezzare quel rapporto che pare debba delinarsi tra pregiudizialità logica e pregiudizialità giuridica, in quanto quest'ultima non potrebbe più costituire una *species* della prima, ma, anzi, ad essa si contrapporrebbe; con la conseguenza che in tal modo appare assai problematica, come lo stesso SATTA ammette ⁽²¹³⁾, l'individuazione di quelle che dovrebbero costituire le pregiudiziali in senso giuridico.

S'intende che non tutte le questioni pregiudiziali possono trasformarsi in cause pregiudiziali, e si è già detto quale è il limite fondamentale che è da porsi alla possibilità di una trasformazione siffatta; pare però che in base alla teoria della pregiudiziale, il limite suddetto sia il solo che questa trasformabilità incontri.

Con questo, non si vuole certo negare che la trasformazione di una questione pregiudiziale in causa pregiudiziale non possa, in concreto, trovare altri ostacoli; solo, questi ultimi sembrano discendere da altri principi di diritto processuale, estranei al tema qui trattato.

Per esempio, non si esclude che possano sorgere difficoltà all'applicazione dell'art. 34 cod. proc. civ., nelle ipotesi in cui, se la questione pregiudiziale fosse trasformata in causa, questa

⁽²¹²⁾ V. *supra*, pagg. 58, 59.

⁽²¹³⁾ V. da ultimo: *Diritto processuale*, cit., pagg. 35, 36.

dovrebbe svolgersi (anche) tra parti diverse da quelle tra le quali si discute la causa pregiudicata: ciò si verifica normalmente quando la causa pregiudiziale ha per oggetto un rapporto giuridico intercorrente tra soggetti diversi da quelli tra i quali corre il rapporto che è l'oggetto della causa pregiudicata.

Tale sfasamento dell'elemento soggettivo non costituisce però di per sé un ostacolo a ravvisare nella questione e nella causa in parola una questione e una causa pregiudiziale, anche in senso tecnico: è questa la tesi sostenuta esattamente anche di recente ⁽²¹⁴⁾, e che, peraltro, era stata affermata fin dal MENESTRINA ⁽²¹⁵⁾; senza contare, infine, che uno di quegli esempi prima ricordati di trasformazione di questione pregiudiziale in causa pregiudiziale per volontà di legge, comporta, appunto, questo fenomeno: nell'ipotesi in cui si impugni per bigamia un dato matrimonio, infatti, la causa avente per oggetto l'esistenza e la validità del matrimonio precedente evidentemente dovrà svolgersi in contraddittorio col primo coniuge del bigamo, il quale non è necessariamente parte del giudizio di impugnazione predetto.

Le difficoltà che possano derivare ad una integrale applicazione dell'art. 34, quando si produce quello sfasamento dell'elemento soggettivo che è in esame, deriverebbero, eventualmente, da principi diversi da quelli della pregiudiziale, e che vanno ricollegati all'esigenza di formare il contraddittorio tra i legittimi contraddittori, e alla disciplina dettata dal codice per il litisconsorzio necessario e per le chiamate in giudizio del terzo; e, sotto questo profilo, le ipotesi portate dal SATTA appaiono senz'altro assai delicate ⁽²¹⁶⁾ ⁽²¹⁷⁾. Si può però qui trala-

⁽²¹⁴⁾ CAPPELLETTI, *La pregiudizialità*, etc., cit., pag. 26 ss.

⁽²¹⁵⁾ *La pregiudiziale*, cit., pag. 173, nota 3, dove l'intervento principale *ad excludendum* è definito come « un'azione pregiudiziale ».

⁽²¹⁶⁾ *Accertamenti incidentali*, etc., cit., 29 ss.

⁽²¹⁷⁾ S'intende, che le difficoltà di cui ne ltesto, sorgono nel solo caso in cui la questione pregiudiziale, concernente il rapporto con terzi estranei al giudizio, viene trasformata in causa pregiudiziale; infatti, come afferma la giurispru-

sciare questo argomento, perchè da un lato, per le ragioni prima esposte, i risultati cui condurrebbe una sua analisi, non possono alterare i lineamenti che si sono attribuiti al fenomeno della pregiudizialità; e, dall'altro, tale argomento sembra avere una rilevanza assai scarsa nel processo amministrativo, cui specificamente è dedicato il presente lavoro.

Infine, un'ultima considerazione: l'applicabilità dell'art. 34 è stata fin qui esaminata da un punto di vista, il quale è senz'altro più ristretto di quello che occorre in realtà tener presente; infatti, quando si è parlato del limite della trasformabilità di una questione pregiudiziale in causa pregiudiziale, in relazione all'idoneità dell'oggetto della prima a costituire oggetto di un autonomo giudizio, il discorso è stato condotto in riferimento al solo processo civile. Si deve ricordare, però, che possono insorgere delle questioni pregiudiziali, che vertono su un oggetto il quale, accertato in via autonoma, ricadrebbe nella competenza dei giudici penali, o nella giurisdizione di giudici speciali. I lineamenti essenziali della trasformazione della questione in causa non vengono, per questo, mutati, per quel che riguarda i due profili fondamentali sotto i quali il fenomeno della pre-

denza, se tale questione può essere risolta senza che la relativa decisione acquisti forza di giudicato, la chiamata in giudizio del terzo non è, ovviamente, necessaria (Cass. 25 marzo 1954, n. 871, nella motivazione riportata in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 500, 501; Trib. Benevento, 6 marzo 1951, in *Dir. e giur.* 1952, 102); in base a tale principio è stata decisa la seguente fattispecie: il coniuge del binubo, beneficiario per testamento oltre i limiti stabiliti dall'art. 595 cod. civ., aliena il bene in tal modo ricevuto, che, peraltro, era rimasto nel possesso degli eredi; il terzo acquirente agisce in rivendica contro questi, i quali si difendono, eccependo la invalidità dell'alienazione per carenza del potere di disporre; la Cassazione ha deciso che se la contestazione sulla validità dell'atto, è sollevata al solo scopo di paralizzare la domanda attrice, senza che sia necessario decidere su di essa con forza di giudicato, non è necessaria la chiamata in causa del coniuge alienante (24 aprile 1954, n. 1254, in *Giur. it.*, 1954, I, 1, 992).

Dello stesso principio è stata fatta applicazione anche in materia di società, v., da ultimo, Cass., 22 ottobre 1957, n. 4048, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, 685, con ampi richiami di dottrina e di giurisprudenza sul punto specifico.

giudizialità deve essere riguardato: la competenza, e i limiti oggettivi del giudicato.

Maggiori differenze nell'ipotesi in esame, rispetto a quella precedentemente considerata, si possono però registrare per quel che riguarda la disciplina dei presupposti cui in concreto tale trasformazione è legata. Anzitutto, i poteri delle parti, di promuovere questa trasformazione su loro domanda, pare, in complesso, sensibilmente limitata, almeno nella misura nella quale diminuisce l'iniziativa di parte nel tipo di processo nel quale la causa stessa dovrebbe essere discussa.

D'altra parte, si ampliano correlativamente, in tale ipotesi, i casi in cui la trasformazione in oggetto del giudizio di un accertamento pregiudiziale è imposta per legge: l'esempio del processo penale appare come il più indicativo.

Ad ogni modo, quando l'oggetto del giudizio in cui si trasforma un accertamento pregiudiziale ricade nella competenza o nella giurisdizione di un giudice di tipo diverso da quello davanti al quale è pendente la causa pregiudicata, insorgono delicate questioni di rapporti tra giurisdizioni diverse, di cui si dirà più particolarmente nella seconda parte del presente lavoro, specie a proposito del notissimo art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato.

18, Nell'ultimo paragrafo di questa prima parte del presente lavoro, dedicata a considerazioni di carattere generale sul fenomeno della pregiudizialità, è opportuno accennare ad alcune osservazioni attinenti ad un problema assai interessante: quello relativo ai caratteri su cui sarebbe possibile delineare un concetto di pregiudiziale strettamente giuridico, il quale si presenti come più ristretto rispetto all'ampia nozione di pregiudizialità meramente logica fin qui considerata.

Può stupire che tale problema venga trattato solo dopo che si è esaminato il fenomeno della pregiudizialità in tutte le sue varie forme e nella sua connessione con l'oggetto del giudizio;

soprattutto, può sorprendere che si tenti una definizione di quella nozione di pregiudizialità che dovrebbe interessare più da vicino il giurista, solo dopo che si è esposta, almeno nelle sue linee principali, la disciplina positiva del fenomeno; ma questa proposizione non è senza una ragione: infatti, si vuole compiere questo tentativo, proprio sulla base di tale disciplina, e, in realtà, il risultato cui si perverrà in proposito pare già implicito in quanto sin qui detto.

Già nella fondamentale monografia del MENESTRINA⁽²¹⁸⁾ venne avvertita l'esigenza di enucleare un concetto più tecnico di pregiudiziale, rispetto a quello meramente logico; un concetto, cioè, che tenesse più conto di quei profili del fenomeno che maggiormente interessano il diritto.

Il criterio fondamentale, cui fin dal MENESTRINA la ricerca in tal senso fu improntata, è quello, peraltro già indicato, per cui la pregiudiziale giuridica non può che costituire una specificazione all'ampio *genus* della pregiudiziale logica⁽²¹⁹⁾; e l'opportunità di tale criterio è stata anche successivamente riaffermata⁽²²⁰⁾. Pur non costituendo perciò ogni pregiudiziale in senso logico anche una pregiudiziale in senso giuridico, ogni pregiudiziale in senso giuridico è sempre anche una pregiudiziale in senso logico⁽²²¹⁾; e l'insistenza con la quale si ritorna sul punto pare largamente giustificata dall'importanza delle conseguenze che da esso si possono trarre: in particolare, è in tal modo possibile sostenere la validità anche per la pregiudizialità tecnica, di quei limiti che si sono attribuiti all'ambito di manifestazione della pregiudizialità meramente logica; e una applicazione di ciò la si è già vista a proposito del problema

⁽²¹⁸⁾ *La pregiudiziale*, cit., pag. 89 ss.

⁽²¹⁹⁾ « La pregiudizialità giuridica nasce dall'unirsi di un nuovo elemento alla pregiudizialità logica... » (MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 92).

⁽²²⁰⁾ Cfr. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., pag. 68, 69; FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 38.

⁽²²¹⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 92.

della trasformazione delle questioni pregiudiziali in cause pregiudiziali.

Il MENESTRINA, naturalmente, non si è limitato ad esporre i termini della questione, ma ne ha anche proposto una soluzione: egli, cioè, ha affermato che si avrebbe pregiudizialità tecnica quando le due premesse del sillogismo, in cui si risolve la questione (o la causa) di cui si tratta, hanno la stessa natura di quelle del sillogismo finale: un determinato fatto, e una norma di legge⁽²²²⁾; le questioni e le cause pregiudiziali in senso tecnico sarebbero quindi quelle che comportano la sussunzione di una fattispecie concreta sotto una fattispecie legale.

Sulla base di questa soluzione proposta, il MENESTRINA individua due categorie di pregiudiziali in senso logico, che lo sarebbero anche in senso giuridico.

La prima di esse si avrebbe, quando la questione o la causa verte su rapporti giuridici, diritti soggettivi, pretese⁽²²³⁾; l'enumerazione non appare nè troppo precisa nè esauriente, ma, in sostanza, in questa categoria MENESTRINA ha voluto raggruppare tutte le questioni pregiudiziali le quali vertono su un oggetto che può anche essere accertato giudizialmente in via autonoma⁽²²⁴⁾.

Nella seconda categoria, invece, andrebbero raggruppate le altre questioni le quali, pur non essendo idonee a costituire un autonomo oggetto del giudizio, presentano, nel senso suddetto, una struttura analoga al sillogismo finale del ragionamento del giudice⁽²²⁵⁾; e MENESTRINA le definisce come le questioni che

⁽²²²⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 91, 92; per rilievi critici su tale distinzione v.: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 58 ss.

⁽²²³⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 92 ss.

⁽²²⁴⁾ Nella categoria in parola il MENESTRINA ricomprende anche l'accertamento della qualità di erede (*La pregiudiziale*, cit., pag. 95); sul rapporto tra tale accertamento e le cause aventi per oggetto determinate attività o passività ereditarie, v.: SATTA, *Nuove riflessioni*, etc., cit., 67.

⁽²²⁵⁾ MENESTRINA porta a questo proposito gli esempi costituiti dagli accertamenti relativi alla qualità delle cose: la commerciabilità, il carattere sacro, etc. (*La pregiudiziale*, cit., pag. 96).

hanno per oggetto « ... fatti giuridici che sono tanto avvenimenti che stati di diritto » ⁽²²⁶⁾.

La distinzione tra pregiudizialità logica e pregiudizialità giuridica proposta dal MENESTRINA appare perfettamente sostenibile, ma solo proprio da un punto di vista... meramente logico; si può dubitare infatti dell'utilità che tale distinzione può avere per il giurista.

Le ragioni di tale dubbio paiono derivare dall'impossibilità di individuare un profilo della disciplina giuridica del fenomeno della pregiudizialità, sotto il quale acquisti rilevanza la natura dei termini delle questioni e delle cause pregiudiziali. Sembra perciò che il MENESTRINA abbia ristretto la vasta nozione di pregiudizialità logica, mediante un più ristretto concetto di pregiudizialità, che è sì colorata in termini giuridici, ma che non presenta, più di quella, nessuna specifica possibilità di applicazione nel processo.

In realtà, la nozione di pregiudizialità giuridica che pare opportuno delineare, discende pianamente dalle considerazioni prima svolte sulla disciplina positiva del fenomeno della pregiudizialità. Si è più volte notato come tale disciplina investa il fenomeno in parola sotto due profili ben determinati: la competenza dell'organo giurisdizionale e i limiti obbiettivi delle cose giudicate; si è anche parimenti notato come ambedue questi profili portino verso una unica nozione giuridica: quella di oggetto del giudizio.

Per tali ragioni, pare che debbano essere considerate pregiudiziali in senso tecnico, quelle questioni le quali vertono su un oggetto, che può anche costituire oggetto di un autonomo giudizio.

Non solo, ma le questioni che si sono definite come pregiudiziali in senso tecnico, sono anche quelle le quali possono, almeno in via di massima, trasformarsi in cause pregiudiziali; una

⁽²²⁶⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 96 ss.

ulteriore ragione di preferenza per tale definizione può quindi trarsi dalla circostanza che su di esse è imperniata la disciplina degli accertamenti incidentali, così come questa è prevista nell'art. 34 cod. proc. civ.

In tal modo, nel delineare la nozione di pregiudiziale in senso tecnico, si aderisce a quella tesi, la quale era stata sostenuta già nell'opera del BOEHMER ⁽²²⁷⁾, anteriore alla monografia del MENESTRINA, il quale anzi se ne discosta ⁽²²⁸⁾; ma che non di meno oggi è accolta dall'orientamento dominante ⁽²²⁹⁾ ⁽²³⁰⁾.

Pur manifestando la nostra adesione a tale tesi, si deve accennare anche ad altra opinione, la quale presenta spunti del più alto interesse. Secondo essa, si avrebbe pregiudizialità in senso giuridico nei casi in cui quel vincolo di precedenza logica che lega gli accertamenti successivamente compiuti dal giudice, non è un fenomeno limitato al solo piano processuale, ma, al contrario, appare come un mero riflesso di un fenomeno che si svolge anzitutto sul piano sostanziale; in altri termini, il vincolo che lega gli accertamenti giudiziali non sarebbe altro che una conseguenza di una connessione che unisce le entità giuridiche sostanziali accertate.

Come è noto, questa tesi, sostenuta per la prima volta in tempi ormai assai lontani ⁽²³¹⁾, ha trovato successivamente pro-

⁽²²⁷⁾ Vedila riportata in MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 90 ss.

⁽²²⁸⁾ MENESTRINA, *La pregiudiziale*, cit., pag. 90 ss.

⁽²²⁹⁾ Cfr. la bibliografia citata dal CAPPELLETTI, *La pregiudizialità*, etc., cit., pag. 15, nota 18, cui adde: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 69, 70; LIEBMAN, *Sulla sospensione propria e « impropria » del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pag. 155.

⁽²³⁰⁾ Da ricordare la tesi di CARNELUTTI, secondo la quale si avrebbe questione pregiudiziale in senso giuridico, quando essa riguardi non solo « ...il rapporto litigioso dedotto nel processo, ma altresì uno o più rapporti diversi »; quei rapporti, cioè, che possono costituire l'oggetto di autonomi giudizi (*In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, 16 ss.); per rilievi critici su tale tesi, v., da ultimo, LIEBMAN, *Sulla sospensione propria*, etc., cit., pag. 155; e, precedentemente: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 62 ss.

⁽²³¹⁾ Essa risale al BRACKENHOEFT (*Die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse*, Göttingen 1839, pag. 353 ss.).

prio in Italia la sua più suggestiva elaborazione, ad opera di ALLORIO ⁽²³²⁾, secondo il quale si avrebbe processualmente accertamento pregiudiziale, in senso tecnico, quando il suo oggetto fosse un rapporto giuridico pregiudiziale, e quest'ultimo andrebbe definito come « ... il rapporto giuridico che rientra nella fattispecie d'altro rapporto giuridico » ⁽²³³⁾.

In tal modo, si esce decisamente da quella valutazione del fenomeno della pregiudizialità, su un piano meramente processuale, al quale, peraltro, ci siamo sempre attenuti, per ampliare la prospettiva fino allo stesso piano sostanziale; del resto, proprio all'inizio di questo lavoro ⁽²³⁴⁾, si è affermata la molteplicità dei punti di vista da cui la pregiudizialità stessa può essere considerata, e si era indicato quello tra questi, dal quale ci si poneva.

L'accoglimento dell'una o dell'altra nozione di pregiudizialità giuridica appare come strettamente conseguente alla scelta del punto di vista che si è operata; se ci si pone dall'angolo visuale del processo, del ragionamento del giudice, non si ravvisano perciò motivi per l'accoglimento di un concetto di pregiudiziale diverso da quello che appare come il preferibile, sulla base della disciplina processuale del fenomeno.

Con questo, non si vuole certo negare l'esistenza di un gruppo di questione pregiudiziali in senso tecnico, la cui connessione con l'oggetto del giudizio trova la sua radice anzitutto nel terreno sostanziale; sarebbe anzi assai interessante una precisazione di esse, e probabilmente questa precisazione dovrebbe essere basata su una analisi del procedimento, mediante il quale l'ordinamento giuridico fa nascere da determinati fatti costitu-

⁽²³²⁾ *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., pag. 68 ss.; cfr., di recente, anche LIEBMAN, *La sospensione propria e « impropria » del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, pag. 154.

⁽²³³⁾ *La cosa giudicata*, cit., pag. 69; per i vari modi di intendere il nesso di pregiudizialità, v.: FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., pag. 6 ss.

⁽²³⁴⁾ Cfr., *supra*, pag. 21.

tivi date situazioni giuridiche soggettive, oppure le ricollega ad una norma dell'autonomia privata da esso riconosciuta: tutto ciò, secondo gli schemi di un orientamento già precedentemente ricordato ⁽²³⁵⁾.

Ma tali questioni pregiudiziali costituiscono solo un gruppo nell'ambito della più ampia categoria delle stesse pregiudiziali in senso tecnico. Gruppo che è forse il più importante, ma che certo non esaurisce tutta la nozione relativa. E, in realtà, come gli accertamenti dei fatti da cui deriva la situazione giuridica che costituisce l'oggetto del giudizio formano il più importante gruppo degli accertamenti pregiudiziali in senso logico, si può benissimo delineare il parallelismo, per cui gli accertamenti di situazioni giuridiche che potrebbero costituire autonomo oggetto del giudizio, che a loro volta si pongono come presupposti di quella situazione giuridica che, in concreto, costituisce l'oggetto del giudizio, formano il gruppo più cospicuo degli accertamenti pregiudiziali in senso tecnico.

Non si deve dimenticare però l'esistenza anche di altri accertamenti pregiudiziali in senso tecnico, secondo la definizione di questi prima data.

Si possono qui ricordare altri due gruppi che rientrano in tale categoria.

Anzitutto, devono essere ritenuti pregiudiziali, in senso tecnico, quegli accertamenti, che potrebbero costituire autonomi oggetti del giudizio, e che vertano su situazioni giuridiche le quali, pur non essendo connesse sul piano sostanziale con la situazione giuridica che in concreto costituisce l'oggetto del giudizio, si pongono in diverso modo e in varia misura, in funzione di prova, mediata o immediata, di quest'ultima; e una connessione di questo tipo può anzitutto svolgersi seguendo il meccanismo delle presunzioni legali, assolute e relative, e della stessa

⁽²³⁵⁾ Cfr., *supra*, pag. 71, nota 43, l'indicazione degli scritti di SALVATORE-ROMANO.

praesumptio hominis; ogni più completa precisazione al riguardo può naturalmente essere compiuta sulla base della teoria della prova. Si deve qui rilevare come, secondo la tesi sostenuta, si verrebbe a ricomprendere nella categoria delle pregiudiziali in senso tecnico anche la querela di falso, la quale, pur vertendo su una situazione giuridica (falsità del documento) che non è collegata sul piano sostanziale con l'altra situazione giuridica che costituisce l'oggetto del giudizio, si pone, però, da un lato, come un passaggio necessario dell'*iter* logico che il giudice percorre per arrivare alla decisione finale, e, dall'altro, deve essere in ogni caso decisa in un autonomo giudizio, come già precedentemente visto ⁽²³⁶⁾.

L'altro gruppo di questioni pregiudiziali in senso tecnico, cui si è accennato, deve essere enucleato da una vastissima categoria di questioni pregiudiziali in senso meramente logico la quale, peraltro, è stata lasciata piuttosto in ombra nel corso del presente lavoro: le questioni che sorgono nell'individuazione, verifica di esistenza e di validità, e interpretazione della norma giuridica da applicare al caso concreto.

La ragione della scarsa rilevanza che si è data alle questioni pregiudiziali del genere va ricercata nella circostanza per cui queste danno normalmente luogo ad una problematica assai limitata, in relazione a quei limiti dell'ambito di manifestazione del fenomeno della pregiudizialità, cui abbiamo soprattutto dedicato l'attenzione; e, in realtà, nessuno ha mai sostenuto che questioni del genere potessero in qualche modo rientrare nel contenuto dell'oggetto del giudizio.

Ma, sulla base di questa relativa irrilevanza, la dottrina si è portata al riguardo su posizioni forse eccessive, giacchè non tratta normalmente di queste questioni, neppure in sede di determinazione del contenuto degli accertamenti pregiudiziali.

⁽²³⁶⁾ Cfr., *supra*, pag. 174 ss.

Ora, se si accoglie quella nozione di questione pregiudiziale in senso logico cui qui si aderisce, nozione delineabile sulla base della precedenza logica di un accertamento compiuto dal giudice rispetto all'accertamento successivo, sembra che qualsiasi questione che attiene alla premessa maggiore del sillogismo finale debba rientrare nell'ambito della pregiudizialità così intesa non meno delle questioni concernenti la premessa minore.

Normalmente, le questioni relative alla individuazione, verifica dell'esistenza e della validità, e interpretazione della norma da applicare al caso concreto, non possono costituire autonomo oggetto del giudizio; sotto questo profilo, acquista un particolare interesse l'affermazione di SATTÀ, secondo la quale la cognizione della norma è sempre compiuta dal giudice solo *incidenter tantum* ⁽²³⁷⁾. Da ciò consegue che la soluzione delle questioni in esame non passa mai in giudicato, e questo va posto in relazione col fondamentale principio del nostro ordinamento, per cui ogni giudice è libero di interpretare come crede la norma, e non è legato al « precedente ».

Ma recentemente, come è noto, la nostra legislazione ha previsto casi in cui un accertamento relativo alla premessa maggiore del sillogismo giudiziale debba essere compiuto in un autonomo giudizio; tali accertamenti sembra debbano essere considerati come pregiudiziali in senso tecnico, e anzi, ciò costituisce una conferma della necessità di ricomprendere anche gli accertamenti che riguardino la norma di legge, ma che non possano costituire autonomo oggetto del giudizio, almeno nella pregiudizialità in senso logico.

La più nota delle ipotesi in parola è quella che attiene alla costituzionalità della legge da applicare alla fattispecie concreta.

Al giudizio sulla costituzionalità della legge pare doversi attribuire il carattere dell'autonomia ⁽²³⁸⁾, per quanto si sia le-

⁽²³⁷⁾ *Nuove riflessioni*, etc., cit., 67.

⁽²³⁸⁾ Vedi, in questo senso: CAPPELLETTI, *La pregiudizialità*, etc., cit., pagina 14 ss.

vata in proposito una autorevolissima voce contraria⁽²³⁹⁾; e, ad ogni modo, che la questione di costituzionalità sia una questione pregiudiziale in senso tecnico, costituisce la tesi centrale di una interessantissima monografia di recente pubblicata⁽²⁴⁰⁾.

Ma accanto a questa più nota ipotesi, è da porsi altro e meno conosciuto caso: l'art. 177 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, dispone testualmente che la Corte di Giustizia è competente a conoscere « ... in via pregiudiziale ... » dell'interpretazione del Trattato stesso, e a risolvere così questioni al riguardo, le quali siano sorte nel corso di un giudizio pendente davanti un organo giurisdizionale di uno degli Stati facenti parte della Comunità.

Le norme del Trattato costituiscono, come si sa, parte integrante degli ordinamenti giuridici interni dei singoli Stati contraenti⁽²⁴¹⁾; per tale ragione, l'art. 177 sopra citato prevede una ipotesi la quale, crediamo, costituisce un *unicum* nel nostro ordinamento; un'ipotesi, cioè, in cui il giudice si trova vincolato ad una interpretazione della norma da applicare, la quale è dettata da un diverso organo giurisdizionale; e le particolarità del caso aumentano ancora, ove si pensi che tale organo giurisdizionale non è nazionale, almeno secondo il senso in cui questo termine è usualmente inteso⁽²⁴²⁾.

⁽²³⁹⁾ ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, Riv. dir. pubbl., 1950, I, pag. 35.

⁽²⁴⁰⁾ CAPPELLETTI, *La pregiudizialità*, etc., cit., *passim*, ma specialmente pag. 4 ss.; nello stesso senso, v. anche: ABBAMONTE, *Il processo costituzionale italiano*, Napoli 1957, pag. 28.

⁽²⁴¹⁾ Cfr. CATALANO, *La Comunità economica europea e l'Euratom*, Milano 1957, pag. 60 ss.

⁽²⁴²⁾ Nell'ipotesi di cui nel testo, LIEBMAN nega che sia da ravvisarsi un caso di questione pregiudiziale, pur ammettendo che il processo davanti al giudice nazionale si deve necessariamente sospendere, in attesa della pronuncia della Corte di Giustizia (*Sulla sospensione propria*, etc., cit., pag. 162). In argomento, v.: MORELLI, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee come giudice interno*, in Riv. dir. int., 1958, pag. 1 ss.; DAIG, *Die Gerichtsbarkeit in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft*, in Arch. öff. Rechts, 83^a Band (1958), pag. 194 ss.

PARTE SECONDA

LA PREGIUDIZIALE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

SEZIONE PRIMA

L'oggetto degli accertamenti pregiudiziali.

19. In questa parte del presente lavoro si esaminerà specificamente il fenomeno della pregiudizialità, non più su un piano generale, ma nel suo concreto atteggiarsi nel processo amministrativo. Gioverà indicare subito quella che sarà la linea di svolgimento della trattazione, dando brevemente conto dello schema seguito.

Studiando su un piano generale i caratteri della pregiudiziale, si è venuta precedentemente delineando quella notevole ricchezza di aspetti e delicatezza di problematica che il tema offre; ora, sembra che una analisi di esso, sia pure in relazione alla disciplina positiva di un dato processo, non possa non tener conto dell'intera molteplicità di profili che si è andata disegnando.

Infatti, una limitazione del campo dell'indagine nel senso indicato non può significare che lo studioso debba prendere in considerazione solo qualche profilo sporadico dell'istituto, prescindendo da ogni sua valutazione d'insieme; al contrario, tale limitazione comporta solo che la pregiudizialità sia analizzata nel suo particolare atteggiarsi nel singolo tipo di processo preso in esame, ma essa deve sempre essere valutata in tutta la ricchezza della sua problematica.

Risulta, allora, chiaro, sulla base di questi rilievi, quali sono i profili del tema da approfondire maggiormente, rispetto al-