

PREFAZIONE

La norma secondo la quale «[...] *sono fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa*» dopo che il giudice amministrativo si sia pronunciato accogliendo il ricorso (art. 44 T.U.C.S. e art. 26 l. Tar) è giustamente sparita dal nuovo Codice del processo amministrativo. Su quella norma si è retta la tradizionale visione dell'oggetto del giudicato amministrativo tutta imperniata nell'ottica di un processo sull'atto e sui motivi del ricorso che, pure una volta concluso, non impediva il rinnovarsi dell'esercizio del potere amministrativo.

Il nuovo Codice si muove invece secondo una visione totalmente diversa che guarda alla giurisdizione e al processo amministrativo come strumento per tutelare la pretesa sostanziale dell'interessato che sia stata illegittimamente negata dal potere amministrativo tale quindi da assicurare una tutela connotata dai caratteri della pienezza, effettività e satisfattività quali enunciati dello stesso Codice al termine della lunga parabola evolutiva del nostro sistema di giustizia amministrativa.

Questi che possono considerarsi i «valori funzionali» del processo non sembrano tuttavia trovare sempre adeguato sviluppo nel resto del Codice e nella successiva opera della dottrina e della giurisprudenza sotto i principali angoli visuali che vengono in rilievo: dalla tipologia di azioni esperibili, ai poteri di cognizione e decisione dell'organo giudicante, agli effetti delle sentenze di merito e, quindi, al «giudicato» sui cui effetti come momento di chiusura definitiva della vicenda contenziosa il Codice ora tace. Mentre, forse, è proprio l'istituto del giudicato che rappresenta il miglior «metro» per comprendere il grado di completezza e stabilità che il giudizio di cognizione complessivamente inteso è in grado di accordare alle pretese del ricorrente così come veicolate in giudizio attraverso gli schemi combinati delle diverse azioni.

Ora la bella ricerca di Stefano Vaccari, dedicata al giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo, intende mostrare come il tema debba essere interamente ripensato alla luce dei principi che animano l'attuale visione della giurisdizione e del processo amministrativo.

A tal fine lo studio non poteva non «prendere le mosse» da un'analisi di come nella teoria generale della giurisdizione e del processo il giudicato si sia configurato nei suoi caratteri essenziali, per poi confrontarli con le peculiarità as-

sunte dall'istituto nello specifico contesto rappresentato dalla giurisdizione speciale amministrativa. Questa, com'è noto, concepita all'origine principalmente come controllo in forma contenziosa sul corretto esercizio del potere pubblico, dava luogo, in caso di accoglimento del ricorso, solo alla misura demolitoria dell'annullamento dell'atto. Il che ha contribuito conseguentemente a limitare la portata naturale degli effetti del giudicato lasciando spazio al possibile rinnovo del potere amministrativo.

All'indagine iniziale l'Autore ha fatto seguire poi una rilettura critica, condotta secondo un approccio diacronico, delle principali teorie (soprattutto dottrinali) che sul giudicato amministrativo si sono quindi succedute nel corso della storia della giustizia amministrativa italiana.

L'indagine ha consentito di mostrare come tutte le principali teorie abbiano avuto in comune un filo rosso costante: l'aspirazione alla costruzione di un giudizio amministrativo capace di fornire tutela effettiva e stabile alle posizioni giuridiche soggettive dell'individuo illegittimamente lese in occasione del dialogo con il potere amministrativo e, nello stesso tempo, come le teorie via via formulate si siano dovute scontrare con il peculiare «nodo problematico» del giudicato amministrativo quale espressione di una giurisdizione e di un processo attenti a salvaguardare la legittimità e insieme a difendere la continuità o, come si è anche detto, l'inesauribilità del potere amministrativo e del suo esercizio per la cura degli interessi pubblici.

La riflessione assai accurata ed originale sulle argomentazioni svolte dalle principali dottrine che si sono occupate del tema e sui *pro* e *contra* delle diverse tesi, fa comprendere bene lo stato d'insoddisfazione che la dottrina, specie la più recente, percepiva nell'accostarsi al problema del giudicato amministrativo, divisa, com'era, tra la ricerca di arricchire l'ambito di efficacia (e, di conseguenza, la copertura «oggettiva» del giudicato) e l'imprescindibile dato strutturale di diritto positivo del processo dell'epoca, povero di strumenti e incentrato pressoché unicamente sull'atto attraverso le sole forme della tutela costitutivo-demolitoria.

Viene così anche a emergere in maniera forte il convincimento che solo una radicale riconfigurazione della giurisdizione e del processo amministrativo poteva consentire di rimuovere i limiti e le peculiarità del giudicato.

Ed è ciò che è progressivamente avvenuto dapprima con le integrazioni e le modifiche parziali apportate alla struttura del processo, poi con la complessiva riconsiderazione dei principi e dei «valori funzionali» della giurisdizione ad opera del recente Codice del processo amministrativo.

Per quanto non sempre lo si riconosca esplicitamente, il Codice ha portato a compimento la trasformazione dell'oggetto della giurisdizione e del processo amministrativo, che ora è incentrato sulla pretesa ovvero sull'interesse sostanziale fatto valere in giudizio sotto le posizioni giuridiche soggettive riconosciute. Ed è a questa pretesa sostanziale che deve essere quindi accordata la tutela dotata dei ricordati caratteri di pienezza, effettività e satisfattività.

Questi anzi i valori funzionali che, in quanto espressamente enunciati dal Codice, non fanno che confermare quale sia e non che possa essere oggi l'oggetto della tutela.

Ma se è così anche il tema degli effetti del giudicato amministrativo può e deve essere riconsiderato su basi nuove, paradossalmente sulle basi teoriche generali e i caratteri essenziali che connotano l'istituto.

Non si tratta infatti più di considerare se e come il modo di essere e di esercitare il potere amministrativo possa limitare gli effetti del giudicato, ma come il potere possa e debba essere svolto in maniera da conseguire la pienezza e stabilizzazione del giudicato.

Pur nel silenzio del Codice al riguardo la dottrina e la giurisprudenza mostrano d'altronde di aver colto l'esigenza di porsi nella diversa prospettiva indicata. Prova ne sono alcune recenti novità giurisprudenziali come il c.d. «*one shot* temperato» che di fatto introduce un limite nuovo all'esercizio del potere discrezionale al fine di stabilizzare gli effetti della pronuncia del giudice.

Ora, seguendo la stessa prospettiva indicata, la ricerca di Stefano Vaccari nella sua parte ricostruttiva ci mostra, andando oltre le tesi e proposte finora formulate, come sia possibile configurare un giudicato compiutamente stabilizzato, che Egli definisce con la formula «giudicato a spettanza stabilizzata».

Si tratta di una vera e propria ricostruzione originale dell'istituto che, attraverso la valorizzazione dei nessi sussistenti tra «oggetto della domanda», «oggetto del processo», «oggetto della pronuncia» e «oggetto del giudicato», ambisce ad arricchire le potenzialità «di esaurimento» del giudizio di cognizione onde raggiungere l'ambizioso traguardo di un giudicato amministrativo a «limiti oggettivi» (sempre) completi e, dunque, realmente stabilizzanti il risultato processuale (sia esso favorevole al ricorrente o all'amministrazione resistente).

Seguendo la stessa prospettiva indicata lo sguardo dell'Autore non si è limitato unicamente al momento processuale, ma si è spinto fino a comprendere il segmento procedimentale come fase utile, attraverso la sintesi combinata di principi della funzione e istituti procedimentali, per l'enucleazione di un «onere di preclusione procedimentale» capace di assicurare la tenuta della costruzione proposta in punto di giudicato a «spettanza stabilizzata».

In ogni caso, l'Autore, nell'ipotizzare il segnalato onere di preclusione procedimentale in assenza di precise e puntuali disposizioni di diritto positivo, propone un'ulteriore via interpretativa alternativa in grado di raggiungere il medesimo risultato proposto. Egli, per l'appunto, si concentra sulle potenzialità dell'istruttoria processuale, intesa come fase in grado di «provocare» – per il tramite dell'intermediazione e degli stimoli provenienti dall'organo giurisdicante – l'esaurimento di ogni residuo spazio di discrezionalità, ossia, il vero ostacolo per una reale tutela di «spettanza», specie a fronte di bisogni di protezione legati a interessi di tipo «pretensivo».

La tesi sostenuta prende atto della necessità di un superamento del tradizionale divieto d'integrazione postuma della motivazione, che si giustificava nel superato modello di processo amministrativo sull'«atto», ma che si traduce in un ostacolo per il completo sviluppo delle potenzialità proprie dell'attuale diritto processuale amministrativo incentrato sulla «pretesa», oltre che sulla piena attuazione dei valori funzionali del processo (concentrazione, stabilità, effettività, soddisfattività).

Sempre allargando l'angolo visuale, Stefano Vaccari, infine, cerca di riflettere sulle conseguenze di sistema discendenti dalla propria proposta ricostruttiva, evidenziando, come corollario, un auspicato riequilibrio tra le fasi processuali della cognizione e dell'ottemperanza in grado di meglio armonizzare il processo amministrativo rispetto agli schemi di teoria generale. In particolare, il risultato di approdo dovrebbe consistere in una cognizione completa ed esauriente affiancata da un'eventuale fase di ottemperanza, intesa però come processo di mera esecuzione/attuazione del *dictum* giudiziale, ossia senza alcun innesto e ibridazione di completamenti cognitivi che potrebbero condurre (così come fa la teorica del «giudicato a formazione progressiva») a continue «parentesi» tra processo e potere amministrativo in spregio alle (sempre più avvertite) esigenze di stabilità dei risultati di tutela conseguibili attraverso il nuovo processo amministrativo.

Giorgio Pastori

PREMESSA

Scopo del presente lavoro è offrire uno studio del «giudicato» nel processo amministrativo, l'istituto che, come noto, rappresenta il punto di chiusura della vicenda contenziosa e (almeno nelle intenzioni) dovrebbe offrire la stabilità agli effetti contenuti all'interno della sentenza, rispetto a futuri giudizi «*de eadem re*» e alla successiva attività delle parti coinvolte.

La ripresa di un tale tema, invero assai complesso, è parsa necessaria per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'avvento del nuovo Codice del processo amministrativo ha comportato una grande rivoluzione nel sistema di tutela delle controversie di diritto pubblico, giacché, grazie a una nuova «sistematica» di azioni si è cercato di «andare oltre» rispetto al precedente angusto modello di giustizia amministrativa a carattere rigidamente impugnatorio che la dottrina, con grandi sforzi teorici, da tempo cercava di superare onde raggiungere una miglior corrispondenza fra «bisogni di protezione» e «tecniche processuali» corrispondenti. In secondo luogo, perché la giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, sempre più si è fatta attenta all'attuazione dei c.d. «valori funzionali» del processo (es. effettività, satisfattività, concentrazione, ecc.) che ogni sistema giurisdizionale dovrebbe realizzare e che, conseguentemente, orientano lo studioso verso la lettura del «dato strutturale» secondo scelte interpretative (quando ciò sia possibile) più in linea con la «sostanza» assiologica richiamata.

Tuttavia, per procedere con rigore si è ritenuto dapprima di dover sviluppare lo studio del tema secondo un approccio graduale e diacronico, al fine di analizzare le principali problematiche e le fondamentali costruzioni dottrinali che hanno interessato il dibattito, per poi presentare la proposta ricostruttiva che si vuole suggerire per un nuovo «giudicato amministrativo» (che definiremo) «a spettanza stabilizzata» nel quadro del nuovo «diritto processuale amministrativo» seguito all'entrata in vigore del relativo Codice.

Pertanto, nel cap. I si è cercato di offrire alcune «coordinate» minime di teoria generale del processo al fine di tracciare i confini dell'istituto del «giudicato», specialmente con riguardo alla tradizionale distinzione tra giudicato «in senso formale» e giudicato «in senso sostanziale/materiale», nonché di perimetrare la distinzione dogmatica tra il concetto di «giudicato» e quello di «efficacia della sentenza» al fine di porre in risalto il *proprium* della funzione «stabilizzante» del

primo. Inoltre, è stato essenziale, per una miglior comprensione delle riflessioni successive, cercare di illustrare i criteri che consentono di comprendere l'ambito di estensione dei c.d. «limiti oggettivi» del giudicato, ponendo in risalto il collegamento sussistente tra «criteri identificativi delle azioni», «oggetto del processo» e «oggetto del giudicato», oltre a rappresentare le peculiarità del problema riferibili alle azioni c.d. «costitutive» (specie per l'importanza che riveste l'azione d'annullamento all'interno del processo amministrativo).

Dopo aver delineato, dal punto di vista della teoria generale del processo, le categorie dogmatiche funzionali al presente studio, si è iniziato – nel cap. II del presente lavoro – a declinare i concetti all'interno del modello di processo che ha corrisposto alle forme di tutela giurisdizionale dinanzi agli organi della giurisdizione amministrativa. Per fare ciò si è optato di partire, storicamente, dal momento della nascita della «giustizia amministrativa», ossia dall'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, poiché è proprio all'interno del dibattito sulla natura (giurisdizionale o amministrativa) delle nuove funzioni attribuite al Consiglio di Stato che nasce il «problema» del «giudicato amministrativo». In tal modo, presentando al lettore uno «spaccato» del dibattito delle «origini» del sistema di giustizia amministrativa (specialmente, prendendo a modello delle due concezioni contrapposte, le posizioni dei due capiscuola rappresentati dal CAMMEO e dall'ORLANDO) si è voluto far emergere il «cuore» del problema del «giudicato amministrativo» e, in particolare, la delicata questione circa il rapporto tra «limiti oggettivi» dello stesso e spazio «libero» di ri-edizione del potere amministrativo *post*-giudizio.

Dopo aver esposto i termini del problema nella loro portata «prima» e semplificata – come può consentire la lettura del dibattito delle origini – si è proceduto, nel cap. III, con l'esposizione delle principali «tappe» del percorso teorico che hanno condotto allo sviluppo delle costruzioni dottrinali «moderne» ancora presenti nell'odierno dibattito sul giudicato e sull'efficacia della sentenza amministrativa. Al riguardo, nell'esame dei contenuti delle diverse tesi che compongono il panorama dottrinale dell'elaborazione moderna dell'istituto, si sono evidenziati i *pro* e i *contra* di ciascuna tesi al fine di mettere in rilievo la relatività di ogni posizione e la «non vittoria» di ogni tesi sull'altra così da lasciare sempre aperto il dibattito sul punto.

In particolare, si è operata una selezione delle principali costruzioni teoriche per offrire uno «spaccato» il più ampio possibile delle diverse impostazioni di fondo proprie delle diverse correnti dottrinali (più attente alla sola dimensione dell'«atto» o con, maggiori o minori, aperture al c.d. «rapporto amministrativo»).

L'esposizione dovrebbe far comprendere, aldilà dei contenuti e delle problematiche principali che interessano il tema in analisi, anche il «limite» invalicabile che la dottrina moderna incontra nello studio del «giudicato amministrativo», vale a dire il dato «strutturale» povero di azioni e incentrato, essenzialmente, sull'egemonia dell'azione di annullamento.

Questa era la ragione che impediva di operare una ricostruzione teorica dell'istituto del «giudicato amministrativo» realmente satisfattiva e stabilizzante (s'intende, rispetto al risultato di acquisizione di un dato «bene della vita», soprattutto con riguardo ai titolari di posizioni d'interesse legittimo pretensivo), salvo procedere ad alcune eccessive forzature onde non rinunciare comunque agli ambiziosi obiettivi di qualità, vale a dire i valori funzionali del processo.

Tuttavia, come si è già appena anticipato, oggi lo scenario pare essere mutato: l'entrata in vigore del nuovo Codice del processo amministrativo consente al sistema di giustizia amministrativa di acquisire un vero «abito» processuale, avvicinandosi sempre più ai modelli realmente processuali (per i quali, il processo civile storicamente funge da metro di paragone) e offrendo un apparato di strumenti di tutela (di azioni) completo e ritagliato sulla fisionomia delle differenti posizioni giuridiche sostanziali che sono nella titolarità dei soggetti ricorrenti.

Il «nuovo» dato strutturale rappresenta, dunque, lo sfondo per poter elaborare una proposta ricostruttiva in tema di «giudicato amministrativo» (quale si è cercata di esporre nel cap. IV) al fine di realizzare gli obiettivi di effettività e satisfattività che hanno animato, da sempre, la dottrina nell'affrontare il tema per quanto costretta a scontare un imprescindibile *deficit* «strutturale» (salvi i generici auspici «*de jure condendo*»). Si è trattato, dunque, di verificare se sia possibile costruire realmente un «giudicato amministrativo» a c.d. «spettanza stabilizzata» che impedisca alla P.A. di ri-esercitare il potere amministrativo *post* giudizio chiudendo ogni «alternativa amministrativa» o ogni spazio di libertà che residua dai limiti oggettivi del giudicato stesso per assicurare un acquisto o una conservazione stabile delle utilità inerenti al «bene della vita» sotteso alle diverse posizioni giuridiche che dialogano con il potere amministrativo.

GIUDICATO, EFFICACIA DELLA SENTENZA E OGGETTO DEL GIUDICATO NELLA TEORIA GENERALE DEL PROCESSO

SOMMARIO: 1. Il giudicato nella teoria generale del processo. Prime questioni terminologiche. – 2. L'emersione di un «dualismo concettuale»: l'incertezza definitoria del giudicato (in particolare civile) tra teorie «processuali» e «sostanziali». – 3. Il giudicato nell'ordinamento positivo italiano: esegesi e teoria. – 3.1. *Segue*. Il problema del rapporto tra passaggio in giudicato e autorità (propria del) giudicato. – 4. Il (preteso) superamento del dibattito sulla natura sostanziale/formale del giudicato attraverso la distinzione tra efficacia e autorità della sentenza. – 5. I «contorni» del giudicato tra oggetto e (suoi) limiti oggettivi. – 5.1. *Segue*. Peculiarità e problematiche della «*causa petendi*» e dei limiti oggettivi del giudicato nelle azioni costitutive. – 5.2. *Segue*. Il problema del rapporto tra giudicato e motivazione della sentenza.

1. *Il giudicato nella teoria generale del processo. Prime questioni terminologiche*

Il termine «giudicato» denota un concetto giuridico proprio della dogmatica processualistica, oggetto di approfonditi studi ed elaborazioni teoriche da parte della «teoria generale del diritto»¹ (o meglio, di quella sotto-articolazione di tale

¹La «teoria generale del diritto» rappresenta quella branca della scienza giuridica che studia gli aspetti che paiono comuni ai vari «diritti», al fine di enucleare, attraverso una visione sistematica dell'intero ordinamento, alcuni concetti giuridici formali con pretesa di universalità. Nel fare ciò, attraverso una comparazione tra i vari dati positivi (c.d. «metodo a posteriori») e per mezzo della ricerca di costanti necessarie per tutti i diritti (c.d. «metodo a priori»), si ricavano concetti giuridici quali quelli di norma giuridica, ordinamento, fatto e atto giuridico, diritto soggettivo, ordinamento, fonte del diritto, giudicato, ecc. Cfr., sul punto, P. CAPPELLINI, voce *Teoria e scienza del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, Giuffrè, 1992. Per una bibliografia minima, senza pretese di esaustività, sulla teoria generale del diritto si rinvia, quanto meno, a A. CANTANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Bari, Laterza, 2010; G. VISENTINI, *Lezioni di teoria*

settore della dottrina giuridica rappresentato dalla «teoria generale del processo»²) nonché, di conseguenza, degli studiosi dei vari diritti processuali i quali ne hanno adattato i portati generali alle diverse tipologie di processi (civile, penale, amministrativo, ecc.).

La locuzione «giudicato», o «cosa giudicata» come spesso anche si rinviene nei testi giuridici, rappresenta la traduzione dell'equivalente nozione latina di «*iudicatum*» (o «*res iudicata*»³ quanto alla seconda forma rappresentativa del

generale del diritto, Padova, Cedam, 2000; A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1999; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica: saggi*, Milano, Giuffrè, 1996; M. JORI, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995; B. MONTANARI, *Profili di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995; A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Edizioni di comunità, 1963; N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955; D. BARBERO, *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, Giuffrè, 1953; H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (a cura di R. TREVES), Torino, Einaudi, 1952.

² Lo studio del processo, in particolare a cominciare dall'opera di FRANCESCO CARNELUTTI fino al culmine raggiunto con gli studi di ELIO FAZZALARI, si è inserito sin da subito nell'alveo della metodica della teoria generale del diritto (v. nota precedente) mostrando una tendenza all'elaborazione di una nozione di processo (e di correlati concetti giuridici) che trascende le singole *species* processuali, ideando nozioni a vocazione universale che accomunino tanto i processi civili quanto quelli penali (un discorso a parte andrebbe fatto per il processo amministrativo, stante la diversa e peculiare genesi). V., sul punto, gli studi di E. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, Giappichelli, 1995; V. FAIREN GUILLEN, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1990; E. FAZZALARI, *Processo (Teoria generale)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, Utet, 1966, p. 1067 ss.; ID., *Appunti di teoria generale del processo*, Pisa, Coop. Lib. Univ., 1966; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958; H. SCHIMA, *Compiti e limiti di una teoria generale dei procedimenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, VII, p. 762 ss.

³ Lo studio sul giudicato nel diritto romano ha destato, in epoca moderna, particolare attenzione soprattutto, ma non solo, nei romanisti di scuola tedesca (il riferimento va, in particolare, al filone inaugurato dalla c.d. «scuola pandettistica», la quale ha rappresentato lo sviluppo della c.d. «scuola storica» fondata da FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY) che vi hanno dedicato ampi studi monografici. *Ex multis*, cfr. G. PUGLIESE, *Due testi in materia di «res iudicata»*, in AA.VV., *Studi in memoria di Guido Zanobini*, V, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 491 ss.; M. MARRONE, *L'effetto normativo della sentenza (Corso di diritto romano)*, Palermo, Manfredi ed., 1960; H.H. PFLÜGER, *Causa iudicati*, Weimar, Hermann Böhalu, 1922; E. BETTI, *D. 42, I 63 – Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, Stab. Tip. Bianchini, 1922; P. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano con accenni al diritto intermedio*, Torino, Fratelli Bocca, 1883; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Der römische Civilprozess*, I, Bonn, Marcus, 1864; E.I. BEKKER, *Die processualische consumption im classischen römischen recht*, Berlin, Hertz, 1853; F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, VI, Berlin, Veit, 1847 (trad. it. V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, VI, Torino, Unione tipografica ed., 1896); F.L. VON KELLER, *Über «litis contestation» und Urtheil nach classischem römischem Recht*, Zürich, Geßner, 1827. Sottolinea la differenza di significato tra le espressioni «*iudicatum*» e «*res iudicata*» G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 786. L'Autore, infatti, evidenzia come nel linguaggio processuale romano la locuzione «*res*»

concetto, di cui *supra*) e indica, con prima definizione sommaria, la pronuncia definitiva sopra a una lite o a una questione sottoposta all'esame di un organo chiamato a (e dotato dei poteri di) giudicare⁴. La *ratio* propria dell'istituto è quella di porre fine alle liti insorte contribuendo, al contempo, alla certezza del diritto⁵ nonché alla pace tra i consociati⁶.

aveva assunto un significato tecnico preciso consistente nell'indicare l'intero rapporto litigioso o l'intera lite posta *sub iudice* e, di qui, la distinzione rispetto al concetto di «*iudicatum*» – in rapporto di *species* rispetto al *genus* della «*res iudicata*» – idoneo a denotare in generale un qualunque elemento che sia oggetto del giudizio ma che non esaurisca l'intera *res litigiosa*, ovvero indichi una questione contenuta nel rapporto o a essa pregiudiziale.

⁴ Si veda anche, per completezza, la definizione contenuta in E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989, p. 1, ove si definisce il «giudicato» o la «cosa giudicata» come la «[...] *decisione contenuta nella sentenza del giudice, quando è divenuta immutabile in conseguenza della preclusione delle impugnazioni*». L'Autore pone l'accento, inoltre, sulla circostanza che nel diritto moderno, rispetto alla passata epoca romana, il concetto giuridico di «giudicato» si è incentrato sempre più sulla decisione giudiziale al fine di garantirne la stabilità, da intendersi come preclusione di ulteriori giudizi *de eadem re*, da un lato, e come forza vincolante nel prodursi, in chiave non contestata e/o impedita, degli effetti della pronuncia, dall'altro. Si riporta anche, per la Sua autorevolezza nonché per l'ampia influenza esercitata in dottrina, la peculiare definizione del giudicato propria di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1935, p. 342, il quale lo definisce come «[...] *l'affermazione indiscutibile d'una volontà concreta di legge, che riconosce o disconosce un bene della vita a una delle parti*».

⁵ Tale obiettivo si raggiunge anche grazie alla stabilità propria del giudicato, corollario essenziale della funzione giurisdizionale la quale, per svolgere pienamente il proprio ruolo di funzione della sovranità coperta dall'art. 24 Cost., deve condurre, nei propri esiti – ossia al di là del proprio accesso sempre garantito – a risultati saldi e durevoli. Tale principio di certezza del diritto deve bilanciarsi, tuttavia, con l'esigenza (altresì prioritaria) volta ad attribuire al soggetto risultato soccombente nel processo la possibilità di far valere, per mezzo di un apparato rimediabile (impugnazioni e gravami), i pretesi errori della sentenza o il suo carattere ingiusto dinanzi a un diverso e ulteriore giudice che riesamini il caso deciso. L'equilibrio tra le due esigenze ricordate fa sì che la serie di mezzi d'impugnazione delle sentenze non sia illimitata e, pertanto, poiché il processo non può durare all'infinito – in quanto finalizzato a una decisione definitiva e stabile delle controversie –, una volta esaurite le vie di riesame offerte in un dato ordinamento, la sentenza deve acquistare un carattere di stabilità e immutabilità (contribuendo, dunque, alla certezza del diritto). V., *amplius*, sul tema, A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, 2^a ed., Padova, Cedam, 1997, in part. p. 416. Di recente, S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, p. XVIII, rileva come «[...] *il giudicato attribuisce significato al processo, avendo come obiettivo la risoluzione del contrasto attorno a cui la lite sorge; e, viceversa, il processo dà senso al giudicato, perché la decisione giurisdizionale può essere accettata come "giusta" solo se avvenga all'interno di un sistema di regole preconiate di procedura*». La stessa Autrice definisce (p. 16) – poi – il giudicato come una sorta di «mediazione» (concretizzata da norme processuali) «[...] *tra esigenze della ricerca di giustizia per il caso concreto e stabilità dell'esito del giudizio (raggiunta nel "momento del giudicato")*, ossia nell'attimo coincidente con quello della pronuncia di ultimo grado o con il passaggio in giudicato della sentenza non contestata».

⁶ Cfr. E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 1. È evidente, dunque, l'importanza dello studio del giudicato e degli effetti della sentenza giacché è intorno a essi che ruota la realizzazione pratica

È importante ribadire sin da ora, al fine di una chiara precisazione dei confini terminologici, come il concetto di «giudicato» in analisi sia fortemente correlato e, spesso, connesso con quello di «sentenza»⁷.

Tuttavia, tale elementare collegamento merita un chiarimento in quanto, ad analisi più approfondita, emerge un certo *iato* tra i due termini.

Infatti, in primo luogo il rapporto tra giudicato e sentenza sembra essere quello che sussiste tra «contenuto» e «contenitore», ciò a dire che il giudicato identifica la sostanza, la materia, in altri termini il contenuto e il risultato che viene veicolato a mezzo dell'«atto» sentenza⁸.

In second'ordine, vi possono essere ipotesi di «giudicato senza sentenza», poiché per taluni casi e/o questioni si prevede, nei vari settori processuali, che la lite si concluda con un atto diverso per *nomen* dalla sentenza (es. ordinanza, decreto, ecc.)⁹ e, *ex adverso*, casi di «sentenze non passate in giudicato» tutte le

degli scopi del processo. Tale idea era già ben presente in E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, Cedam, 1937, p. 20, laddove l'Autore rimarca che «[...] il legislatore, per raggiungere lo scopo del processo civile, doveva conferire alla sentenza certe qualità e certi effetti. Alla parte non può bastare di avere in mano un documento, contenente determinati accertamenti o comandi. L'essenziale è quale forza sia inerente alla sentenza; in che modo sia cambiata la situazione giuridica delle parti; quali siano, detto generalmente, i suoi effetti».

⁷ Sulla sentenza in generale v., quantomeno, A. CHIZZINI, *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.*, Torino, Utet, 1998; E. FAZZALARI, *Sentenza civile*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1989; A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino, Bocca, 1906. Sulla sentenza amministrativa cfr., invece, F. PATRONI GRIFFI, *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, I, p. 17 ss.; ID., *Sentenza amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, V, p. 4457 ss.; G. PALEOLOGO, *Forma e autorità delle sentenze amministrative*, in AA.VV., *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, III, p. 1933 ss.

⁸ Ciò era ben chiaro sin dal XVI sec. grazie agli studi – e alle «*distinctiones*» – sul *Corpus iuris civilis* effettuati/e dalla c.d. «scuola dei commentatori». Cfr., in particolare, BARTOLO DA SASSO-FERRATO, in *De re iudicata* (D. 42, 1, 1), n. 1, fol. 105, *Commentaria in primam Digesti Novi partem, Venetiis*, 1575, ove si osserva che la sentenza (l'«*actus iudicandis*») è «*res iudicans*» mentre la «*res iudicata*» è «*causa, quae finem controversiae a sententia accipit*», vale a dire la controversia, il rapporto litigioso che il giudice ha deciso in modo stabile e irreversibile.

⁹ V., *amplius*, E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 8, il quale, nel trattare la problematica circa gli atti cui si può riferire il giudicato, oltre ad ammettere l'acquisto dell'autorità di giudicato per tutte le sentenze, definitive (e non), totali o parziali – una volta esaurite o precluse le impugnazioni ordinarie – sostiene che lo stesso avvenga per i «[...] provvedimenti che, pur essendo rivestiti di una forma diversa da quella propria delle sentenze (art. 132 c.p.c.), hanno tuttavia per contenuto una pronuncia sulle materie indicate dall'art. 279, 2° co., c.p.c. come quelle sulle quali il giudice deve pronunciare con sentenza. Vi sono casi in cui la legge, per motivi vari, dispone che il giudice pronunci nella forma dell'ordinanza o del decreto, sebbene l'oggetto della decisione esigerebbe la forma della sentenza». In senso conforme cfr., anche, E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione dei provvedimenti emessi in forma di ordinanza*, in *Giur. it.*, 1949, I, in part. p. 385. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. II, 24 aprile 1980, n. 2762, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 571 ss.; Cass. 7 marzo 1977, n. 924; Cass. 28

volte in cui un dato ordinamento conferisca lo *status* di giudicato unicamente a quelle sentenze non più soggette a (tutti o a certi) meccanismi di gravame e/o impugnazione per decadenza dei termini o per statuizione definitiva dell'organo di ultima istanza¹⁰. Ciò fa emergere l'importante notazione che «[...] *la sentenza non è sempre di per sé giudicato*»¹¹.

Da ultimo, ma in realtà (forse) è il profilo che più interessa ai fini del tema oggetto del presente lavoro e che, pertanto, sarà maggiormente approfondito *infra*, la distinzione giudicato/sentenza attiene anche all'ambito dell'«efficacia», vale a dire al complesso degli effetti prodotti. Infatti, è da tale carattere che emerge una chiara frattura tra i due termini, seppur sempre avvinti da un forte legame, dato che si può notare come la sentenza abbia un *proprium* di effetti non sovrapponibile esattamente a quelli peculiari del giudicato, ciò a dire che alcuni effetti della sentenza si producono anche quando la stessa non sia ancora «passata in giudicato»¹² e, altri ancora, sono ulteriori e distinti rispetto a quelli propri del giudicato¹³.

Ciò premesso, si cercherà ora di far emergere, a livello di teoria generale per il necessario inquadramento dogmatico, le caratteristiche del «giudicato» tratteggiandone gli effetti, espressi sinteticamente nella formula «autorità del giudicato»¹⁴, per poi illuminare meglio quella distinzione, ora solo abbozzata, tra quest'ultimi e gli effetti propri della «sentenza».

dicembre 1973, n. 3453, in *Giur. it.*, 1974, I, p. 1714 ss. Più controversa, in dottrina, è invece la possibilità di estendere la nozione di giudicato al decreto ingiuntivo e/o all'ordinanza di convalida dello sfratto. Si rinvia, per un approfondimento sul tema, quantomeno a E. GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, 5ª ed., Milano, Giuffrè, 1979; nonché a E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1306 ss.

¹⁰ Tali ultime condizioni (scadenza del termine di proposizione delle impugnazioni o intervenuta sentenza di grado massimo) determinano ciò che si esprime con la formulazione «passaggio in giudicato» della «sentenza» la quale, prima di tale momento, esisteva come atto e, come tale, con propri effetti (v. *infra*), pur senza possedere ancora tale ulteriore caratteristica con i relativi corollari.

¹¹ G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 786.

¹² V., con prima approssimazione, nota n. 10.

¹³ Chiaramente, infatti, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 787 rimarca, in argomento, come «[s]embra dunque corretto dire che gli effetti del giudicato sono effetti della sentenza, ma che non tutti gli effetti della sentenza sono da ricondursi al giudicato».

¹⁴ Espressione di derivazione latina, come i concetti di «*iudicatum*» e «*res iudicata*», dalla locuzione «*auctoritas rei iudicatae*». Tale influenza romanistica si è propagata anche negli ordinamenti francese e tedesco ove, per l'appunto, l'istituto trova espressione nei rispettivi termini di «*autorité de la chose jugée*» (Francia) e «*Rechtskraft*» (Germania). Sul concetto di giudicato nell'ordinamento francese, si rinvia, per un inquadramento generale, a R. PERROT, N. FRICERO, voce *Autorité de la chose jugée*, in *Jurisclasseur. Procédure civile*, fasc. 554, Paris, 1998; H. MOTULSKY, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Paris, Dalloz, 1968; J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile, essai d'une définition*, Paris, Thèse, 1954. Sul giudicato nell'ordinamento tedesco v., invece, *infra*.

2. L'emersione di un «dualismo concettuale»: l'incertezza definitoria del giudicato (in particolare civile) tra teorie «processuali» e «sostanziali»

Tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, la dottrina italiana che si occupava dello studio del processo subì una forte influenza culturale dall'area germanica, rispetto a un passato ove, viceversa, era il modello dottrinale francese a essere quello dominante¹⁵. Ciò determinò il trapianto nel dibattito culturale nazionale di alcune tematiche dottrinali che già avevano diviso gli autori tedeschi tempo addietro, in particolare, per quanto qui interessa, la *vexata quaestio* circa la (pretesa) distinzione tra «giudicato formale» e «giudicato sostanziale», espressioni che alludono a due correnti di pensiero ortodosse tra loro opposte.

Il problema, che ha creato tale profonda contrapposizione in dottrina – e che sarà esposto *infra* più ampiamente –, si può sintetizzare, sin d'ora, nei seguenti termini al fine di un'immediata comprensione del cuore della questione: la decisione (o meglio, la regola giuridica) espressa dal giudice e contenuta nella sentenza riguarda (*id est*: appartiene a) il diritto processuale o il diritto materiale?

Per comprendere al meglio i termini del problema – poi recepito dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane, financo dal legislatore del 1942 – occorre sintetizzare brevemente i poli del dibattito *de qua*, a partire dalla circostanza per cui quest'ultimo ha destato vivo interesse in autori tedeschi d'impianto romanista e/o appartenenti alla scuola «pandettistica» proprio perché, in assenza di prese di posizione espresse del codice tedesco sul punto del giudicato, la soluzione positiva andava rintracciata nelle fonti romane di cui se ne predicava l'applicazione attuale.

Da un lato il SAVIGNY¹⁶ può essere considerato il primo esponente di quel filone interpretativo che attribuisce al giudicato un'efficacia c.d. «sostanziale», in altre parole l'idea che dal giudicato discenda un *quid novi* in punto di situazione giuridica sostanziale, *id est*, una forza creativa di nuove situazioni giuridiche sostanziali come effetto della «finzione di verità» (v. poco dopo) propria della «*Rechtskraft*»¹⁷ (autorità di giudicato) tedesca. L'Autore individuò due funzioni¹⁸

¹⁵La ragione dell'originaria influenza francese sulla dottrina processualistica italiana va ricercata nella motivazione storica dell'emanazione di codici civili modellati sul paradigma del *Code Napoléon* del 1804. Infatti, volgendo lo sguardo ai codici civili degli Stati preunitari, è agevole notare come, in tema di giudicato, si poteva rinvenire una forma speculare, con lievi modifiche, della soluzione contenuta negli artt. 1350 e 1352 del codice civile francese. V., per un elenco analitico dei codici dell'epoca con indicazione puntuale degli articoli oggetto d'interesse, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 794, in part. nota n. 47.

¹⁶Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., in part. p. 274 ss.

¹⁷Cfr. nota 14 del presente capitolo.

¹⁸Riprendendo l'insegnamento del KELLER, il quale per primo si avvicinò al tema abbozzan-

all'interno della c.d. «*exceptio rei iudicatae*» romana: una prima funzione definibile come «negativa» consistente nel mero fatto dell'emanazione di una sentenza e funzionale al solo obiettivo di evitare ogni forma di futuro giudizio *de eadem re*, quasi come un effetto preclusivo del tipo «*ne bis in idem*»¹⁹ al fine di evitare duplicazioni di giudizi; e una seconda funzione, viceversa, «positiva» quale vincolo in capo al successivo giudice di adeguarsi in senso conforme alla pronuncia precedente, con imposizione contestuale del divieto di decisione difforme²⁰.

Attraverso una tale interpretazione dell'eccezione di cosa giudicata, il SAVIGNY delinea il fondamento della sua teorica sul giudicato, qualificabile (come detto poc' anzi) quale teoria di tipo «sostanziale», ossia l'enucleazione dell'essenza del giudicato nella c.d. «finzione di verità». Tale concetto deriva soprattutto dalla ripresa delle massime romane «*res iudicata pro veritate accipitur*» e «*sententia facit ius*», le quali consentono di attribuire al giudicato la forza creativa di situazioni giuridiche sostanziali nuove, portando lo stesso SAVIGNY²¹ a equiparare tale «finzione di verità» alla creazione di diritti in senso formale – anche divergenti dal diritto materiale – prima non esistenti o alla modificazione di diritti già esistenti in precedenza²².

do la distinzione in testo, ripresa poi dal SAVIGNY come base per la propria ricostruzione. Cfr., sul punto, F.L. VON KELLER, *Über «litis contestation» und Urtheil nach classischem römischem Recht*, cit., in part. p. 221 ss.

¹⁹ Sul principio del «*ne bis in idem*» v., *ex multis*, lo studio di V. ANDRIOLI, *Il principio del «ne bis in idem» e la dottrina del processo*, in *Annali triestini*, 1941, p. 271 ss.

²⁰ Sulla simile definizione della c.d. «funzione positiva» del giudicato contenuta nell'opera del KELLER, v. l'interpretazione offerta da G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 787, ove sostiene che «[...] anche la funzione positiva si esplicava con l'impedire una pronunzia; essa tuttavia si ricollegava, secondo il Keller, ad una nuova efficacia riconosciuta alla sentenza, che non era più soltanto quella di "consumare" l'azione, bensì quella della *Rechtskraft*, come solevano dire i tedeschi. E nondimeno si esplicava anch'essa in modo negativo ossia con l'impedire una pronunzia contraria alla sentenza e non con l'imporre una pronunzia conforme ad essa». Sul dibattito sorto successivamente, anche in Italia, in merito al solo carattere di «funzione negativa» e/o anche, in aggiunta, di «funzione positiva» proprio dell'autorità di giudicato si veda *infra*, in part. par. 3.

²¹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., in part. p. 263 (per la versione italiana, con traduzione a cura di VITTORIO SCIALOJA, si rinvia a F.C. VON SAVIGNY, *Systema del diritto romano attuale*, VI, Torino, Unione tipografico ed., 1898, in part. pp. 261 e 263).

²² Concetto ripreso anche da G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 789, laddove espone che «[...] il Savigny aveva desunto che il giudicato creava una finzione di verità; dalla finzione di verità lo stesso Savigny e altri romanisti e pandettisti avevano desunto che il giudicato incidava sul diritto o rapporto sostanziale fatto valere o nel senso di fissarne l'esistenza o l'inesistenza o addirittura nel senso di crearne uno nuovo o di estinguere quello già esistente». Prima ancora dell'emersione della teorica sulla c.d. «finzione di verità» a opera del SAVIGNY, vi era stata, nella dottrina francese a cavallo tra il XVII e il XVIII sec. (v., tra tutti, J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Chez Jean Baptiste Coignard, 1689; nonché R.J. PHOTIER, *Traité des obligations*, Paris, Debur l'aîné, 1761), un'interpretazione del giudicato volta ad assimilarlo a una

Più in generale, dunque, la teoria «sostanziale» del giudicato ritiene che la forza, l'imperatività propria del giudicato tragga fondamento da una serie di precetti aventi applicazione nel terreno del diritto sostanziale e, per effetto di quest'ultimi, operi per mezzo della creazione di una situazione giuridica sostanziale di tenore analogo a quella dichiarata nell'atto-sentenza²³. Tale situazione giuridica sostanziale trova la propria spiegazione teorico-genetica secondo varie ricostruzioni, corrispondenti alle peculiarità delle molteplici tesi dei vari Autori²⁴ che hanno declinato in maniera personale la visione circa l'essenza del giudicato sostanziale, quali (a titolo di esempio): l'equiparazione tra la sentenza e una «*lex specialis*» produttiva di diritto; l'analogia tra la sentenza e un negozio giuridico; la spiegazione della sentenza come particolare fattispecie legale cui l'ordinamento riconnette la potenzialità creativa di situazioni e rapporti giuridici. Tuttavia, aldilà di tali piccole differenze ricostruttive, ciò che davvero rappresenta l'essenza comune a tutti i teorici fautori di una concezione sostanziale del giudicato è una certa «efficacia costitutiva sostanziale della sentenza», *rectius*: l'assegnazione alla sentenza passata in giudicato di un particolare tipo di efficacia che consiste

«presunzione di verità», ossia una specie di presunzione legale di tipo *iusuris et de iure* tale, dunque, da non consentire alcuna prova in senso contrario (infatti, vi fu l'inclusione del giudicato, all'interno del *Code civil* napoleonico del 1804 – in part. nella disposizione dell'art. 1350 –, tra le presunzioni di tipo legale). Per una critica al significato «assiologico» del giudicato, proprio della teoria della «presunzione di verità», basata sull'idea che il legislatore non voglia (né possa) obbligare a considerare come «vero» il contenuto delle statuizioni giudiziali ma, semmai, si preoccupi di garantire la stabilità e l'immutabilità del complesso degli effetti derivanti dalla decisione, cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3^a ed., Napoli, Jovene, 1923, p. 909. Di recente, riprende la riflessione sul giudicato come «strumento della verità processuale», S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., in part. p. 28. L'Autrice, in argomento, sostiene che «[...] la bontà di una decisione non [ha] a che fare con ciò che è "giusto" in senso assoluto, né con ciò che è "vero" in senso assoluto. Una sentenza è "buona" se è il risultato di un procedimento (*rectius* processo) che si è svolto nel rispetto delle regole di procedura e se il caso di specie è stato sussunto correttamente nel quadro normativo applicabile».

²³ V., sul punto, le chiare osservazioni di G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 813; nonché la precisa e sintetica spiegazione contenuta in E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 6, ove viene mostrato come «[i] seguaci della teoria sostanziale, che trovano nel riferito atteggiamento del Savigny una prima formulazione del loro punto di vista, ritengono che la sentenza passata in giudicato sia fonte diretta e immediata della configurazione che assumono i rapporti giuridici delle parti con riguardo all'oggetto della lite».

²⁴ Tra gli Autori, seguiti alla via interpretativa (per così dire) aperta dal SAVIGNY, che hanno abbracciato una visione «sostanziale» del giudicato v. R. COESTER, *Die Rechtskraft des Staatsakte*, München, Duncker & Humblot, 1927; C. CROME, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, Tübingen, Mohr, 1900-1912; M. PAGENSTECHE, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, Berlin, F. Vahlen, 1904; O. BÜLOW, *Absolute Rechtskraft des Urtheils*, Freiburg, Mohr, 1894; J. KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888; C.G. FREUDENSTEIN, *Die Rechtskraft nach der Reichscivilprozessordnung und ihre Wirkungen auf die subjectiven Rechte*, Hamburg, Preußischer Kulturbesitz, 1884.

nel ricadere sulla situazione sostanziale con portata costitutiva, modificativa o estintiva – per il rapporto giuridico oggetto di contesa – secondo il *proprium* del contenuto di accertamento della sentenza.

Tale visione non è andata però esente da critiche²⁵ le quali hanno aperto la via a un nuovo inquadramento del giudicato diametralmente opposto rispetto alla citata teoria «sostanziale» contenuta negli studi del SAVIGNY. Tale contraria visione, identificabile quale polo opposto del dibattito sul punto del giudicato, è stata definita come teoria «processuale» e trova la sua formulazione prima nell'opera del BRINZ²⁶. In essa, si è sostenuto che il concetto di «finzione di verità» proprio della teoria «sostanziale» ha una validità teorica e, come tale, consente al giudicato una funzione creativa, ossia di «*ius facere*», ma, tuttavia, tale effetto viene relegato a una posizione di eccezione limitata a casi residuali²⁷. Viceversa, l'opposta regola generale impone che, nella normalità della casistica processuale, laddove una stessa questione venga portata nuovamente *sub iudice*, ci si limiti ad allegare l'*exceptio rei iudicatae*, basandosi sul solo fatto che si sia già giudicato, ossia senza riferimento alcuno al contenuto della sentenza.

Da ciò discende che, secondo la teoria «processuale» del giudicato, non possa esistere un diritto creato dalla sentenza, la cui natura non consente di porsi come fattore genetico o estintivo di diritti in senso civilistico²⁸, bensì possa limitarsi unicamente a porre un'incontestabilità in senso rigorosamente processuale, *id est*, a creare soltanto obblighi in capo agli organi giudicanti²⁹.

Tale approccio divenne, ben presto, il più seguito nella riflessione giuridica

²⁵ Si rinvia, tra tutte, alle contestazioni contenute in E.I. BEKKER, *Die processualische consumption im classischen römischen recht*, cit., con part. rif. p. 13 ss.; G.W. WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocess*, Leipzig, 1878, in part. p. 574 ss.

²⁶ A. VON BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlangen, Deichert, 1873, in particolare p. 348 ss.

²⁷ Consistenti secondo l'Autore nei rari casi ove il giudicato assume una valenza c.d. *erga omnes* e, dunque, pare assumere una sembianza normativa.

²⁸ Riprende questo ordine di argomentazioni anche K. HELLWIG, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft*, Leipzig, 1901, in part. p. 12 ss.

²⁹ Cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 790. *Ivi*, si afferma che «[...] l'effetto del giudicato sarebbe unicamente quello di creare obblighi a carico di eventuali nuovi giudici (o magari dello stesso giudice, che ha prima pronunciato, se dinanzi a lui venga di nuovo portato il processo)». Tale visione corrisponde, all'interno della bipartizione della «*exceptio rei iudicatae*» romana ricavata dal KELLER e (poi) dal SAVIGNY (v. *supra*), alla sola «funzione negativa» del giudicato. Per una definizione di «teoria processuale» del giudicato v., anche, E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 6, il quale, sinteticamente, la identifica con quell'orientamento che «[...] nega qualsiasi influsso della sentenza sulla situazione giuridica dedotta in giudizio e ravvisa l'essenza del giudicato nel vincolo di ogni futuro giudice all'accertamento risultante dalla pronuncia, con la conseguenza (più o meno apertamente espressa) che quella situazione giuridica rimane per conto suo invariata e quindi, in ipotesi, non coincidente con la sentenza».

tedesca³⁰, la quale parve sbilanciarsi in misura maggiore, tra i due lembi del dibattito, verso il corno «processuale» della teoria del giudicato³¹. Ciò, forse, per una ragione culturale ravvisabile, secondo alcuni³², nella crescita di autonomia scientifica degli studi processualistici e nel loro progressivo affrancarsi dai vicini studi civilistici sostanziali con conseguente frattura e separazione tra i due diritti, sostanziale e processuale, oggetto di studio da parte di giuristi di scuole e afferenze diverse.

Come si è sopra accennato, il dibattito esposto per sommi capi, tra sostenitori di una «*formelle Rechtskraft*» (giudicato formale e/o processuale) e interpreti aderenti al filone sulla «*materielle Rechtskraft*» (giudicato materiale e/o sostanziale), si innestò nel dibattito dottrinale esistente in Italia tra gli studiosi del processo impegnati nella riflessione sulla teoria del giudicato.

Esattamente come nell'area tedesca, anche in Italia vi fu una divisione in dottrina tra teorici più vicini alla tesi processuale del giudicato³³ e (in un momento

³⁰ Si segnalano, senza pretesa di esaustività, i lavori di L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 13^a ed., Münchën, Beck, 1981, in part. par. 152; E. BÖTTICHER, *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozess*, Berlin, Liebmann, 1930; J. GOLDSCHMIDT, *Der prozess als Rechtslage*, Berlin, J. Springer, 1925; F. LENT, *Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozess*, Leipzig, 1916.

³¹ Ciò non significa che, pur in presenza di una corrente di pensiero maggioritaria, non vi fossero alcuni detrattori, in particolare autori che sostennero con validità e grande pregio scientifico il percorso proprio della opposta «teoria sostanziale». Cfr., per un riferimento a tali Autori, la nota n. 24 del presente lavoro.

³² Tra cui, molto chiaramente, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 791, il quale, nel cogliere tale nuovo approccio culturale, sottolinea come emerge, altresì, l'idea che il diritto processuale fosse un sistema chiuso, ossia un settore dell'ordinamento dotato, oltretutto di norme giuridiche proprie, di strumenti in grado di risolvere ogni questione al proprio interno senza bisogno di alcuna osmosi o rinvio ad altri rami del diritto. Gli studiosi che si affacciavano all'interpretazione del *corpus* di norme del sistema ritenevano di essere in grado di elaborare in totale autonomia i propri concetti e le proprie categorie, quali (ad esempio) quella di giudicato in esame. Tale compiuto isolamento dei teorici del diritto processuale all'interno del proprio alveo metodologico/concettuale, con disinteresse assoluto per i fenomeni propri del diritto sostanziale, venne criticato da E. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 697, ricorrendo alla metafora della «gabbia». Ivi, infatti, l'Autore afferma che tale approccio, dal quale prende le distanze, sia «[...] una gran gabbia nella quale il pubblico non avrebbe accesso, se non per porgere ai giudici, chiusi là dentro, suppliche, istanze, esposti, od altri materiali da elaborare».

³³ In particolare, v. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, Giuffrè, 1963; E. REDENTI, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, Società ed. lib., 1911; A. ROCCO, *Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, Modena, Soliani, 1904. Circa il CHIOVENDA v'è dubbio sulla Sua collocazione tra i fautori di una teoria processuale del giudicato nonostante secondo taluni, anzi, Egli rappresenterebbe proprio l'archetipo della concezione processuale italiana del giudicato. Ciò in quanto è sorto un dibattito tra alcuni Autori (tra tutti il LIEBMAN e l'HEINITZ) in merito alla Sua ricostruzione del giudicato che ha portato a ritenerlo, o un oppositore di una nozione meramente processuale del giudicato o, quantomeno, l'idea-

cronologicamente di poco successivo) giuristi più vicini alla concezione sostanziale dello stesso³⁴.

tore di una concezione mediana e intermedia tra i due estremi. In particolare, l'elemento di specificità del pensiero dell'Autore viene ravvisato nel costante riferimento ch'egli fa, nelle sue principali opere (v., tra tutte, G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, Ed. Foro it., 1931, in part. p. 407 ss.; nonché ID., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1906, in part. p. 338 ss.) al concetto di «volontà concreta di legge» e di «bene della vita» in relazione alla definizione di giudicato. Tali elementi, infatti, esulano dalle tradizionali teorie processuali del giudicato (e connotano nel senso di una certa innovatività il pensiero del CHIOVENDA), le quali paiono limitate, com'è noto, a precisare il mero effetto negativo di esso nell'accezione di preclusione a ogni nuova pronuncia sulla medesima questione da parte di un nuovo giudice. Tra i sostenitori della concezione processuale figurano anche C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 1485 ss.; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., in part. p. 79 ss.; E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma, Ed. Foro it., 1936; E.T. LIEBMAN (seppur con alcune particolarità proprie nella ricostruzione), *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, I, p. 237 ss.; S. SATTA, *Premesse generali alla dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 352. All'elencazione potrebbe anche aggiungersi, per certi versi, A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, Jovene, 1965. Ritiene, invece, E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 6, che una piena adesione alla teoria processuale in senso rigoroso, così come formulata dai primi Autori tedeschi, in Italia si abbia avuta solo con l'HEINITZ, in quanto gli altri Studiosi, che la tradizione include tra i teorici vicini alla visione processuale del giudicato, a un'indagine maggiormente approfondita risultano divergere dalla visione più ortodossa di tale teoria al fine di evitarne gli inconvenienti pratici più macroscopici e/o per trovare soluzioni di compromesso più consone all'obiettivo di superamento del dibattito radicale esistente in tema di giudicato sostanziale/giudicato processuale.

³⁴V., come «aprifila», F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1925, in part. p. 270 ss., ove viene concepita l'idea che la sentenza equivale a una sorta di «comando», più precisamente una statuizione del giudice che comporta un'integrazione della norma giuridica con riferimento alla *res litigiosa* concreta. Questo implica, per usare le parole dell'Autore, che «[...] prima esisteva una *lex generalis per tutti i casi*, cioè un comando in ipotesi, ora esiste una *lex specialis*, cioè un comando in tesi, proprio di quel caso e per quel caso». Cfr., anche, ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, Ed. Foro it., 1956, n. 79. Tra gli Autori successivi, convinti sostenitori di un'accezione sostanziale della cosa giudicata, v. A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, I, in part. p. 16; F.D. BUSNELLI, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 1317 ss.; M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, Giuffrè, 1958; E. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, II, p. 257 ss.; E. ALLORIO, *Natura della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, p. 215 ss.; ID., *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, Giuffrè, 1935, in part. p. 3 ss.: «[...] la sentenza dichiarativa, divenuta irrevocabile, determina un nuovo regolamento dei rapporti sostanziali con essa decisi: il quale, se conforme a quello, che già in precedenza la legge dettava per quei rapporti (caso della sentenza giusta) concorre col regolamento precedente; mentre, se ne è difforme (caso della sentenza ingiusta) lo sostituisce».

3. Il giudicato nell'ordinamento positivo italiano: esegesi e teoria

È importante ribadire, sin da subito, come lo *iato* teorico esposto nel paragrafo precedente interessò anche il legislatore italiano, il quale nel momento in cui si trovò, nel corso dell'importante opera di emanazione dei nuovi codici (civile e processuale civile) del 1942, ad affrontare la questione del giudicato, al fine di dettarne una disciplina positiva, decise di non prendere posizione espressa tra le due citate visioni tra loro opposte esistenti in dottrina e le recepì entrambe contribuendo (forse) a radicalizzare il dibattito *de qua*.

S'intende dire che furono adottate due diverse disposizioni in tema di giudicato inserite, rispettivamente, l'una nel nuovo Codice civile del 1942 e l'altra all'interno dell'altrettanto nuovo Codice di procedura civile dello stesso anno.

Quanto alla prima, ci si riferisce all'art. 2909 c.c., la cui rubrica è intitolata «[c]osa giudicata»³⁵, ove si dispone che «[l]'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

Quanto alla seconda, viceversa, il riferimento va all'art. 324 c.p.c., il quale chiaramente è rubricato (in antitesi alla nozione di cui *supra*) «[c]osa giudicata formale», ove nel delineare cosa s'intenda sul piano formale per sentenza passata in giudicato si individua come tale «[...] la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395».

L'ideazione, da parte del legislatore dei due codici (civile e processuale), di una duplice nozione di giudicato ha acuito i termini del dibattito citato³⁶ e, in

³⁵Nonostante il legislatore, nell'emanare la norma contenuta nell'art. 2909 c.c., non abbia adottato per la rubrica l'espressione più pregnante «cosa giudicata materiale» o «cosa giudicata sostanziale», bensì la più generica locuzione «cosa giudicata», non ha impedito alla dottrina di ravvisare, sin da subito, in essa la consacrazione delle riflessioni maturate nel solco della concezione sostanziale del giudicato.

³⁶Seppur, in realtà, a partire dagli anni '50 del secolo scorso in dottrina si è avviato un percorso, da parte di alcuni, volto al superamento (lo stesso è avvenuto anche in Germania, culla della genesi del contrasto teorico in commento) di tale rigida forma di contrapposizione tra teoria processuale e teoria sostanziale (ortodosse) al fine di non rendere il dibattito sterile e meramente nominalistico (e come tale incapace di risolvere i veri aspetti problematici). Vi furono sempre più, pertanto, teorie intermedie o teorie di nuova costruzione personale degli Autori che si avvicinavano allo studio dell'istituto del giudicato. In particolare, sono state proposte teorie c.d. «monistiche» (proprio in quanto volte a porsi aldilà del dualismo giudicato formale/giudicato sostanziale) tra le quali si segnala, per l'importante seguito avuto e il peculiare e suggestivo approccio al problema del giudicato, quella della c.d. «efficacia preclusiva sostanziale» elaborata dal FALZEA (cfr. A. FALZEA, voce *Accertamento*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 209 ss.; ID., voce *Efficacia*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1958, p. 498 ss.). L'Autore, infatti, afferma che dal

particolare, ha fatto sorgere l'interrogativo circa l'esistenza o meno di due nozioni ontologicamente separate e autonome di giudicato, l'uno materiale/sostanziale (art. 2909 c.c.) e l'altro formale/processuale (art. 324 c.p.c.), e, di converso, circa gli eventuali rapporti tra i due concetti.

Al fine di riprendere brevemente tale annosa questione, va rilevato che il problema è stato affrontato da due differenti angoli visuali³⁷: da un lato, si ritiene che la locuzione «cosa giudicata» si declini come diverso concetto giuridico negli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c.; dall'altro, viceversa, si considera che l'espressione «cosa giudicata» abbia un unico significato e, conseguentemente, che le due disposizioni ideate dal legislatore italiano si riferiscano al campo di applicazione (rispettivamente, processuale o sostanziale) dell'unitario istituto.

Il primo approccio interpretativo muove dall'idea di una duplicità di significati della locuzione «giudicato» a seconda che venga intesa nell'accezione di «cosa giudicata formale» o «cosa giudicata sostanziale».

Prima facie si è sostenuto³⁸ che l'espressione «giudicato» abbinata all'aggettivo «formale» denoti un concetto giuridico idoneo a indicare una sentenza non più soggetta a impugnazione con possibilità, dunque, di dispiegare per intero gli effetti propri del tipo di appartenenza (es. costitutivi, dichiarativi, ecc.).

All'inverso, l'attribuzione dell'aggettivo «sostanziale» consentirebbe di esprimere un concetto di giudicato differente e corrispondente a quel «fare stato» (di difficile enucleazione, tuttavia, nei suoi effetti propri) di cui all'art. 2909 c.c.

Per contro, altra Autorevole dottrina³⁹, nel tentativo di porre chiarezza sul dilemma interpretativo qui riportato per sommi capi, ha impostato il proprio percorso argomentativo sull'elemento di comunanza tra i due articoli citati, ravvisato nell'espressione «*passata in giudicato*» che si ritrova tanto nell'art. 2909 c.c. quanto nell'art. 324 c.p.c. Di qui ne ha tratto la conseguenza⁴⁰ che l'art. 324

giudicato discenda un effetto di tipo preclusivo (la premessa metodologica di tale approccio consiste nell'individuare, tra le categorie dei fatti, oltre a quelli costitutivi e dichiarativi, un *tertium genus* consistente nei fatti preclusivi, ad es. prescrizione, usucapione, ecc.) nell'ambito del diritto sostanziale idoneo a produrre una soluzione di continuità nel divenire giuridico. Ciò in quanto viene preclusa ogni possibile indagine in merito alla sussistenza di situazioni sostanziali conformi o difformi al giudicato stesso eliminando, di conseguenza, qualsiasi incertezza su di esse. V., anche, l'approccio moderato del MENCHINI (S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, Utet, 1998, p. 408), il quale, nel sottolineare la complementarietà (più che la rigida distinzione) tra giudicato formale e giudicato sostanziale, afferma che ambedue «[...] sono in modo identico necessari per realizzare lo scopo perseguito dal legislatore (la certezza delle relazioni giuridiche intersoggettive)».

³⁷ V., in proposito, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 801.

³⁸ *Ibidem*, p. 802.

³⁹ Ci si riferisce a G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 802.

⁴⁰ L'Autore, *ivi*, ritiene che la Sua ricostruzione attuale rappresenti, in realtà, una lettura che

c.p.c. svolga una funzione definitoria consistente proprio nel precisare cosa si intenda per passaggio in giudicato di una sentenza, in funzione anche dell'art. 2909 c.c. ove, come detto, si riscontra un'omologa espressione.

Il ruolo dell'art. 324 c.p.c., dunque, assurgerebbe a linea di demarcazione tra i vari mezzi di impugnazione esistenti nell'ordinamento al fine di fissare un distinguo tra mezzi di impugnazione c.d. «ordinari» (regolamento di competenza, appello, ricorso per cassazione, revocazione ai sensi dell'art. 395, nn. 4 e 5, c.p.c.), i quali – durante la loro proposizione o in pendenza del relativo termine decadenziale per l'esperimento – impediscono la formazione del giudicato, e mezzi di impugnazione c.d. «straordinari» a carattere eccezionale (opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404, commi 1 e 2, c.p.c. e revocazione *ex art.* 395, nn. 1, 2, 3, 6, c.p.c.), i quali, di converso, non posseggono tale effetto impeditivo bensì possono porsi come condizione risolutiva degli effetti della sentenza impugnata (anche se passata in giudicato).

Perciò, in analogia al meccanismo di operatività delle condizioni sospensive (*rectius: condiciones iuris* sospensive), fintanto che le impugnazioni «ordinarie» non siano esperite e (contestualmente) non sia decaduto il termine per il relativo esperimento (o, ancora, non sia stata prestata acquiescenza), si permane in una situazione di pendenza della lite e di assenza di giudicato.

Qualora, invece, si sia realizzata una delle predette condizioni si avrà la conclusione del processo con annesso passaggio in giudicato della lite, salva la proposizione dei mezzi di impugnazione straordinaria segnalati i quali, al pari di una *condicio iuris* di tipo risolutivo, determineranno appunto la risoluzione degli effetti dell'atto impugnato anche passato in giudicato.

Grazie a tale puntualizzazione terminologica, la linea interpretativa considerata ha conferito un duplice significato complementare alle locuzioni «cosa giudicata formale», da un lato, e «cosa giudicata sostanziale», dall'altro.

Il significato della «cosa giudicata formale» di cui all'art. 324 c.p.c. dovrebbe apprezzarsi, dunque, nella sua accezione di «passaggio in giudicato», ossia, come detto poco sopra, quel momento in cui, grazie a una serie di requisiti formali e processuali, si produce il giudicato sulla lite e, perciò, la stabile e intera produzione degli effetti della sentenza conclusiva⁴¹, salvo l'intervento, in chiave risolu-

coglie il punto di arrivo di un lungo percorso storico, le cui tappe principali sono: «a) l'introduzione dell'appello e poi di altri mezzi di impugnazione; b) la formazione del principio che l'appellabilità e poi, più ampiamente, l'impugnabilità della sentenza fossero di ostacolo al sorgere della res iudicata; c) infine la distinzione tra mezzi di impugnazione ordinari e straordinari».

⁴¹ Per completezza, si sottolinea che il riferimento alla locuzione «sentenza», per spiegare gli atti che possono acquistare l'autorità di giudicato, è volutamente esemplificativo ma non esaustivo, giacché, a essere rigorosi, non solo gli atti aventi la forma esteriore della sentenza sono idonei a passare in giudicato. Infatti, oltre alle sentenze «in senso formale», nell'ambito definito dall'art. 279 c.p.c. (rubricato «forma dei provvedimenti del collegio»), hanno idoneità ad acquisire l'auto-

tiva di essi, di eventuali mezzi di impugnazione straordinari.

La locuzione «cosa giudicata sostanziale» dovrebbe assumere il senso pregnante dell'espressione latina «autorità della cosa giudicata»⁴² al fine di rimarcare lo specifico valore di vincolo proprio della sentenza su di una lite passata in giudicato.

Tale approccio interpretativo ha avuto il merito di riportare a unità la frattura dottrinale esistente tra le due teorie del giudicato, quella processuale e quella sostanziale (che, come visto *supra*, avevano diviso gli Autori tedeschi, oltretutto italiani), in quanto asserisce la validità teorica di ambedue le ricostruzioni purché collocate nei rispettivi ambiti. Ciò a dire che, da una parte, la teoria «processuale» ha una propria area di validità nel terreno processuale riferendosi al giudicato formale, da intendersi come giudicato che si realizza unicamente all'interno del processo, e, dall'altra, che la «teoria sostanziale» lo è altrettanto per il versante sostanziale, ossia per l'ambito del giudicato sostanziale che si ricollega al rapporto oggetto del giudizio e sul quale si è pronunciato il giudice con l'atto-sentenza⁴³.

Più chiaramente, secondo tale interpretazione il giudicato formale avrebbe valore di vincolo e forza di autorità con riferimento al solo processo pendente, mentre il giudicato sostanziale dispiegherebbe la medesima forza oltre il processo⁴⁴,

rità della cosa giudicata anche tutti quei provvedimenti giudiziali (es. ordinanze, decreti, ecc.) che, sebbene rivestiti di una «forma» diversa da quella strutturalmente propria della sentenza (v., a proposito, i requisiti formali di cui all'art. 132 c.p.c.), hanno una «sostanza» (*id est*: un contenuto) identico a quello fissato dal citato art. 279 c.p.c. per il quale, in via generale (in assenza di precise deroghe legislative), andrebbe pronunciata una sentenza anche in senso formale. Da ciò si può comprendere come l'espressione «sentenza passata in giudicato» contenuta nell'art. 2909 c.c. vada intesa, al fine di comprendere l'esatta estensione della figura dell'autorità del giudicato, in un'accezione «sostanziale», e non meramente «formale» (ossia legata al solo *nomen iuris*). Nello stesso senso, cfr. E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 8, nella parte in cui si ammette che «[...] riceve un trattamento equiparato a quello della sentenza ed è quindi anche idoneo ad acquistare l'autorità della cosa giudicata, ogni provvedimento – qualunque sia la sua forma – che abbia un contenuto decisivo, in quanto pronuncia con efficacia vincolante sui diritti delle parti o sulla sorte del processo»; nonché, nello specifico, C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1978, vol. II, p. 262; E. GARBAGNATI, *Sull'impugnazione dei provvedimenti emessi in forma di ordinanza*, cit., p. 285.

⁴² V. nota n. 14.

⁴³ Il vero problema di una tale interpretazione, secondo G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 801, è quello di individuare quale giudicato sarebbe di tipo formale e, come tale, operante soltanto all'interno del processo, e quale, viceversa, sostanziale con ambito di azione diretta sul rapporto. La giurisprudenza più datata che si è occupata del problema ha identificato con il concetto di giudicato formale il giudicato formatosi sulle pronunce riferite a questioni di giurisdizione e/o competenza, in quanto ambito di autorità della statuizione con margine applicativo ristretto al solo processo di cui alla sentenza emanata senza alcuna forza difuori di esso e/o in ulteriori processi.

⁴⁴ Cfr., in argomento, G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, I, Torino, Giappichelli, 2005, in part. p. 277, nella parte in cui ammette che «[...] è solo attraverso il richiamo al giudicato sostanziale».

proiettandosi direttamente sul rapporto sostanziale e operando in ogni eventuale/futuro processo che dovesse coinvolgere il medesimo rapporto deciso.

Sviluppando maggiormente tale approccio metodologico si può dire, quindi, che la sentenza passi in giudicato formale quando non siano più esperibili mezzi d'impugnazione di tipo ordinario (perché già presentati e decisi, ovvero per decorrenza dei termini decadenziali) così come suggerito da un'interpretazione letterale dell'art. 324 c.p.c., ove si esplicita, per l'appunto, che «[...] *s'intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395*».

A *contrario*⁴⁵, un ulteriore corollario interpretativo è quello per cui lo stesso art. 324 c.p.c. pone, al contempo, implicitamente la regola circa l'irrelevanza della pendenza e/o dell'esperimento di mezzi di impugnazione di tipo straordinario⁴⁶ sul passaggio in giudicato formale della sentenza.

ziale e precisamente al profilo dell'«accertamento», che si può riuscire a spiegare il fenomeno dell'espansione del giudicato al di fuori del processo in corso, sia sui rapporti legati da nessi di pregiudizialità-dipendenza, sia in quei casi in cui la sua efficacia si estende ad eventuali terzi che non hanno partecipato al processo».

⁴⁵ V., *amplius*, le argomentazioni di E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 3. L'Autore, infatti, ricava detta regola dalla constatazione che il legislatore ha ritenuto, nel momento in cui ha elaborato l'istituto in esame, di rilievo trascurabile la circostanza che, avverso una certa sentenza, fossero proponibili mezzi d'impugnazione straordinaria, avendo presente anche il fatto che quest'ultimi sono esperibili a tempo indeterminato. Pertanto, o si escludeva del tutto l'esistenza di un giudicato formale, stante la pendenza *sine die* del termine per le impugnazioni straordinarie, o (come poi scelto dal legislatore) si giudicava sufficiente, per attribuire la qualifica di «passata in giudicato» a una sentenza, il solo fatto di non essere più soggetta a impugnazione del tipo ordinario. Nel senso che il nostro ordinamento ha accolto un'immutabilità di tipo «relativo» v. A. ATTARDI *Diritto processuale civile*, cit., p. 416. L'Autore, *ivi*, partendo dalla premessa che il legislatore possa declinare secondo diverse modalità l'immutabilità della sentenza, ha individuato due possibili opzioni normative a riguardo: l'una, definibile come «assoluta», volta a riconoscere rilievo all'immutabilità della sentenza solamente laddove non sia più possibile esperire alcun gravame o mezzo d'impugnazione; l'altra c.d. «relativa», invece, che ritiene sufficiente allo scopo unicamente che la sentenza non sia più assoggettata alla possibilità di riesame con i mezzi di tipo «ordinario» (ferma restando la possibile riapertura del processo, attraverso i mezzi d'impugnazione «straordinari», laddove vengano scoperti successivamente vizi occulti). Di qui l'idea che «[...] *emerge, peraltro, chiaramente, che, nel sistema vigente, cosa giudicata, o giudicato, formale implica solo un'immutabilità relativa della sentenza, dal momento che si ha passaggio in giudicato di questa pur se essa sia impugnabile per revocazione per i motivi di cui ai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395, motivi che sono relativi a circostanze che possono concretarsi o venire a conoscenza della parte interessata anche ad anni di distanza dalla pubblicazione della sentenza stessa*». V., anche, quanto osservato da S. MENCHINI, *Rejudicata civile*, cit., p. 409, il quale indica, come caratteri del giudicato formale, «[...] *la raggiunta stabilità del provvedimento giurisdizionale, il quale non è revocabile dal giudice che lo ha emesso, e non è annullabile dai giudici superiori, essendo ormai inoppugnabile dalle parti*».

⁴⁶ Tali sono, come già accennato, la revocazione *ex art.* 395, nn. 1, 2, 3, 6, c.p.c. e l'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404, commi 1 e 2, c.p.c.

L'esistenza di un giudicato formale, tuttavia, sebbene impedisca ogni impugnazione contro una determinata sentenza, non è da sola sufficiente per realizzare appieno gli scopi propri della funzione giurisdizionale e del giudicato, tra i quali, come si è già anticipato, la stabilità delle decisioni e la conseguente certezza del diritto.

Infatti, il solo passaggio in giudicato della sentenza offre di per sé protezione – come si è appena visto – unicamente all'atto-sentenza, ma non a quanto corrisponde al contenuto decisorio della stessa. E, poiché è sempre immanente il rischio che il medesimo rapporto giudicato venga riproposto, non nel medesimo contesto processuale, bensì in un diverso giudizio nel quale ci si potrebbe trovare di fronte alla seria possibilità di emanare decisioni contrastanti con la prima pronuncia (con evidenti conseguenze intollerabili per la coerenza e l'unità dell'ordinamento giuridico), si è reso necessario proteggere, oltre all'atto-sentenza, anche il contenuto della decisione nel suo complesso di effetti.

Si è, pertanto, individuato un altro versante/aspetto dell'unitario concetto di giudicato corrispondente, in dottrina, a quanto definito con la locuzione «giudicato materiale/sostanziale».

Sul versante materiale/sostanziale il giudicato rende il contenuto del *decisum* giudiziale vincolante, oltreché immodificabile, proprio perché identifica quella che è la regola concreta che deve disciplinare, a norma del diritto positivo vigente, il rapporto oggetto della controversia⁴⁷.

Ne discende che tale rapporto, una volta formatosi il giudicato formale, per opera dell'art. 2909 c.c. (norma che positivizza il versante sostanziale del giudicato) farà «[...] *stato a ogni effetto fra le parti, i loro eredi o aventi causa*».

Ed è proprio la locuzione «fare stato ad ogni effetto» che conferma, all'interno della disposizione di cui all'art. 2909 c.c., che il rapporto giuridico veicolato in giudizio dovrà avere valenza ed essere considerato *pro futuro*, in qualunque contesto processuale e/o extraprocessuale, così come accertato nella sentenza passata in giudicato con stabilità e immutabilità di effetti⁴⁸.

⁴⁷ Si veda la chiara esegesi dell'art. 2909 c.c. offerta da E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 4.

⁴⁸ Nello stesso senso E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 4, ove in merito all'espressione «fare stato ad ogni effetto» dell'art. 2909 c.c. se ne inferisce il carattere di «[...] *indubbio significato, anche se di dubbia eleganza linguistica: in qualsiasi occasione e in tutte le sedi giudiziarie e non giudiziarie, il rapporto giuridico o, più genericamente, la situazione giuridica che ha formato oggetto della sentenza varrà e sarà considerato fra le parti così come la sentenza lo ha accertato, con i suoi eventuali effetti complementari costitutivi od esecutivi*». Sulla centralità del «diritto all'immodificabilità» del giudicato cfr. S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 18: «[...] *il diritto all'immodificabilità è la risposta ad uno degli scopi principali del processo, ossia quello di ottenere una certezza, in linea di principio, non più discutibile. La certezza del diritto, o più correttamente, la certezza del *decisum*, è, del resto, il più importante risultato che da sempre accompagna le decisioni del giudice dotate dell'autorità del giudicato*».

Tuttavia, tale versante sostanziale del giudicato, e dunque l'autorità propria dello stesso, ha avuto nella dottrina italiana un'oscillazione di significato, come già in quella tedesca, tra una visione volta ad attribuirvi una mera «funzione negativa» e una, di converso, che vi scorgeva una «funzione positiva»⁴⁹.

Dapprima si è attribuita all'autorità del giudicato una mera «funzione negativa», come espressione del principio «*ne bis in idem*», risolvendo l'autorità di giudicato in una mera preclusione (*id est*: divieto) in capo al futuro giudice di giudicare nuovamente quanto oggetto di una controversia già decisa con sentenza passata in giudicato⁵⁰.

Tale visione è stata però gradualmente superata, lasciando il campo alla teoria sulla c.d. «funzione positiva» del giudicato, per opera delle critiche che le sono state mosse da una serie di Autori⁵¹, i quali ne hanno mostrato l'insufficienza ai fini della stabile protezione del risultato ottenuto nel processo.

Si è infatti ritenuto che la funzione negativa del giudicato (e, dunque, il mero

⁴⁹ Per un approfondimento completo sul dibattito *de qua* si rinvia a G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 818 ss., il quale osserva come tale dibattito, avviato all'interno delle scuole di stampo romanista ottocentesche, si fondi sull'alternanza di significato da attribuire al giudicato tra una visione riduttiva che lo confina a mera preclusione di futuri giudizi *de eadem re* e, viceversa, un approccio positivo che si sostanzia nell'imposizione a ogni futuro giudice (che si trovi a confrontarsi con la medesima questione) dell'obbligo di giudicare in senso uniforme o, quantomeno, non difforme al giudicato esistente.

⁵⁰ Si richiama, per quanto riguarda la dottrina tedesca, quantomeno il capostipite della teorizzazione riportata, ossia L. BÖTTICHER, *Kritische Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft im Zivilprozeß*, cit., in part. p. 139 ss.; e, con riferimento alla dottrina italiana, A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, F. GALGANO (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 1960, in part. p. 295; M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, cit., in part. pp. 92 e 121; con adesione minore alla tesi si segnala anche E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, cit., in part. p. 1324 nonché C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, cit., p. 41 ss.

⁵¹ Si rinvia, tra tutti, per la completezza delle argomentazioni esposte, alle critiche contenute in E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., in part. p. 87; nonché per un'efficace sintesi del dibattito in analisi a G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 820. Nello specifico della critica rivolta alla teoria del vincolo meramente negativo del giudicato materiale v., anche, A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 428, il quale afferma che «[c]hi sottolinea il momento cosiddetto negativo dell'istituto del giudicato per lo più si richiama al principio del *ne bis in idem* – la pronuncia di una decisione di accertamento dell'esistenza di una situazione giuridica sostanziale estinguerebbe automaticamente l'azione e il correlativo potere di giurisdizione – o all'esistenza di un'apposita norma che sancirebbe, di fronte ad un accertamento giudiziale, il divieto dei futuri giudici di pronunciarsi nuovamente sulla medesima questione e, quindi, il venir meno del potere giurisdizionale di tutti i giudici: e in tal modo la cosa giudicata è considerata un effetto della sentenza come fatto e non già come atto e – pur restando fermo che il giudicato riguarda l'accertamento giudiziale contenuto nella sentenza – viene escluso che la cosa giudicata materiale contrassegni l'efficacia d'accertamento della decisione giudiziale. Tale modo di intendere il giudicato non spiega affatto la forza vincolante di una sentenza in un successivo processo».

divieto di giudicare nuovamente) sia idonea e sufficiente a proteggere l'efficacia del giudicato, o meglio, il risultato raggiunto per opera della decisione contenuta nella sentenza passata in giudicato, soltanto quando si dibatta di una lite nuova ma identica in tutto e per tutto alla precedente.

Viceversa, tale funzione si dimostra assolutamente manchevole ove la cosa giudicata venga invocata in un nuovo processo vertente su di una lite diversa dalla precedente ma legata a essa da un rapporto di dipendenza logica⁵².

In tal caso, ciò che il giudicato impone al nuovo giudice non è tanto, come nell'idea della funzione negativa, un dovere di astensione totale da ogni possibile giudizio sulle questioni della lite già decisa, bensì un *quid pluris* consistente nell'assumere ciò che è stato deciso nella sentenza cui il giudicato si riferisce per porlo come base decisoria incontestabile (o premessa certa) del giudizio di fronte a lui pendente avente a oggetto una lite diversa ma dipendente logicamente dalla prima⁵³.

⁵² Spesso, infatti, i rapporti giuridici all'interno di un dato ordinamento sono posti in relazione tra loro sulla base di varie forme di collegamento. In particolare può sussistere tra questi un legame di dipendenza, *rectius*: «pregiudizialità», ossia un tipo di connessione che si ha qualora tra due (o più) diritti e/o rapporti l'uno (o gli uni) si caratterizza (si caratterizzano) come antecedente/i logico giuridico/i necessario/i dell'altro (altri) in modo da rientrare nella più ampia fattispecie del secondo rapporto e condizionarlo. Infatti, laddove il rapporto pregiudiziale sia stato accertato con una sentenza passata in giudicato, la parte del rapporto logicamente dipendente da quello pregiudiziale rimane stabilita dal contenuto di accertamento della sentenza passata in giudicato senza che possa essere disattesa dal nuovo giudice. Sul rapporto di «pregiudizialità processuale» si veda, in dottrina, quantomeno, S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, Cedam, 1999; S. MENCHINI, voce *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur.*, I, Roma, Treccani 1995, p. 1 ss.; AA.VV., *Pregiudizialità e connessione nel processo civile. Atti del 16 Convegno nazionale della Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Trieste, 2-3 ottobre 1987, Rimini, Maggioli, 1989; F. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., in part. p. 319 ss.; F. MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, Manz, 1904.

⁵³ Nello stesso senso v. le chiare parole di G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 820, ove l'Autore, nel descrivere tale profilo dell'autorità del giudicato, afferma che «[è] vero dunque che il nuovo giudice non deve più riesaminare il merito della questione e deve rifiutare ascolto a qualsiasi contestazione al riguardo, ma ciò soltanto perché deve fare propria la decisione espressa nel giudicato, assumendola a presupposto dell'ulteriore suo giudizio». Per un esempio chiarificatore di quanto espresso in nota e in corpo cfr. E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 4, nella parte in cui, dopo aver tratteggiato in sintesi il significato attribuito al giudicato dai teorici della funzione positiva, lo dimostra con il caso in cui «[...] se in un precedente giudizio P. è stato riconosciuto padre di F., quest'ultimo, proponendo una domanda per ottenere gli alimenti, non dovrà dimostrare nuovamente il suo rapporto di filiazione, ma basterà che si richiami al precedente giudicato che non potrà essere rimesso in discussione, e il nuovo giudizio dovrà soltanto accertare se sussistono le ulteriori condizioni richieste dalla legge per l'obbligo della prestazione alimentare. In questo e in tutti i consimili casi non basta che il giudice non possa e non debba conoscere del rapporto pregiudiziale: occorre invece che egli lo assuma, così come accertato nella sentenza, quale premessa non contestabile del rapporto dipendente».

In conclusione, si può osservare perciò come la dottrina prevalente, in chiave critica verso la prassi invalsa tra gli Autori volta a creare bipartizioni concettuali dell'istituto del giudicato, ha manifestato la convinzione che ogni distinzione tra le locuzioni di cui agli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c. non valga a validare la tesi che ravvisa una duplicità di significato dell'istituto del giudicato (formale e sostanziale) il quale, in realtà, è unitario⁵⁴: la locuzione «giudicato» indica, infatti, secondo l'Autorevole dottrina già ricordata⁵⁵ «[...] *la lite (o la questione di una lite) giudicata con una sentenza che conclude il processo in tutte le sue prevedibili fasi, in quanto dalla legge è considerata non più impugnabile*».

Pertanto, sembra che si possa superare l'idea circa l'esistenza di due diversi tipi di giudicato, formale e sostanziale, attraverso una scomposizione dell'unitario fenomeno giuridico nei due aspetti dell'insieme dei fatti e del complesso degli effetti⁵⁶.

Ciò a dire che il «giudicato formale» descrive un insieme di fatti, quali la decisione di un organo del potere giudiziario in combinato con ulteriori circostanze come, ad esempio, la decorrenza dei termini per le impugnative o il grado dell'organo giurisdizionale, mentre il «giudicato sostanziale» una serie di effetti, *id est*, l'efficacia e l'autorità del complesso dei fatti appena indicati.

Pertanto, non esistono – a giudizio della stessa dottrina⁵⁷ – due diverse autorità di giudicato, quella formale e quella sostanziale, giacché l'autorità di giudicato è unica ed è quella propria dell'art. 2909 c.c.

L'inimpugnabilità dell'art. 324 c.p.c., infatti, svolge un ruolo servente e strumentale rispetto all'autorità di giudicato di cui all'art. 2909 c.c. e non costituisce un'ulteriore autorità di per sé in quanto, nel sistema italiano, l'art. 2909 c.c. subordina la produzione dell'autorità del giudicato al passaggio in giudicato della sentenza, ovvero alla sua inimpugnabilità, senza porre requisiti ulteriori⁵⁸.

⁵⁴ Analogamente E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 2, il quale, aderendo alla tesi esposta in corpo, afferma che «[I]a cosa giudicata formale è data da una sentenza non impugnabile, o non più impugnabile. Tale sentenza si dice passata in giudicato (cfr. art. 324 c.p.c.). La cosa giudicata sostanziale è data invece dalla decisione vincolante contenuta nella sentenza passata in giudicato (art. 2909 c.c.). La cosa giudicata formale si presenta perciò come il presupposto della cosa giudicata sostanziale (o autorità della cosa giudicata). Ma non si tratta di due diverse specie di "cosa giudicata", bensì soltanto di due diversi aspetti di un'unica cosa giudicata».

⁵⁵ Cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 803.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 805.

⁵⁸ Si potrebbe dire, altrimenti, che l'unitario concetto giuridico di giudicato si declina nei due diversi aspetti di cui agli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c. Nello specifico, l'aspetto formale del giudicato consisterebbe in un fenomeno processuale identificabile con l'esistenza di una sentenza che definisce e conclude il processo, mentre l'aspetto sostanziale dovrebbe attenersi al contenuto dell'atto-sentenza qualificandone l'efficacia con gli attributi della stabilità e della forza pregnante.

In conclusione, vanno rifiutate le teorie che intendano spiegare il giudicato ricorrendo in chiave unidirezionale al solo approccio formale o sostanziale, ma si dovrebbe accogliere una visione composita che, partendo dalla premessa metodologica dell'unità del fenomeno «giudicato», colga al suo interno le implicazioni formali o sostanziali corrispondenti ai diversi angoli visuali di studio. Tali differenti piani consistono, tanto nell'aspetto formale, che si ha qualora si volga lo sguardo unicamente all'interno del processo, quanto nell'aspetto sostanziale, laddove ci si concentri anche sul «di fuori», ossia sulla situazione giuridica sostanziale e/o sul rapporto giuridico dedotti dinanzi al giudice sui quali andranno a dispiegarsi i vari tipi di effetti (dichiarativi, costitutivi, ecc.) propri dei diversi e possibili contenuti delle sentenze⁵⁹.

⁵⁹ Il LIEBMAN (E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 2; ma anche ID., *Efficacia ed autorità della sentenza*, rist., Milano, Giuffrè, 1962, p. 44; ID., *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1980, n. 395), sul punto, completa l'osservazione indagando anche la possibile influenza che l'oggetto della pronuncia può avere sul piano dell'efficacia della sentenza. Infatti, Egli chiarisce che, quando una sentenza intervenga unicamente su «questioni processuali» (es. la valida instaurazione del processo, la sua estinzione, ecc.), l'oggetto del giudicato sarà ristretto a tale ambito non interessando pienamente il merito, se non nella (sola) questione circa l'ammissibilità o meno di una decisione del merito. Diversamente, quando una sentenza intervenga sui profili di merito della controversia, la sua efficacia si dispiegherà pienamente al di fuori del processo in questione realizzando in toto il *proprium* della funzione giurisdizionale. Tale visione, tuttavia, postula già una presa di posizione precisa all'interno della problematica sul giudicato attinente a sentenze che decidano questioni processuali. Infatti, come noto, secondo una parte autorevole e consistente della dottrina (si richiamano, tra i tanti, S. COSTA, *Diritto processuale civile*, Torino, Utet, 1980, p. 242; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, Jovene, 1979, p. 933; L. MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, I, p. 17; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, cit., nn. 79-80; G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1933, I, p. 3; ID., *Cosa giudicata e competenza*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, cit., p. 411) il giudicato si potrebbe formare esclusivamente con riferimento alle sentenze che decidano profili di merito della controversia giacché, per l'appunto, soltanto in tal caso la statuizione giudiziale si troverebbe a realizzare valutazioni e determinazioni in ordine al bene della vita con riguardo alle parti in giudizio (rievocando la nota teoria del CHIOVENDA, cui in nota 4). Viceversa, nel caso di sentenze che risolvano semplicemente «questioni processuali» (tra le quali sono includibili anche le questioni di giurisdizione e competenza), l'unico giudicato che ne potrebbe derivare, se si vuole proprio discutere di giudicato, sarebbe quello «formale» ex art. 324 c.p.c. ma non quello «sostanziale» di cui all'art. 2909 c.c., con l'ovvia conseguenza di produrre un mero effetto preclusivo limitato al processo all'interno del quale furono pronunciate. Nella giurisprudenza più recente, sembra seguire detta posizione Cass., sez. II, 4 luglio 2014, n. 15383, in *Giust. civ. Mass.*; nonché Cass., sez. III, 12 febbraio 2013, n. 3291, in *Giust. civ. Mass.*, 2013 («[l]e sentenze che statuiscono sulla competenza – ad eccezione delle decisioni della corte di cassazione in sede di regolamento di competenza – non sono suscettibili di passare in cosa giudicata in senso sostanziale, poiché la decisione sulla questione di competenza, emessa dal giudice di merito con sentenza non più impugnabile, dà luogo soltanto al giudicato formale, il quale si concreta in una preclusione alla riproposizione della questione soltanto davanti al giudice dello stesso processo, ma non fa stato in un distinto giudizio promosso dalle stesse parti dinanzi ad un giudice diverso»). In senso con-

3.1. Segue. *Il problema del rapporto tra passaggio in giudicato e autorità (propria del) giudicato*

Circa il rapporto tra inimpugnabilità (definita come giudicato formale) e autorità di giudicato (o, come s'è detto, giudicato sostanziale) vanno tuttavia svolte ulteriori precisazioni.

Ci si è interrogati, infatti, in merito al rapporto di necessaria consequenzialità e condizionamento tra giudicato formale e giudicato sostanziale, valutando se l'autorità e il valore di stabilità del giudicato necessiti sempre (e comunque) il previo passaggio in giudicato della sentenza cui si riconnette.

Con un primo approccio meramente logico, il problema pareva potersi risolvere in maniera piana e agevole: se si discute di autorità e forza di giudicato è essenziale e imprescindibile che si sia formato un giudicato; e poiché, come s'è detto *supra*, il giudicato sorge con il passaggio in giudicato della sentenza, ne deriva che quest'ultimo momento è premessa necessaria per discutere di autorità del giudicato⁶⁰.

Tuttavia, a uno sguardo più approfondito e involgente anche considerazioni storico-comparatistiche, si comprende come non vi sia alcuna costante logica e assoluta che imponga un qualche rapporto di necessaria subordinazione tra autorità del giudicato e inimpugnabilità della sentenza, facendo assurgere la scelta,

trario all'orientamento appena esposto, si è collocata, invece, un'altra parte della dottrina (oltre al LIEBMAN, nelle opere in nota, si segnalano F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, cit., p. 271; C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 419; V. DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 1341; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, cit., p. 54), la quale, partendo dal dato letterale degli artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c., giunge alla considerazione che il diritto positivo non imponga alcuna distinzione interna tra le sentenze (per quanto attiene al tipo di questioni decise, di merito o soltanto processuali) e, pertanto, le disposizioni normative in tema di giudicato debbano avere un'applicazione generale, ossia estesa alla generalità delle sentenze (comprese le sentenze sul processo) le quali, una volta passate in giudicato ex art. 324 c.p.c., acqueriranno tutte l'autorità di giudicato (e la connessa stabilità) ai sensi dell'art. 2909 c.c. La suddetta concezione si riconnette, chiaramente, all'idea, già esposta nel corso del presente paragrafo, dell'unicità dell'istituto del giudicato, la quale non ammette alcuna validità teorica alle bipartizioni concettuali volte a separare un giudicato formale da un giudicato sostanziale, ritenendo, infatti, che l'aspetto formale e quello sostanziale siano unicamente due ambiti e due aspetti dell'unitaria realtà in cui si articola il fenomeno del giudicato. Per una sintesi sull'interpretazione del LIEBMAN in merito alle «sentenze processuali» v. E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 9, ove si spiega che «[l]'accertamento che l'art. 2909 rende vincolante comprende anche quello che decide questioni attinenti al processo (art. 279, 2° co., nn. 2 e 4, c.p.c.), anch'esso costituisce un risultato vantaggioso conseguito dalla parte, un'utilità sia pure strumentale sul cammino della decisione della lite, superando una tappa verso la definizione del processo (oppure chiudendo un processo male impostato); anch'esso è un effetto che deve diventare stabile, in modo che non possa riproporsi contro-versia su ciò che fu deciso».

⁶⁰ V., più chiaramente, G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 806.

circa il rapporto tra i due momenti, a una valutazione di tipo politico-legislativo.

Partendo dal sistema romano⁶¹ si può osservare come all'epoca le sentenze emanate dai giudici non fossero soggette a mezzi d'impugnazione e, pertanto, in tale periodo storico vi era sempre coincidenza tra emanazione della sentenza – da parte dell'organo giudicante – e «*res iudicata*». Il problema in merito al momento temporale di formazione del giudicato si può collocare storicamente con la nascita dell'appello⁶² (e degli altri mezzi d'impugnazione), in quanto la possibilità di successivi riesami/riforme delle sentenze emanate generò l'interrogativo circa (la presenza o l'assenza del) lo stato di giudicato delle sentenze passibili di annullamento e/o riforma.

Di qui le differenti opzioni di politica legislativa in punto di rapporto di subordinazione (o meno) dell'autorità di giudicato rispetto alla qualifica di impugnabilità delle sentenze in questione.

In particolare, come noto, l'ordinamento francese ha accolto un orientamento che attribuisce l'«*autorité de la chose jugée*» non appena venga emanata la sentenza che definisce il processo in corso, anche se suscettibile di impugnazione⁶³.

L'Italia (come anche la Germania⁶⁴), viceversa, optò per la diversa soluzione

⁶¹ Per una ricostruzione completa e sistematica della storia del giudicato civile, con particolare attenzione al sistema romano, si rimanda all'esauriente trattazione di G. PUGLIESE, *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, p. 735 ss. V., anche, per completezza, M. MARRONE, *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle radici delle moderne dottrine del giudicato*, in AA.VV., *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli, Jovene, 1997, p. 3 ss.

⁶² V., a proposito, nota 40 del presente lavoro.

⁶³ V. J. VINCENT, S. GIUNCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1981, p. 85 ss.; R. PERROT, *Chose jugée*, in *Enc. Dalloz de proc. civ.*, 2^a ed., Paris, 1978, p. 47; ID., *Chose jugée*, in *Revue Procédures*, III, 2009, commentaire n. 76, p. 13; A. TISSIER, R. MOREL, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*; III, Paris, Libr. du Rec. Sirey, 1929, p. 921. Lo stesso principio è seguito, volgendo lo sguardo al di fuori del panorama europeo, dall'ordinamento americano nonché dalla dottrina e dalle Corti inglesi. In tali sistemi, infatti, si ritiene che il giudicato sia fonte di un c.d. «*estoppel*», quale strumento, *rectius*: impedimento processuale, volto a evitare ripetizioni infinite delle medesime cause già giudicate, il quale si produce alla presenza di un c.d. «*final judgement*», ossia una sentenza avente carattere definitivo (e non meramente interlocutorio), senza che sia necessario, al contempo, il carattere di impugnabilità. Ciò denota, pertanto, come anche in tale sistema giuridico non vi siano problemi di subordinazione della «*res iudicata*» al «giudicato formale» nella sua accezione di «passaggio in giudicato» della sentenza. Per un approfondimento sul giudicato nella dottrina anglo-americana si rinvia, quantomeno, a D. VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, Cedam, 2008; E.J. COHN, *Die materielle Rechtskraft im englischen Recht*, in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey*, I, Berlin und München, Beck, 1965, in part. p. 877 ss.; HALSBURY, *Estoppel*, in *The laws of England*, XV, London, Butterworth, 1956, in part. p. 177; G.S. BOWER, *The doctrine of res iudicata*, London, Butterworth, 1924.

⁶⁴ Si rinvia alle considerazioni sull'ordinamento tedesco, belga, francese e italiano, con riguar-

possibile, vale a dire quella della subordinazione, tale per cui si riconnette il passaggio in giudicato della sentenza alla sua inimpugnabilità intesa come assenza di possibilità di esperimento di mezzi di impugnazione, o meglio, di mezzi ordinari d'impugnazione⁶⁵. Tuttavia, sviluppando tale visione, si comprende agevolmente come vi sia uno iato temporale tra l'emanazione della sentenza e il suo passaggio in giudicato, per effetto della decorrenza dei termini decadenziali d'impugnazione e/o l'esaurimento di tutti i possibili gradi di riesame. Durante tale lasso temporale la sentenza è comunque «efficace»⁶⁶ e, dunque, idonea a dispiegare gli effetti giuridici tipici inerenti al suo contenuto anche se non ancora rivestita del carattere d'immutabilità quale corollario del giudicato⁶⁷.

Di qui, in dottrina⁶⁸, si è iniziato a ipotizzare una possibile distinzione concettuale tra «efficacia della sentenza» e «autorità della cosa giudicata».

do al rapporto tra giudicato e inimpugnabilità della sentenza, contenute in L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziale*, V, Torino, F.lli Bocca, 1905, p. 20.

⁶⁵ V., sulla distinzione tra mezzi d'impugnazione ordinari e mezzi d'impugnazione straordinari il par. prec.

⁶⁶ Cfr. G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 806, nella parte in cui l'Autore ammette che «[l]a prima constatazione da fare al riguardo (aggiungiamo: in merito all'opzione politica del legislatore italiano circa il rapporto di subordinazione tra autorità di giudicato e inimpugnabilità della sentenza) è che la sentenza può produrre effetti quando è ancora impugnabile, e non solo effetti inerenti alla sua natura estrinseca di atto processuale, ma anche effetti classificabili come principali, in quanto derivanti dal suo contenuto». Nello stesso senso si v., anche, E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 2, ove l'Autore, trattando della formazione del giudicato, afferma che «[...] nel vigente diritto italiano (ed in quello germanico, austriaco, brasiliano, ecc.) il problema (aggiungiamo: sulla possibilità di considerare cosa giudicata la sentenza suscettibile di annullamento o di riforma) è risolto negativamente: la sentenza passa in giudicato soltanto quando non è soggetta alle (ad alcune, le principali) impugnazioni. Prima o fuori di quella condizione le sentenze (di primo e di secondo grado) sono tuttavia efficaci (altrimenti non sarebbero neanche sentenze)».

⁶⁷ Si tratta, ovviamente, di un'efficacia di tipo precario giacché il possibile annullamento e/o la modifica della sentenza in questione potrebbe far venire meno gli effetti *medio tempore* prodotti.

⁶⁸ Il PUGLIESE (G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 806) ammette che gli effetti prodotti da una sentenza ancora impugnabile siano effetti diversi da quelli propri di ciò che si definisce «autorità della sentenza» (o del giudicato) ma, in realtà, l'ideazione propria della dicotomia concettuale esposta *supra* (e di cui *infra*) appartiene al LIEBMAN (v. nota successiva), il quale realizzò una compiuta teorizzazione del concetto di efficacia della sentenza.

4. Il (preteso) superamento del dibattito sulla natura sostanziale/formale del giudicato attraverso la distinzione tra efficacia e autorità della sentenza

Un diverso punto di vista sul giudicato, che si pone aldilà (e non è interessato a entrare nel) dibattito circa la relazione tra giudicato formale e sostanziale⁶⁹, è, dunque, quello avviato dal LIEBMAN⁷⁰ attraverso l'enucleazione del concetto di «efficacia della sentenza» da contrapporsi a quello di «autorità della sentenza».

Il concetto di «efficacia della sentenza», per usare le parole dell'Autore, è idoneo a indicare «[...] l'attitudine (della sentenza) a produrre i suoi effetti e [l]'ef-

⁶⁹ La dottrina italiana, dopo essersi divisa, come visto, tra le due concezioni ortodosse del giudicato (sostanziale, da un lato, e processuale, dall'altro) ha lentamente mostrato, attraverso una serie di critiche, le incongruenze e le illogicità di entrambe le tesi. In particolare, i rilievi mossi contro la teoria sostanziale del giudicato si possono riassumere (v. la sintesi offerta da E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 7 e, in esteso, da A. SEGNI, *Regiudicata civile*, in *Scritti giuridici*, I, Torino, Utet, 1965, in part. p. 597; nonché da C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, cit., p. 1487) nel problema di compatibilità tra lo sviluppo della concezione sostanziale (in tutti i suoi corollari) e l'art. 2908 c.c. Infatti, mentre secondo la teoria sostanziale tutte le sentenze, in quanto innovanti e incidenti sul diritto materiale, o, secondo altra formula, sul rapporto giuridico veicolato in giudizio, dovrebbero avere portata costitutiva, l'art. 2908 c.c. (la cui rubrica è, per l'appunto, «effetti costitutivi delle sentenze»), invece, stabilisce che i pretesi effetti costitutivi delle sentenze (s'intende, la possibilità, per l'autorità giudiziaria, di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici) siano ammessi nei soli casi previsti dalla legge. Ne deriva, dunque, una necessaria previsione legislativa *ad hoc* per le sentenze appartenenti a tale tipologia che non ammette una portata generalizzante riferibile a tutte le sentenze come fanno intendere i fautori della concezione sostanziale pura. Ma anche la teoria processuale è stata oggetto di critiche volte a palesarne l'inaccettabilità dal punto di vista metodologico oltretutto dei risultati ottenibili. Nello specifico (v. la critica di E. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, cit., p. 698, già richiamata in nota 32) le si rimprovera un atteggiamento di isolamento dei fenomeni processuali dal mondo del diritto sostanziale, all'interno del quale i provvedimenti dell'autorità giurisdizionale non si troverebbero mai a produrre i propri effetti (lasciando sempre inalterate le situazioni giuridiche sostanziali oggetto delle decisioni) limitandosi a imporre un divieto agli organi giurisdizionali di decidere nuovamente quanto è passato in giudicato. Tale atteggiamento di chiusura del settore processuale viene indicato come «errore fondamentale» da E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 7, il quale, infatti, afferma che «[l]'errore iniziale, che inquina tutta la disputa sulla cosa giudicata, è dato dal rapporto che si attribuisce al processo nei confronti del diritto sostanziale, perché si supposeva che il processo fosse chiuso nel suo guscio [...] e non potesse avere alcuna presa sul rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio».

⁷⁰ Il riferimento primo di tale approccio interpretativo va all'opera di E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1935. La medesima ricostruzione si rinviene anche nel saggio dello stesso Autore, di poco successivo, *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, cit. e in ID., *Manuale di diritto processuale civile*, cit., in part. p. 383. In senso conforme v., anche, G. VERDE, *Profili del processo civile*, I, 6ª ed., Napoli, Jovene, 2002, in part. p. 276 ss.; E. FAZZALARI, *Processo civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, p. 189.

*fettiva produzione di essi*⁷¹, e si differenzia dal concetto di «autorità della sentenza», il quale non appartiene all'ambito dell'efficacia (e degli effetti) non essendo «[...] un ulteriore e diverso effetto della sentenza, ma una qualità dei suoi effetti e a tutti i suoi effetti riferibile, precisamente la loro immutabilità»⁷².

L'obiettivo che guida l'Autore, nella sua opera di personale ricostruzione dell'istituto del giudicato, è proprio quello di evitare gli inconvenienti pratici nonché gli errori metodologici in cui, a Suo avviso (ma, del resto, conformemente alle critiche espresse da ampi settori della dottrina), ricadrebbero tanto la teoria sostanziale quanto quella processuale⁷³.

Per cui l'impostazione di base da cui partire dovrebbe essere quella di ritenere che la sentenza, senza sconfinare dai suoi caratteri di atto processuale e/o dal suo terreno caratteristico, riesca, pur tuttavia, a non rimanere relegata a mero fenomeno processuale, ma possa configurare/riconfigurare il rapporto giuridico dibattuto in maniera concorde allo specifico contenuto decisorio di essa⁷⁴.

⁷¹ E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., p. 93 ss. Si sottolinea come tale produzione di effetti si ponga come conseguenza della semplice pronuncia di una sentenza valida.

⁷² *Ibidem*. La cosa giudicata, dunque, in tale ricostruzione dovrebbe investire la sentenza, non tanto nel suo aspetto formale di atto, bensì nel suo contenuto decisorio sancendone l'immutabilità con riguardo al comando *in* incluso e correlativamente stabilizzandone gli effetti. Ne deriva che, in disaccordo con l'insegnamento dominante della dottrina, il LIEBMAN dissocia il concetto di giudicato da quello di efficacia della sentenza proprio in quanto la cosa giudicata non rappresenta, nella Sua visione, uno dei vari effetti propri della sentenza ma una qualità d'insieme – che accomuna tutto il fascio di effetti che promanano da una data sentenza – identificabile nel conferimento dell'immutabilità e della resistenza temporale di essi al fine di proteggerli da ogni possibile e futura decisione contraria in ulteriori processi. Nello stesso ordine d'idee sembra collocarsi anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 146, ove dà risalto sul piano terminologico all'opportunità di parlare di «effetti della sentenza passata in giudicato» più che di «effetti della cosa giudicata o del giudicato» proprio perché, in linea con l'impostazione del LIEBMAN, il giudicato non è un effetto aggiuntivo della sentenza ma una qualità di essa che realizza la stabilità degli effetti già prodotti dalla sentenza efficace. Esemplicando tale notazione, osserva che «[i]l provvedimento giurisdizionale produce gli effetti A, B, e C, i quali diventano stabili nel momento in cui la pronuncia passa in giudicato, perché da quel momento non sono più utilizzabili i mezzi di impugnazione ordinari. Non potendosi rimuovere la fonte degli effetti (se non con le impugnazioni straordinarie), è chiaro che gli effetti acquistano stabilità». Cfr., anche, S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., p. 18, nella parte in cui si rileva che «[r]iferendosi al giudicato non si introduce una nuova entità giuridica che sopraggiunge alla sentenza e ad essa si sostituisce, ma si intende invocare una condizione, uno status appunto, che, ad un certo momento, caratterizza la pronuncia giurisdizionale».

⁷³ Cfr. quanto detto a proposito nella nota 69 del presente lavoro.

⁷⁴ Tale idea sembra evocare, a monte, un'impostazione di metodo che vede il «diritto processuale» in un rapporto di servizio rispetto al «diritto sostanziale» tale per cui il primo avrebbe il compito d'intervenire per rimediare alle violazioni delle norme sostanziali onde riaffermare la giuridicità dell'ordinamento attraverso un moto ellittico che parte dal diritto sostanziale e ritorna a esso. V., *amplius*, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 149, ove si riprende quest'approc-

Per fare ciò pare dunque necessario valorizzare il contenuto di «accertamento» proprio della sentenza all'interno della quale l'autorità giudiziaria adita dichiara, come esito della cognizione del caso per mezzo dello svolgimento dell'istruttoria e dell'interpretazione del diritto positivo, qual è (a suo avviso) lo stato giuridico esistente nella specifica situazione concreta⁷⁵. Ovviamente, poiché il giudizio del singolo giudice, stante il suo incardinamento nel potere giudiziario, è, al contempo, giudizio proprio del potere giudiziario, quale complesso di organi deputati dal sistema costituzionale a svolgere la funzione sovrana definibile come «funzione giurisdizionale», ne consegue che tale accertamento assuma carattere vincolante per le parti (nell'accezione di «efficacia» riportata *supra*) con la qualità della stabilità e dell'immutabilità una volta intervenuto il passaggio in giudicato (v. «autorità della sentenza»).

Il concetto di «autorità della sentenza», sopra riportato, riassumibile come qualità d'immutabilità e incontestabilità degli effetti prodotti dalla sentenza⁷⁶, non concerne né il solo diritto sostanziale, né – tanto meno – unicamente il diritto processuale (di qui, dunque, il superamento del dibattito tra le opposte teorie, ampiamente riportato in testo), ma può essere sussunto nell'alveo dell'ordinamento giuridico generale, precisamente nel punto d'intersezione e confluenza tra processo e diritto sostanziale, ossia in quella posizione nella quale si realizza la fusione tra ambedue gli ambiti giuridici e si riesce a manifestare la specifica conformazione che l'ordinamento ha dato alla situazione giuridica o al rapporto *sub lite*⁷⁷.

cio interpretativo sviluppando la teoria tale per cui «[g]li effetti delle pronunce giurisdizionali devono per definizione avere influenza sul piano del diritto sostanziale, perché altrimenti verrebbe meno la funzione stessa della giurisdizione. Se i provvedimenti giurisdizionali non fossero in grado di incidere sulla realtà sostanziale, sarebbe inutile avere svolto l'episodio giurisdizionale».

⁷⁵ Disponendone, ove possibile e/o ove occorra, in aggiunta al contenuto di accertamento, anche i dovuti effetti costitutivi (*ex art.* 2908 c.c.) – incidenti sulla realtà sostanziale – o effetti esecutivi e di condanna.

⁷⁶ Differentemente dall'altro orientamento esistente in dottrina che inquadra il «giudicato sostanziale» come un effetto della sentenza consistente nell'incontrovertibilità e nell'imperatività di quanto corrisponda, a lettera dell'art. 2909 c.c., al «contenuto d'accertamento» della sentenza. Cfr., in tal senso, A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, cit., p. 47 ss.; S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, cit., p. 413; A. BONSIGNORI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., p. 88; A. CHIZZINI, *Art. 2907 c.c.* (commento), in G. CIAN, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, 8ª ed., Padova, Cedam, 2007, p. 3502.

⁷⁷ Tale concetto è ben chiarito in E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., p. 8, ove si afferma che ciò è possibile «[...] perché il diritto e il processo, pur essendo due sistemi distinti di norme, sono tra loro coordinati in modo da raggiungere risultati univoci e perciò sono legati da una relazione di reciproca implicazione: il processo raggiunge il suo fine dando applicazione al diritto, del quale è lo strumento privilegiato; ma immanente al diritto è a sua volta la destinazione istituzionale ad essere e a valere in concreto così come il giudice lo dichiara». Si veda, anche, *amplius*, ID. *Manuale di diritto processuale civile*, cit., pp. 425 e 426.

Va notato, inoltre, che la distinzione concettuale tra «efficacia» e «autorità» della sentenza – teorizzata, *in primis*, dal LIEBMAN – troverebbe conferme, oltreché sul piano dell'argomentazione logica, altresì sotto il profilo cronologico. Infatti, come noto, all'interno del processo civile l'efficacia, e conseguentemente l'esecutività della sentenza intesa come possibilità di tradurre in fatto ciò che il comando della sentenza dispiega sul piano giuridico, si riferiscono anche alle sentenze non ancora passate in giudicato ai sensi dell'art. 324 c.p.c. con evidente scissione, per l'appunto, di tali categorie giuridiche nella prospettiva temporale. Tale spiegazione trova il suo fondamento normativo nell'art. 282 c.p.c. il quale, per effetto della novella operata dalla l. n. 353/1990, contiene la consacrazione del principio di «generalizzazione dell'esecuzione provvisoria»⁷⁸ esteso a tutte le sentenze di primo grado, garantendo la possibilità di anticipare l'efficacia e l'esecutività della sentenza rispetto al suo passaggio in giudicato formale al fine di bilanciare in maniera più equilibrata le due opposte esigenze di celerità della tutela giurisdizionale e certezza del diritto (con riequilibrio in favore del primo dei due poli)⁷⁹. È, pertanto, dall'osservazione pratica di tale iato temporale previsto dalla normativa processuale che si è impostata la riflessione teorica volta a elaborare la distinzione cui *supra* e, dunque, giungere a stabilire che il fascio complessivo degli effetti della sentenza è sussumibile nel solo concetto di «efficacia» (e di forza esecutiva della sentenza), ridefinendo il concetto di «autorità» come estraneo al piano degli effetti e riferibile a una qualità di essi, per l'appunto la stabilizzazione e cristallizzazione della forza esecutiva e dell'efficacia della sentenza.

Tale orientamento ebbe una grande eco nella dottrina⁸⁰, dell'epoca non-

⁷⁸ Si rinvia, in argomento, agli approfondimenti contenuti in G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecuzione e l'inibitoria nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 2010. L'Autore, in particolare (v. p. 2), ribadisce come il fenomeno dell'esecuzione provvisoria della sentenza attiene a un gioco di equilibri tra spinte e scelte opposte: queste vengono ravvisate nella tutela dell'aspettativa di colui che domanda la tutela giurisdizionale, da un lato, e nel bisogno di adeguata protezione di chi si difende in giudizio, dall'altro. Di qui, tale istituto diviene la migliore «cartina di tornasole» presente nell'ordinamento per valutare la capacità del legislatore di bilanciare le due esigenze di efficienza e garanzia. V., anche, la più datata (anche se sempre attuale) monografia di F. CARPI, *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, Milano, Giuffrè, 1979; nonché le voci enciclopediche (sul tema) di G. MONTELEONE, voce *Esecuzione provvisoria*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, Utet, 1991, p. 641 ss.; F. CARPI, voce *Esecutorietà (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, Treccani ed., 1989; F. LANCELLOTTI, voce *Esecuzione provvisoria*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, Utet, 1960, p. 788 ss.

⁷⁹ Ovviamente tale *favor* per il celere raggiungimento pratico del risultato favorevole al vincitore del giudizio trova una serie di correttivi, onde evitare squilibri e disfunzioni patologiche, negli artt. 283 e 373 c.p.c., i quali consistono nella possibilità, a fronte di certi casi e/o situazioni particolari, di sospendere l'efficacia della sentenza onde attenderne la stabilizzazione degli effetti per opera del giudicato formale.

⁸⁰ Si rinvia, quantomeno, a S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, Cedam, 1967, p. 363;

ché moderna, incontrando, pur tuttavia, una serie di critiche.

In particolare, la principale di queste⁸¹ si fonda su di un rilievo di carattere semantico, ossia sulla notazione che il concetto di «autorità», nel suo ambito di significanza, non ricomprende l'«immutabilità» ma, semmai, ha tra i suoi significati espressioni come peso, importanza, influenza, forza, tali da farlo rientrare nel *genus* del più ampio concetto di «efficacia», *id est*, a definirlo come uno degli aspetti dell'efficacia della sentenza⁸². Inoltre, in dottrina⁸³, si è anche osservato, in chiave critica, come l'autorità di giudicato non possa riassumersi nella mera stabilizzazione dell'efficacia della sentenza emessa, giacché vi sono una serie di effetti ulteriori che si riconnettono alla sentenza passata in giudicato⁸⁴ dai quali si può dedurre, sul piano metodologico, che tanto il concetto di «efficacia» quanto quello di «autorità» attengano (entrambi) al piano degli effetti della sentenza.

A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., *passim*; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, Jovene, 1960, p. 419; G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 290 ss.; ID., *Efficacia, validità, revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, p. 194.

⁸¹ Si allude alla critica del CARNELUTTI, contenuta in F. CARNELUTTI, *Efficacia, autorità ed immutabilità*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, in part. p. 205 ss. Per richiamare brevemente la concezione dell'Autore sul tema è opportuno ribadire com'Egli, nelle proprie opere principali, contrapponesse il concetto di «efficacia», non tanto a quello di «autorità» (come nella teorica del LIEBMAN), bensì a quello di «immutabilità» della sentenza. Ciò in quanto Egli riteneva, in senso classico, che l'«efficacia» coincidesse con la nozione di «giudicato sostanziale» nella sua idea di imperatività e autorità della sentenza, mentre l'«immutabilità» era espressione da riferire alla nozione di «giudicato formale» nell'accezione di divieto per ogni futuro giudice di ritornare a pronunciarsi sulla lite decisa (c.d. «*ne bis in idem*»). Sul punto, si veda, *amplius*, ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, Cedam, 1930 (rist.), p. 422 ss.; ID., *Diritto e processo*, cit., p. 277 (in part. nota 2).

⁸² *Ad abundantiam*, si noti come G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., p. 811, nel condividere la critica mossa dal CARNELUTTI, aggiunga che il concetto di «autorità» ha una derivazione genetica diretta dall'equivalente locuzione romanistica «*auctoritas rei iudicatae*» (v., *amplius*, la nota 14 del presente lavoro) che all'epoca veniva ricollegata a sentenze che non possedevano il necessario corollario dell'immutabilità, ma delle quali se ne predicava la forza vincolante e imperativa.

⁸³ Cfr., tra tutti, G.F. RICCI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 281.

⁸⁴ *Ibidem*. L'Autore fa l'esempio, tra i tanti, dell'effetto di vincolo che la sentenza passata in giudicato (e solo quella) può dispiegare in altre controversie dinanzi a differenti giudici. V. anche la critica mossa alla costruzione del LIEBMAN da E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, cit., in part. p. 21 ss., il quale, dopo aver premesso l'incontestabilità logica di una distinzione concettuale tra aspetto contenutistico degli effetti e profilo temporale di durata di essi, ritiene di non poter accogliere la visione in analisi in quanto, a Suo conto, è insufficiente e lacunoso un approccio che riassume la cosa giudicata nella semplice immutabilità degli effetti. Ciò che difetta, a monte, è una compiuta definizione e caratterizzazione dell'essenza del concetto di «accertamento» del quale se ne inferisce il carattere immutabile.

Avendo premesso, dunque, i profili ricostruttivi (e le relative critiche intervenute) in merito all'orientamento dottrinale postulante uno iato teorico tra il concetto di «efficacia della sentenza» e quello di «autorità della sentenza», è possibile, ora, attraverso un passaggio logico successivo, considerare la gamma degli effetti che la legge, come noto, attribuisce ai vari tipi di sentenze pronunciate da un organo giurisdizionale.

A tal fine, si può iniziare col mostrare che, per quanto concerne le sentenze di merito, esse possono classificarsi in decisioni di accoglimento e decisioni di rigetto. Le prime hanno un tipo di efficacia che corrisponde al loro contenuto, di modo che s'individuano tre tipi di efficacia (efficacia d'accertamento, efficacia esecutiva, efficacia costitutiva) coincidenti con le tipologie di sentenza (sentenze di mero accertamento, sentenze di condanna, sentenze costitutive). In primo luogo, dunque, nel caso di sentenze di mero accertamento discende un'efficacia c.d. «d'accertamento» che si esplica nel dichiarare l'esistenza e le caratteristiche del diritto o del rapporto giuridico veicolato in giudizio; nel caso di sentenze di condanna, invece, si produce (oltre alla citata efficacia d'accertamento – presente in tutte le specie di sentenza⁸⁵ –) un'efficacia c.d. «esecutiva» che rende l'atto-sentenza «titolo esecutivo» abilitante (il soggetto a cui favore è pronunciata) ad avviare il processo di esecuzione forzata al fine di realizzare in chiave coattiva il contenuto decisorio proprio di essa nei confronti dell'obbligato; infine, le sentenze costitutive (oltre, come detto, all'effetto di accertamento) esplicano un'efficacia c.d. «costitutiva», la quale opera una diretta modifica sul piano del diritto materiale costituendo, modificando o estinguendo rapporti giuridici. Le sentenze di rigetto, che identificano l'altra macro-categoria delle sentenze di merito, posseggono, invece, sempre (e soltanto) un'efficacia dichiarativa poiché il loro contenuto si limita unicamente ad accertare in senso negativo il – ovvero ad affermare l'inesistenza del – diritto o il rapporto conteso.

Tra le tre tipologie d'efficacia ora indicate, è quella d'accertamento/dichiarativa quella di più complessa elaborazione essendo, altresì, comune a tutti i tipi di sentenza. Premessa l'insufficienza di ogni spiegazione sul contenuto d'accertamento della sentenza basata sull'attribuzione di un mero significato negativo (in applicazione del principio *ne bis in idem* – si v. le critiche alla «funzione negativa» del giudicato riportate nel par. 3 –), si dovrebbe assegnare una «funzione

⁸⁵ V., a proposito, la notazione di A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 427, ove, nel richiamare le varie tipologie di sentenze esistenti all'interno di un processo di accertamento, ricorda come «[...] tutte (aggiungiamo: siano esse di mero accertamento, costitutive o di condanna) contengono un accertamento sull'esistenza o inesistenza, della posizione giuridica fatta valere ed esplicano un'efficacia di accertamento; [...] e, poi, tener presente che contenuto di accertamento hanno non solo le sentenze che compongono una controversia civile, ma anche le decisioni emesse in altri rami del processo: l'amministrativo, il tributario e pure quello penale».