

Sezione I

Diritto civile e attività giurisdizionale: la domanda e la tutela

1. L'attività giurisdizionale

1. Diritto processuale civile e processo: prime definizioni. – 2. La tutela giurisdizionale dei diritti ed il principio dispositivo sostanziale: art. 2907, co. 1, c.c. – 3. La volontaria giurisdizione. – 4. I diversi tipi di tutela: di cognizione, esecutiva e cautelare.



Questo capitolo ripercorre il contenuto del Cap. 1, Sez. I, Tomo I delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. Diritto processuale civile e processo: prime definizioni

Il processo è lo strumento attraverso cui si esercita la funzione giurisdizionale, che è una delle più rilevanti funzioni dello Stato: **quella di comporre le liti tra i soggetti dell'ordinamento giuridico** (soggetti privati o pubblici, persone fisiche o giuridiche). Questa funzione è affidata ad un soggetto “terzo ed imparziale” (art. 111, co. 2, Cost.), il giudice, che nell'esercitarla non ha superiori gerarchici, ma “è soggetto solo alla legge” (art. 101, co. 2, Cost.). Infatti, i vari organi preposti ai diversi gradi del processo (primo grado, appello, giudizio per cassazione), sono fra loro posti in rapporto di “coordinamento”, non di gerarchia, proprio perché ciascuno di essi, nell'esercizio della sua funzione, è soggetto soltanto alla legge.

Il processo può quindi essere definito come strumento di attuazione del diritto sostanziale. Si tratta, però, di una definizione non del tutto appagante, perché il processo è anche momento di formazione dell'ordinamento giuridico stesso. Infatti l'ordinamento giuridico è il frutto mobile e reattivo non solo dell'esercizio del potere legislativo, ma anche dei giudizi specificatori formulati dai consociati, quando agiscono in osservanza di norme di diritto, e pure delle pronunce giurisdizionali, quando l'agire dei consociati diverga tra loro e si renda necessario l'intervento di un soggetto terzo, imparziale ed indipendente.

Il diritto processuale civile regola, appunto, i modi in cui la tutela giurisdizionale si espriime, ed esso pure – come il diritto civile – è la risultante delle norme dettate dal c.p.c. e della loro concreta interpretazione ed applicazione da parte degli operatori del diritto (giudici ed avvocati, nonché – in parte – dottrina). Lo studio della procedura (delle regole che governano i vari tipi di processo) sarebbe, però, poca cosa se non fosse coordinato con il piano del diritto sostanziale. Proprio per questo si è soliti affermare che il diritto processuale civile rappresenta principalmente il riesame della disciplina del diritto privato sostanziale dall'ottica privilegiata che offre il processo: si studia il diritto civile nel momento in cui occorre riaffermarne la validità attraverso l'intervento del giudice.

La stretta correlazione tra diritto processuale civile e diritto civile è dimostrata bene dal fatto che è proprio nel codice civile che si trovano le norme su cui poggia l'intera materia delle tutele erogabili dal (e nel) processo: si tratta degli artt. 2907, 2908 e 2909 c.c., che focaliz-

zano la ragion d'essere del processo e della tutela giurisdizionale dei diritti. In particolare, l'art. 2907 si occupa dell'attività giurisdizionale in generale, l'art. 2908 della tutela costitutiva (v. Cap. 2-3. Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*), e l'art. 2909 degli effetti vincolanti della decisione sulla domanda, una volta che questa decisione sia divenuta definitiva: il c.d. giudicato (v. Cap. 5-6, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*).

2. La tutela giurisdizionale dei diritti ed il principio dispositivo sostanziale: art. 2907, co. 1, c.c.

Partiamo allora dall'analisi della prima disposizione richiamata, l'art. 2907 c.c., ed in particolare del suo co. 1 (il co. 2, qui, non interessa), che recita: “alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio”. Questa norma costituisce il caposaldo dell'intera costruzione processuale: con essa il legislatore (ancor prima che intervenisse la Costituzione, che pure ha un articolo a ciò dedicato: art. 24, co. 1 Cost.) ha inteso dire **che chi si afferma titolare di un diritto soggettivo che assume leso, se vuole ottenere tutela, deve rivolgersi ad un organo dello Stato, ossia all'autorità giudiziaria**. Lo Stato, quindi, rivendica a sé il compito di tutelare i diritti violati. I corollari di questo principio sono due. Anzitutto, l'ordinamento non consente ai privati di farsi giustizia da soli: se si vuole ottenere giustizia, ci si deve rivolgere all'autorità giudiziaria. In secondo luogo, e in conseguenza di ciò, la prestazione giurisdizionale si configura come una sorta di servizio pubblico essenzialissimo, che lo Stato non può garantire o meno a suo piacimento, senza veder così menomata la sua stessa sovranità, ed incrinata alla radice la forza delle regole di diritto sostanziale che esso pone.

L'art. 2907, co. 1, c.c., poi, è espressione anche di un altro principio fondamentale del nostro ordinamento (quantomeno civile): **il principio dispositivo sostanziale, o della domanda di parte**. Infatti viene chiaramente affermato che la tutela giurisdizionale civile può essere prestata solo se la parte lo richieda: tendenzialmente, cioè, non v'è spazio per l'iniziativa officiosa. Il principio dispositivo sostanziale costituisce un riverbero necessario della autonomia dei privati e della loro signoria esclusiva sui beni della vita loro attribuiti dalla norma sostanziale violata. Questo principio subisce (poche) eccezioni: in ben determinati casi (v. l'art. 69) il legislatore processuale attribuisce al p.m. una legittimazione sostitutiva (straordinaria ed officiosa), che gli consente di dedurre in giudizio un rapporto privatistico; ma si tratta di casi peculiari, in cui quel rapporto tra privati assume rilevanza pubblicistica. Ancor più eccezionali sono le ipotesi di vere e proprie deroghe al principio dispositivo sostanziale, nelle quali il giudice è legittimato a pronunciare sentenza anche se non c'è stata domanda né del p.m. né della parte (questi casi si danno, ormai, solamente in materia di tutela dei minori: art. 336 c.c.).

Del principio dispositivo ricorrono, però, varie accezioni. Accanto a quella sostanziale, di cui all'art. 2907, co. 1, c.c., ve n'è anche un'altra, quella “istruttoria o processuale” (su cui v. Cap. 2, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*), che riguarda le modalità di trattazione della causa, di allegazione (ossia introduzione in giudizio) dei fatti e soprattutto di istruzione del processo. Così inteso, il principio dispositivo sta ad indicare che spetta solo alle parti introdurre nel giudizio (allegare) i fatti che ritengono rilevanti. Il giudice non può ricercare da sé i fatti che dimostrano la fondatezza o la infondatezza della domanda che egli è chiamato a conoscere e sulla quale poi a giudicare; del pari, almeno tendenzialmente, il giudice non può ricercare le prove dei fatti allegati dalle parti, le uniche in grado di poterle dedurre (art. 115, co. 1). Il no-

stro ordinamento, infatti, adotta il modello di processo c.d. accusatorio (e non quello inquisitorio), sì che il giudice non può ricercare da sé i fatti, o la loro prova. Il giudice, dunque, non deve diventare un inquisitore, perché altrimenti ne sarebbe menomata, almeno indirettamente, l'imparzialità.

3. La volontaria giurisdizione

Una funzione diversa da quella della tutela giurisdizionale dei diritti è invece svolta dai giudici nelle ipotesi di **c.d. giurisdizione volontaria, o non contenziosa**. Così si indicano tutte quelle ipotesi **in cui il giudice non deve accettare il modo di essere del diritto controverso, ma intervenire** (qui spesso anche d'ufficio) **in negozi ed atti dei privati quando, per svariate ragioni, sia necessario l'intervento di un soggetto terzo e imparziale**. Si v., ad esempio, gli artt. 320, co. 3; 345, 346, 354, 356, 383, 384, 392, 393, 395 c.c.; l'art. 711, co. 4, c.c., ed ancora gli artt. 2189, 2192, 2330 e 2411 c.c.

Nelle ipotesi di giurisdizione volontaria, l'attività svolta dai giudici non è di vera e propria giurisdizione, perché non c'è un diritto controverso tra le parti, sul quale il giudice deve decidere. Si tratta, piuttosto, di una attività amministrativa (di amministrazione pubblica del diritto privato). Questo compito si svolge con un procedimento semplificato in camera di consiglio (cioè senza udienza pubblica), che sfocia nella pronuncia di decreti, e non di sentenze (sul rito camerale v. gli artt. 737-742-bis, che delineano un rito molto diverso da quello ordinario). I provvedimenti di giurisdizione volontaria, poi, sono sempre revocabili o modificabili in ogni tempo (sono infatti privi della stabilità che è propria del comando giudiziale).

4. I diversi tipi di tutela: di cognizione, esecutiva e cautelare

Nell'ambito dell'attività giurisdizionale (quindi al di fuori delle ipotesi di volontaria giurisdizione) si distinguono tre tipi di tutela, che il giudice può erogare ai privati litiganti: la tutela di cognizione, la tutela esecutiva, e la tutela cautelare.

La tutela di cognizione è certamente la più importante: tramite essa, il giudice compone la lite sorta tra i soggetti privati in ordine ad una data situazione giuridica soggettiva, ossia crea certezza in relazione ad un determinato bene della vita, controverso tra le parti.

La tutela esecutiva si pone (di solito) a valle della tutela di cognizione, e mira a dare concreta soddisfazione al titolare del diritto, attraverso la sua esecuzione coattiva ad opera sempre di organi del potere giudiziario, e dunque con l'instaurazione del processo esecutivo (v. Cap. 7-8, Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*).

La tutela cautelare è strumentale alla tutela di cognizione, perché consente alla parte (che abbia già chiesto o stia per chiedere al giudice una tutela di cognizione), di ottenere un provvedimento provvisorio, che tuteli temporaneamente il diritto che essa afferma di vantare: si vuole così evitare che l'attesa della decisione sul suo diritto ne pregiudichi in concreto la futura soddisfazione (v. Cap. 2-3-4, Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*).

La tutela di cognizione si suddivide, a sua volta, in tre species (che studieremo nei prossimi capitoli): la tutela (o azione) di accertamento; la tutela (o azione) di condanna; la tutela (o azione) costitutiva.

L'azione di accertamento è tesa ad ottenere dal giudice un provvedimento che dica se il

diritto che il soggetto (l'attore) afferma di vantare nei confronti di un altro soggetto (il convenuto), esiste, e come in concreto questo diritto si atteggia. **L'azione di condanna** (v. Cap. 4, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*) si differenzia da quella di accertamento perché rispetto a quest'ultima contiene un *quid pluris*: l'attore non si limita a chiedere soltanto l'accertamento dell'esistenza del diritto che egli vanta nei confronti del convenuto, ma vuole che il giudice accerti anche che quel diritto è stato leso dal convenuto, e di conseguenza gli riconosca il potere di agire in via esecutiva, ossia di iniziare un processo esecutivo per ottenere soddisfazione del suo diritto, se il convenuto non collabora spontaneamente. **L'azione costitutiva** (v. Cap. 2-3, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*), infine, contiene anch'essa un accertamento e qualcosa in più: il giudice deve prima accertare se l'attore è titolare del diritto ad ottenere la modifica della realtà giuridica attraverso un provvedimento giurisdizionale, e poi pronunciare appunto un provvedimento che costituisca una situazione giuridica che prima non c'era, oppure modifichi o estingua una situazione preesistente.

2. L'azione e la tutela di accertamento e di condanna

1. La tutela di accertamento quale fulcro della tutela di cognizione. – 2. L'azione di accertamento e l'azione di accertamento negativo. – 3. L'azione di condanna: caratteri generali. – 4. Gli effetti (principale e secondario) della tutela di condanna: la possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale (art. 2818 c.c.), e l'applicazione del termine decennale di prescrizione (art. 2953 c.c.). – 5. L'ambito di applicabilità della tutela di condanna: le obbligazioni fungibili ed infungibili. – 6. (segue) La tutela inibitoria e l'*astreinte*. – 7. Le condanne “speciali”: la condanna generica e la condanna in futuro.



Questo capitolo ripercorre il contenuto dei Cap. 1-4, Sez. I, Tomo I
delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. La tutela di accertamento quale fulcro della tutela di cognizione

Il fulcro della tutela di cognizione è l'accertamento del diritto o del rapporto (ossia se esista, tra chi esista, con quali contenuti e conseguenze). La stessa tutela di condanna (che tende a garantire alla parte il potere di azionare uno strumento – il processo esecutivo – per riparare alla violazione del diritto), presuppone l'accertamento dell'esistenza del diritto (e del rapporto) tra le parti: prima di attribuire alla parte il potere di dare attuazione concreta al diritto, è pur sempre necessario accettare la sua esistenza. Analogo discorso vale per la tutela costitutiva: anche qui la modifica (estinzione o creazione) del rapporto operata dalla sentenza esige dapprima e sempre un accertamento. Tuttavia, come vedremo, in questo caso l'accertamento avrà un oggetto peculiare: il diritto-potere dell'attore ad ottenere dal giudice la richiesta modifica del rapporto giuridico (Cap. 2, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*).

2. L'azione di accertamento e l'azione di accertamento negativo

La tutela di accertamento originerà da una **azione di c.d. mero accertamento**, ossia da una domanda della parte con la quale si chiede al giudice di accettare l'esistenza ed il modo di essere del diritto vantato. Nel nostro ordinamento manca una norma generale che disciplini l'azione di mero accertamento, mentre sono previste singole azioni di accertamento dal c.c., per lo più in materia di diritti reali (ma una azione di mero accertamento è anche quella di nullità del contratto: artt. 1421 ss. c.c., con la quale l'attore chiede al giudice di accettare l'inesistenza del rapporto contrattuale). Ciò nonostante, in forza dell'art. 100, è comunemente riconosciuta la possibilità per le parti di domandare ed ottenere, se la domanda è fondata, una sentenza che dica se il diritto vantato esiste, e come si atteggia. L'unico limite di questa azione è dato dall'esistenza di un interesse ad agire, ossia ad ottenere l'accertamento richiesto, di cui si occupa, appunto, l'art. 100 (v. Cap. 10, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*).

Tradizionalmente, si riconosce anche la possibilità di chiedere **l'accertamento negativo del diritto di cui il convenuto si vanti titolare**, ossia un provvedimento che dica che quel diritto non esiste. Si tratta di una figura di tutela di accertamento prevista espressamente dal c.c. per i diritti reali parziali (*l'actio negatoria* di servitù o di usufrutto: art. 949 c.c.). Il codice civile e quello di rito, invece, tacciono quanto all'ammissibilità dell'azione di accertamento negativo dei diritti di credito; tuttavia la dottrina e la giurisprudenza ne riconoscono comunque l'esperibilità. La domanda di accertamento negativo, e la conseguente sentenza, avranno per oggetto proprio il diritto di credito vantato dal convenuto e contestato dall'attore, questi infatti vuole sì ottenere l'accertamento dell'inesistenza del diritto vantato dal convenuto, ma per farlo deve pur sempre dedurre in giudizio, con la propria domanda, quale oggetto della cognizione del giudice, quel diritto di cui la controparte è titolare.

3. L'azione di condanna: caratteri generali

Il presupposto dell'azione di condanna è più “ampio” di quello dell'azione di mero accertamento: all'incertezza sull'esistenza e la conformazione di un diritto, si accompagna l'affermazione della sua lesione e la richiesta di sua eliminazione. La sentenza di condanna, quindi, si distingue da quella di accertamento perché contiene qualcosa in più: **oltre che accettare l'esistenza del diritto, la sua esigibilità e la sua lesione, il giudice riconosce all'attore il potere di azione esecutiva**. In tal modo, in forza della sentenza di condanna, il creditore potrà dare impulso al processo esecutivo, ossia instaurare un nuovo processo (diverso da – e successivo a – quello di cognizione) per poter ottenere la soddisfazione coattiva di quel diritto.

Più in particolare, il giudice adito con una domanda di condanna, dopo aver accertato l'esistenza del diritto e la sua lesione, condannerà il convenuto all'adempimento dell'obbligazione. Questo però potrebbe non essere sufficiente a tutelare il creditore, perché il convenuto-condannato potrebbe non adempiere spontaneamente alla sentenza. Ecco perché questa sentenza **costituisce titolo esecutivo**: precisamente essa consente all'attore riconosciuto creditore di attivare il processo esecutivo per ottenere – in via coattiva – l'adempimento dell'obbligazione cui il convenuto-condannato non vuole adempiere spontaneamente.

4. Gli effetti (principale e secondario) della tutela di condanna: la possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale (art. 2818 c.c.), e l'applicazione del termine decentrale di prescrizione (art. 2953 c.c.)

Tra gli effetti della tutela di condanna, dunque, se ne distingue uno principale, e due secondari. Al primo ci siamo riferiti poco fa: **la sentenza di condanna costituisce titolo esecutivo. Si tratta di un effetto di cui essa è munita fin dal primo grado: a partire dalla sua pronuncia, la sentenza di condanna legittima infatti il vincitore ad agire in esecuzione forzata**, prima ancora, quindi che essa sia divenuta definitiva, e così quando ancora è impugnabile. L'effetto esecutivo deroga dunque al principio generale per cui gli effetti di una sentenza si producono dopo che essa sia passata in cosa giudicata (v. Cap. 5, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*).

Quanto agli effetti secondari che discendono da una sentenza di condanna, essi sono: la facoltà per il creditore di iscrivere ipoteca giudiziale (art. 2818 c.c.), sin dal momento della pronuncia del provvedimento; e l'applicazione della prescrizione ordinaria (10 anni) al diritto ac-

certato dalla sentenza, qualora tale diritto, secondo le disposizioni del c.c., sia soggetto ad un diverso e più breve termine di prescrizione (art. 2953 c.c.). Questo secondo effetto, però, si verifica solo dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna.

Chi ha ottenuto a suo favore una sentenza di condanna ha dunque titolo per **iscrivere ipoteca ex art. 2818 c.c.** Questa ipoteca ha natura giudiziale perché il diritto all'iscrizione della causa di prelazione nei registri immobiliari nasce da un provvedimento del giudice: in questo senso, allora, l'iscrizione dell'ipoteca ha efficacia costitutiva del diritto reale di garanzia.

Il diritto ad iscrivere ipoteca è molto importante. Abbiamo sottolineato poco sopra che le sentenze di condanna sono immediatamente esecutive, fin dal momento della pronuncia; tuttavia la parte contro cui la sentenza è stata resa può impugnarla e chiedere al giudice di appello, *ex art. 283 c.p.c.*, la sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento (la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza di condanna di secondo grado, invece, va chiesta alla stessa Corte d'appello – non già alla S.C. – se la sentenza viene impugnata con ricorso per cassazione: art. 373 c.p.c., v. Cap. 3, Sez. VII, Tomo II, *Spiegazioni*). Ebbene, **anche se l'efficacia esecutiva della sentenza viene sospesa, la parte vittoriosa potrà comunque iscrivere ipoteca:** è la stessa natura della sentenza di condanna che lo esige. Anzi, proprio in questi casi, la facoltà di iscrivere ipoteca diviene, per il creditore vittorioso, di fondamentale importanza: questi, pur non potendo procedere subito all'esecuzione forzata, vedrà infatti garantita la fruttuosità della futura esecuzione forzata, necessariamente differita nel tempo, mediante la costituzione a suo favore di una causa legittima di prelazione, che **gli consentirà di soddisfarsi con preferenza, in sede di distribuzione del ricavato della vendita forzata, nell'ipotesi in cui concorrano con lui altri creditori del comune debitore** (in deroga al principio della *par condicio creditorum*).

Come vedremo (v. Cap. 8, Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*), anche altri provvedimenti giudiziari (diversi dalla sentenza di condanna) costituiscono titolo esecutivo, e consentono a chi li ha ottenuti di iscrivere ipoteca giudiziale. Così, ad esempio, per il decreto ingiuntivo e l'ordinanza di cui all'art. 186-ter (v. Cap. 1, Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*), purché però questi provvedimenti vengano dichiarati esecutivi (artt. 655 e 186-ter, co. 6).

L'altro effetto secondario della sentenza di condanna è disciplinato dall'art. 2953 c.c., ma, diversamente dall'ipoteca giudiziale, si verifica **solo una volta che la sentenza sia passata in giudicato**. La legge stabilisce infatti che **l'originario termine di prescrizione del diritto, ove si tratti di prescrizione breve** (ad esempio 5 anni, se il diritto di credito è al risarcimento del danno da illecito aquiliano), **sia sostituito dal termine lungo decennale**. Si badi però che il diritto di credito è sempre lo stesso: semplicemente, da un certo momento in poi (passaggio in giudicato della sentenza di condanna), diviene soggetto ad un regime prescrizionale uniforme e più lungo: la prescrizione sarà sempre di 10 anni.

5. L'ambito di applicabilità della tutela di condanna: le obbligazioni fungibili ed infungibili

L'ambito di applicazione della tutela di condanna è meno ampio rispetto alle situazioni giuridiche soggettive passive che si possono riscontrare in concreto. Storicamente, l'esecuzione forzata non è stata concepita dal legislatore per garantire la soddisfazione di tutte le obbligazioni che possono sussistere, e così rimanere inadempinte. **Il creditore, con l'esecuzione forzata, può ottenere esattamente quello che avrebbe avuto diritto ad ottenere dal debi-**

tore (c.d. tutela in forma specifica), solo nei casi in cui l'obbligazione inadempita sia una obbligazione fungibile. Ed infatti, come vedremo meglio studiando il processo esecutivo (Cap. 7, Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*), esistono delle norme che espressamente prevedono l'esecuzione forzata per equivalente delle obbligazioni fungibili, e così delle obbligazioni di dare (consegnare una cosa mobile, o rilasciare un immobile: art. 2930 c.c.); delle obbligazioni di fare fungibile (art. 2931 c.c.: il *facere* dovuto dal debitore è posto in essere da un terzo, a spese dell'obbligato); e pure delle obbligazioni di non fare fungibili, che si hanno in tutti quei casi in cui il debitore è obbligato a non porre in essere un comportamento idoneo ad immutare la realtà circostante (ad esempio: l'obbligo di non sopraelevare la propria casa). Anche in questi casi è possibile una esecuzione coatta dell'obbligo di non fare fungibile, che si attua (*ex art. 2933 c.c.*) attraverso la rimozione (sempre ad opera di un terzo, ma a spese dell'obbligato inadempiente) di quanto fatto in violazione dell'obbligazione di astensione, ossia attraverso il ripristino della situazione *quo ante*. Infine, anche il creditore di una somma di denaro potrà ottenere esattamente l'importo che aveva diritto ad ottenere dal debitore (artt. 2910 ss. c.c.), attraverso la vendita forzata dei beni di quest'ultimo, e la distribuzione del ricavato.

Ci sono però dei casi in cui il creditore non può ottenere esattamente quello che avrebbe avuto diritto ad ottenere dal debitore attraverso l'opera di un terzo (i cui costi saranno sopportati dal debitore): ciò accade quando l'obbligazione abbia natura infungibile, ossia abbia per oggetto una prestazione di fare o non fare che è connotata dall'apporto insostituibile del debitore. In queste ipotesi, una sentenza che condanni la parte ad eseguire la prestazione sarebbe davvero inutile per il creditore: se il debitore scegliesse comunque di non adempire alla sentenza, il creditore non avrebbe alcun mezzo per ottenere la soddisfazione coattiva del suo diritto.

Un esempio di fare infungibile è il seguente: si immagini che Tizio concluda un contratto con il famoso pittore Caio, affinché questi gli faccia un ritratto. Se Caio si rifiuta di adempiere alla sua obbligazione, è chiaro che Tizio non avrebbe possibilità di ottenere – attraverso l'opera surrogatoria di un terzo – quanto aveva diritto di ottenere in forza del contratto concluso con il pittore: l'opera di Caio non è surrogabile, perché è strettamente correlata alla persona e alle qualità del debitore. Quanto al non fare infungibile, si pensi a tutte quelle ipotesi in cui il comportamento di astensione dovuto dall'obbligato non si concreti nell'astensione dal compimento di atti che mutano la realtà circostante, le cui conseguenze non possono quindi essere rimosse a spese dell'obbligato: ad esempio, nel caso di vilipendio del nome o della reputazione, o di storno di clienti.

6. (segue) La tutela inibitoria e l'astreinte

Quando l'obbligazione di non fare infungibile riguarda comportamenti reiterabili nel tempo, il creditore può agire in giudizio proponendo domanda di c.d. inibitoria. **La tutela inibitoria si concreta un ordine, rivolto all'autore dell'illecito, di astenersi per il futuro dal porre in essere comportamenti identici o equivalenti a quelli in cui si è esteriorizzata la violazione dell'altrui diritto, o comunque del divieto legale.** Tuttavia, se questo ordine giudiziale di astensione o cessazione della condotta non viene presidiato con un “incentivo” (ossia con la previsione di una sanzione per il debitore che lo violi), è chiaro che la sua effettività ne risulterà di molto compromessa. In questi casi, infatti, il debitore che non adempie al comando inibitorio, non incorrerà in una immediata sanzione, ma potrà essere soggetto solo ad una eventuale domanda di condanna per il risarcimento dei danni arrecati al creditore con la sua condotta illecita.

Fino a poco tempo fa, la violazione degli obblighi di fare e non fare infungibili non poteva essere tutelata “in via diretta”, ma solo in via indiretta, per equivalente: **il creditore aveva la sola possibilità di agire in giudizio chiedendo la condanna del debitore inadempiente al risarcimento dei danni arrecati dal suo inadempimento al fare o non fare infungibile** (c.d. **tutela per equivalente**). Mancava invece uno strumento generale che consentisse al creditore di ottenere dal debitore quanto dovuto (perché il debitore non poteva essere obbligato ad adempiere alla prestazione infungibile, stante il principio generale per cui *nemo ad facendum precise cogi potest*).

Il legislatore del 2009 (legge n. 69/2009) ha cercato di porre rimedio a questa lacuna con una nuova disposizione, l'art. 614-bis, che introduce per la prima volta nel nostro ordinamento una **figura generale di misura coercitiva indiretta (altrimenti detta penalità di mora, o astreinte dal nome dell'omologo istituto francese)**. L'art. 614-bis consente al giudice – quando accoglie la domanda di condanna ad una obbligazione di fare o non fare infungibile – di condannare il soccombente al pagamento, a favore del creditore, di una sanzione pecuniaria per il ritardo o la violazione del provvedimento di condanna. Attraverso la prospettazione di una sanzione pecuniaria, il legislatore cerca così di incentivare l'adempimento degli obblighi infungibili, al fine di garantire al creditore una tutela giurisdizionale se non proprio piena (il debitore potrà pur sempre decidere di non adempiere, e pagare la penalità prevista), quanto meno non più solamente risarcitoria.

7. Le condanne “speciali”: la condanna generica e la condanna in futuro

Vi sono casi di provvedimenti di condanna che negli effetti differiscono non poco da quanto finora analizzato. Si tratta delle cd. “condanne speciali”, quali la condanna generica e la condanna in futuro.

Con il termine **condanna generica** si indica quella **sentenza che (tendenzialmente) si limita ad accertare l'esistenza del diritto di credito (l'*an*), ma ancora nulla dice in ordine all'ammontare del credito (*quantum*)**. Due sono i casi in cui essa può essere pronunciata.

Il primo è disciplinato dall'art. 278, e si verifica quando **l'attore propone in origine una domanda di condanna del convenuto al pagamento di una certa somma di denaro**, e dunque chiede sin da subito al giudice di accertare l'esistenza del diritto di credito e la sua lesione, e pure di condannare il convenuto al suo adempimento. **Nel corso di quel processo**, l'attore (soprattutto se la quantificazione del dovuto è particolarmente complessa) può ritenerne utile **chiedere al giudice di pronunciare anzitutto una sentenza di condanna generica** (che accerterà l'*an*: l'esistenza del diritto e la sua violazione), e poi far proseguire il processo per determinare il ***quantum* dovuto**. Il giudice, in questo caso, pronuncerà una sentenza non definitiva: essa, infatti, viene resa nel corso dello stesso giudizio, destinato poi a concludersi con una sentenza definitiva di condanna al pagamento del credito così come liquidato. Perché venga pronunciata questa sentenza (non definitiva) di condanna generica, è necessaria una apposita istanza dell'attore, mentre non serve il consenso del convenuto.

La condanna generica **non è titolo esecutivo**: essa cioè non consente all'attore di poter instaurare un processo esecutivo per la soddisfazione del suo diritto, perché per agire in esecuzione forzata non basta l'accertamento dell'esistenza del diritto e della sua lesione, ma è necessario che quel diritto sia liquido ed esigibile (art. 474 c.p.c.). Tuttavia, la condanna generica è molto utile per l'attore, perché lo legittima all'**iscrizione dell'ipoteca giudiziale** (art.

2818 c.c.): in forza di questa condanna speciale, il creditore potrà immediatamente vincolare i beni del debitore in vista del futuro processo esecutivo, che potrà essere iniziato, però, solo in forza della sentenza definitiva.

Dopo la pronuncia della condanna generica, il giudizio di cognizione proseguirà allora con l'istruzione, per concludersi poi con la decisione in relazione al *quantum* dovuto: **la sentenza definitiva assorbirà in ogni caso la sentenza di condanna generica**, e potrà finanche rigettare la domanda dell'attore, se all'esito dell'istruzione risulterà che sia mancato, in concreto, qualsiasi pregiudizio (ad esempio perché il convenuto si è reso davvero inadempiente al contratto, ma il suo inadempimento non ha causato alcun danno all'attore). Invece, se dopo la pronuncia della sentenza (non definitiva) di condanna generica, il processo dovesse estinguersi, ex art. 310, co. 2, tale sentenza conserverà la sua efficacia, e – se non impugnata – sarà idonea a passare in giudicato (v. Cap. 4, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*).

Il co. 2 dell'art. 278 prevede che alla pronuncia di condanna generica – su richiesta dell'attore e con la stessa sentenza – possa accompagnarsi anche la condanna del convenuto al pagamento di una somma, nei limiti della quantità del diritto di credito per il quale il giudice ritiene che sia già stata raggiunta la prova (**c.d. provvisionale**). In altri termini, se l'attore lo richiede la sentenza di condanna generica potrà condannare il debitore per il *quantum debeatur* già provato. Anche quando è resa una sentenza di condanna generica munita di provvisionale, il giudice pronuncerà un'ordinanza con la quale disporrà la prosecuzione del giudizio per la determinazione e quantificazione dell'ulteriore quota del diritto di credito tutt'ora controversa. Il processo, quindi, si concluderà con una sentenza definitiva di condanna, che assorbirà quella di condanna generica (ma mai andare al di sotto della “soglia minima” del credito già liquidata con quella sentenza). Diversamente da quanto abbiamo osservato per la sentenza di condanna generica di cui all'art. 278, co. 1, quella pronunciata con provvisionale è **titolo esecutivo**, perché contiene già una (parziale) liquidazione del diritto di credito accertato.

La giurisprudenza – nel silenzio del c.p.c. – ammette un'ulteriore ipotesi di sentenza di condanna generica, perché riconosce all'attore la possibilità di agire fin dall'inizio in giudizio chiedendo solo l'accertamento dell'esistenza del diritto di credito e delle sua lesione (si tratta, quindi, di una sentenza di mero accertamento). La liquidazione del diritto di credito, in questo caso, si avrà eventualmente all'esito di un secondo, diverso ed autonomo giudizio. Diversamente da quanto accade nell'ipotesi contemplata dall'art. 278, se l'attore agisce chiedendo direttamente la sola condanna generica del convenuto, quest'ultimo, secondo la giurisprudenza, ha facoltà di opporsi ad un tale accertamento limitato solo all'*an* del diritto; egli, cioè, può chiedere che davanti al giudice adito si accerti subito, nell'ambito della stesso processo, anche il *quantum* dovuto.

Un'altra condanna speciale è **la c.d. condanna in futuro**: in alcuni casi è possibile che il creditore agisca in giudizio per ottenere la condanna attuale del debitore prima che il suo credito sia divenuto esigibile, al fine di procurarsi un valido titolo esecutivo che gli consentirà, non appena il credito sia divenuto esigibile (e così sia “scaduto”), di procedere immediatamente all'esecuzione forzata. Questo tipo di tutela di condanna (che eccezionalmente prescinde dalla esigibilità del diritto azionario) non ha però carattere generale ed è ammissibile nelle sole particolari ipotesi previste dalla legge (ad esempio in materia di locazione: art. 675, co. 1, e 664, co. 1).

A questa categoria di condanne speciali va ricondotta anche la c.d. condanna con riserva di eccezioni: in questo caso, però, si verte in ambito di tutela sommaria (meglio: tutela di cognizione non completa) di condanna (v. Cap. 1, Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*).

3. L'azione e la tutela costitutiva

1. La tutela costitutiva. – 2. Il presupposto della tutela costitutiva: i diritti potestativi ad attuazione giudiziaria. – 3. La tutela costitutiva necessaria. – 4. Esempi di sentenze costitutive: quelle che creano nuovi diritti (la sentenza *ex art. 2932 c.c.*) ... – 5. ... le sentenze costitutive ad effetti estintivi ... – 6. ... Le sentenze costitutive ad effetti modificativi. – 7. Il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva quale *condicio sine qua non* per il prodursi dei suoi effetti.



Questo capitolo ripercorre il contenuto dei Cap. 2-3, Sez. I, Tomo I delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. La tutela costitutiva

Gli artt. 2907, 2908 e 2909 c.c. ci dicono anzitutto che la tutela giurisdizionale dei diritti si risolve principalmente nell'accertamento dei diritti contesi o insoddisfatti (i quali, una volta che ne sia stata accertata l'esistenza, potranno essere soddisfatti attraverso il processo esecutivo, se l'azione esperita è di condanna). Queste norme, però, ed in particolare l'art. 2908 c.c., esprimono anche un altro principio: **a volte la tutela di cognizione non si risolve soltanto nell'accertamento del diritto** (e nella eventuale conseguente sua esecuzione forzata), **ma comporta anche la pronuncia da parte del giudice di un provvedimento che abbia un effetto creativo, modificativo od estintivo di diritti e rapporti**. Talvolta, cioè, il modo per offrire tutela alla parte è quello di modificare o estinguere il rapporto di cui essa è titolare, ovvero di farne nascere uno nuovo. Ed infatti l'art. 2908 c.c., rubricato “Effetti costitutivi della sentenza”, recita: “Nei casi previsti dalla legge, l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici, con effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa”. La clausola di tipicità, con la quale la norma esordisce, si giustifica perché di regola è solo mediante l'autonomia negoziale che le parti possono costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici.

2. Il presupposto della tutela costitutiva: i diritti potestativi ad attuazione giudiziaria

Per comprendere come funziona la tutela costitutiva, e quando potrà essere chiesta e pronunciata una tale sentenza, si deve guardare al diritto sostanziale. Dallo studio del diritto civile si è appreso che esistono situazioni giuridiche potestative (c.d. diritti potestativi), che attribuiscono ad una parte il potere di (o alla) modificazione giuridica di un dato rapporto; potere cui la controparte deve soggiacere. Non tutti i diritti potestativi, però, danno luogo all'applicazione dell'art. 2908 c.c. Si deve infatti distinguere tra **diritti potestativi ad esercizio stra-**

giudiziale (o poteri sostanziali formativi) e diritti potestativi ad attuazione giudiziaria (o poteri di azione costitutiva): i primi consentono al titolare di produrre da sé ed unilateralmente la modifica (creazione od estinzione) del rapporto giuridico e così del diritto soggettivo; i secondi, invece, non attribuiscono al titolare il potere autosufficiente ed unilaterale di provocare la modifica (creazione od estinzione), ma solo il potere di agire in giudizio per ottenere dallo Stato (attraverso il giudice) la pronuncia di una sentenza costitutiva che produca quella modifica.

Esempi di poteri formativi (o diritti potestativi ad attuazione stragiudiziale) sono: il potere del datore di lavoro di trasferire il lavoratore o modificarne le mansioni; il potere di recesso da un contratto di durata a tempo indeterminato (art. 2118 c.c.); o ancora il potere del locatore di adeguare il canone di locazione (aumentandolo), in relazione a diversi parametri (come l'indice Istat: legge n. 431/1998). Sono invece poteri di azione costitutiva (o diritti potestativi ad attuazione giudiziaria): il potere di agire in giudizio per ottenere una sentenza che annulli (art. 1425 ss. c.c.), o rescinda (artt. 1447 ss. c.c.) il contratto; il potere di agire in giudizio per ottenere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.), o anche per inadempimento dell'altra parte (art. 1453 c.c.). Peraltro, in quest'ultimo caso il legislatore prevede altresì il potere formativo autonomo e diretto della parte di risolvere il contratto in via stragiudiziale per inadempimento della controparte (art. 1454 c.c., sulla difida ad adempiere).

L'oggetto della domanda (e della sentenza) che riguardano queste due *species* di diritti potestativi, divergono non poco. Nel caso di diritti potestativi ad attuazione stragiudiziale, la modifica del rapporto giuridico consegue al semplice esercizio del diritto-potere ad opera del titolare. Perciò, chi deve soggiacere alla modifica, se ritiene che questo diritto-potere non spettasse all'altra parte, oppure non potesse essere esercitato, o non sia stato bene esercitato, potrà sì agire in giudizio, ma con una domanda di mero accertamento, che non riguarderà l'esercizio del diritto potestativo, ma il rapporto giuridico. La controparte, in altre parole, chiederà al giudice di accertare che il rapporto giuridico che la lega all'altra parte è ancora quello originario, perché non c'è stata alcuna (valida) sua modifica.

Ad esempio, Tizio stipula con Caio un contratto di somministrazione di bevande per il suo ristorante. Dopo un po' di tempo, Tizio riceve un'offerta da Sempronio, che gli propone un prezzo più vantaggioso di quello che per contratto deve pagare a Caio. Per questa ragione, Tizio esercita il diritto potestativo di recesso (ex art. 1569). Se Caio ritiene che Tizio abbia illegittimamente esercitato il diritto di recesso (perché, ad esempio, il contratto di somministrazione non era a tempo indeterminato), potrà agire in giudizio. Con la sua domanda, però, non chiederà al giudice di accertare l'inesistenza del diritto di recesso di Tizio, ma gli chiederà di accertare che tra lui e Tizio c'è ancora un valido contratto di somministrazione (perché la sua estinzione da parte di Tizio non è efficacemente intervenuta, per mancanza del diritto di recesso).

A fronte di **diritti potestativi ad attuazione giudiziaria**, invece, è chi assume di essere titolare del diritto alla modifica che deve agire in giudizio: **questa modifica, infatti, non può direttamente essere ottenuta dalla parte, ma deve essere domandata al (e attuata dal) giudice**. In questo caso, quindi, la parte chiederà **la pronuncia di una sentenza costitutiva, che produca l'effetto di modificare, creare o estinguere il rapporto giuridico**. Anche le sentenze costitutive contengono comunque un accertamento, ma l'oggetto di questo accertamento è peculiare: la sentenza dichiara l'esistenza del diritto della parte ad ottenere la richiesta modifica, e del dovere del giudice di provvedervi.

Poniamo che Tizio e Caio stipulino un contratto di compravendita, ma che l'acquirente Caio sia stato indotto a comprare il bene di Tizio solo perché ingannato da quest'ultimo quanto alla natura del bene (Tizio aveva detto a Caio che il quadro era di un importante pittore, quando in realtà si tratta di una copia). Scoperto l'inganno, Caio intende ottenere l'annullamento del contratto per dolo, e di conseguenza agisce in giudizio, proponendo la relativa domanda. Ebbene, in questo caso, se davvero il dolo c'è, il giudice accerterà l'esistenza del diritto di Caio ad ottenere una tutela costitutiva di annullamento del contratto, e pronuncerà una sentenza che rimuoverà il contratto, annullandolo.

3. La tutela costitutiva necessaria

Molto spesso, la modifica che deve essere richiesta all'autorità giudiziaria potrebbe essere ottenuta dalle parti, se si accordassero, nell'ambito della loro autonomia contrattuale. Così, per riprendere l'esempio fatto sopra: se Tizio fosse d'accordo, il contratto di compravendita del quadro potrebbe essere risolto in accordo con Caio, senza necessità di adire il giudice per ottenerne l'annullamento, e fermo l'eventuale risarcimento dei danni. Vi sono però casi nei quali **le parti non possono – nemmeno se d'accordo – modificare il loro rapporto nell'ambito della loro autonomia negoziale**. Si tratta delle ipotesi di **c.d. tutela costitutiva necessaria**: così accade per la separazione legale dei coniugi che, anche quando consensuale, dovrà pur sempre essere omologata dal tribunale, per avere effetti.

4. Esempi di sentenze costitutive: quelle che creano nuovi diritti (la sentenza ex art. 2932 c.c.) ...

A questo punto, conviene fare alcuni esempi di sentenze costitutive che creano un diritto, lo modificano o lo estinguono.

Un tipico caso di sentenza costitutiva che crea un diritto si ha in materia di contratto preliminare. Come sappiamo, con il contratto preliminare (che per lo più sarà di vendita) le parti (promissario acquirente e promittente venditore) si obbligano a concludere un contratto definitivo di compravendita del bene (il quale solo avrà l'effetto traslativo della proprietà del bene dal venditore al compratore). Il contratto preliminare crea, quindi, in capo ad entrambe le parti una obbligazione di fare infungibile: quella di prestare il consenso e dunque concludere il contratto definitivo. Se uno dei contraenti risulta inadempiente (e così si rifiuta di stipulare il contratto definitivo), l'ordinamento consente all'altro di agire in giudizio per ottenere dal giudice una sentenza che produca gli stessi effetti del contratto definitivo non concluso (art. 2932 c.c.). Dunque, nel caso di preliminare di vendita, la sentenza così pronunciata determinerà il passaggio della proprietà del bene dal promittente venditore al promissario acquirente. Una sentenza costitutiva, appunto. Ci si potrebbe chiedere per quale motivo la parte, che decide di agire in giudizio, proponga una domanda costitutiva degli effetti del contratto definitivo non concluso, anziché una domanda di condanna della parte inadempiente ad adempiere al contratto preliminare. La ragione è che l'obbligazione inadempita ha per oggetto un *facere* infungibile: il consenso alla stipula del contratto definitivo può essere prestato solo dalla parte, e non da un terzo in sua vece. Per queste ragioni, una sentenza che condannasse una parte a prestare il proprio consenso non avrebbe alcuna utilità per chi l'ha chiesta: non si potrebbe instaurare un successivo processo esecutivo per ottenere che un terzo faccia (a spese della parte debitrice) quanto la parte debitrice avrebbe dovuto fare (v. Cap. 4, Sez. I, Tomo I, *Spiegazio-*

ni). È questo il motivo per il quale l'ordinamento predispone il rimedio dell'art. 2932 c.c.: il giudice, prima accerterà l'esistenza dell'obbligo di concludere il contratto e la sua violazione (e così l'esistenza del diritto potestativo dell'attore), e poi farà nascere il diritto di proprietà in capo all'attore e lo toglierà al convenuto (se, ad es., il preliminare inadempito è di compravendita), e farà corrispondentemente nascere in capo all'attore l'obbligo di pagare il prezzo del bene a favore del convenuto.

Assai diversa è la tutela riconosciuta alle parti nel caso di inadempimento del c.d. "preliminare improprio", che non è in realtà un contratto preliminare ma un contratto già definitivo. A fronte dell'inadempimento del c.d. preliminare improprio, la tutela riconosciuta alle parti è quella di accertamento, non costitutiva. Infatti il "preliminare improprio" è un contratto definitivo: le parti, con il loro atto scritto, manifestano la volontà attuale l'una di vendere il bene immobile verso il prezzo, e l'altra di acquistare il bene immobile verso il pagamento del prezzo. Tuttavia, questo contratto viene redatto sì per iscritto, ma non per atto pubblico, circostanza, questa, che ne impedisce la trascrizione e perciò l'opponibilità ai terzi (solo l'atto pubblico può essere trascritto, non anche la scrittura privata). In questo caso, il contratto (cd. "preliminare improprio") produce però tra le parti immediatamente tutti gli effetti di una compravendita: l'effetto traslativo del passaggio di proprietà, e quello di rendere attuale ed esigibile l'obbligazione di pagamento del prezzo. Ebbene, se in queste ipotesi una delle due parti (quasi sempre sarà il venditore) rifiuta di presentarsi davanti al notaio per riprodurre il contratto per atto pubblico, l'altra parte potrà sì agire in giudizio, proponendo però domanda di accertamento. L'acquirente (perché è già tale dal momento della stipula del "preliminare improprio") potrà ad esempio chiedere che il giudice accerti il suo diritto di proprietà sul bene, in modo da ottenere un titolo (sentenza) che possa essere trascritto.

5. ... le sentenze costitutive ad effetti estintivi ...

Esempi di sentenze costitutive ad effetti estintivi sono **la sentenza di risoluzione del contratto per inadempimento (art. 1453 c.c.), o per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.)**: qui la sentenza pronunciata dal giudice determinerà, infatti, l'estinzione del rapporto contrattuale. Lo stesso vale per **le sentenze rese a seguito di azioni di impugnativa negoziale**, e così per le sentenze di annullamento (art. 1425 ss. c.c.) o di rescissione (art. 1447 ss. c.c.). Non è invece una sentenza costitutiva quella di declaratoria di nullità: si tratta, infatti, di una (domanda e poi) sentenza di accertamento dell'inesistenza *ab origine* del rapporto contrattuale, che non è mai venuto validamente ad esistenza (mentre nel caso di annullamento, il rapporto contrattuale è nato, ed è – anche se provvisoriamente – vigente tra le parti, ma poiché viziato potrà essere caducato).

In tutti questi casi, la sentenza ha però un oggetto peculiare: essa incide, caducandolo, sul "rapporto contrattuale fondamentale", ed in questo modo fa venir meno anche tutti gli effetti che si radicano su di esso, pure se non sono stati presi in considerazione dalla sentenza. Pertanto, se la parte lo vorrà, potrà chiedere, già in quello stesso processo oppure in un successivo giudizio, la condanna della controparte alla restituzione di quanto ottenuto dall'adempimento del contratto. Questa domanda è possibile proprio perché la sentenza, che annulla o risolve il contratto, incide sul rapporto contrattuale fondamentale, e quindi rende *ex post* prive di giustificazioni le prestazioni già effettuate in adempimento del contratto.

Un esempio potrà risultare utile: riprendiamo il caso della domanda di annullamento per dolo del contratto di compravendita di un quadro. La sentenza che accoglie questa domanda si limiterà a statuire che quel contratto è annullato. Tuttavia, si dovrà intendere che è venuto meno il rapporto contrattuale fondamentale, e così l'effetto contrattuale complessivo nascente dal contratto e anche tutti gli effetti che da questo si irradiano (ad esempio: sarà caducato, anche se non viene detto, il trasferimento della proprietà del quadro dal venditore all'acquirente, o l'obbligo dell'acquirente di pagare il prezzo al venditore).

6. ... Le sentenze costitutive ad effetti modificativi

Da ultimo, vediamo qualche esempio di sentenze in senso stretto modificative, ossia che modificano un diritto (o un rapporto giuridico, o uno *status*) preesistente. A questa categoria va ricondotta la **sentenza pronunciata sulla domanda estimatoria ex art. 1492 c.c. (o quanti minoris)**, che mira a modificare il prezzo dovuto per la vendita (o meglio: il contenuto dell'obbligazione pecuniaria dell'acquirente sotto il profilo quantitativo). In questo caso, se la domanda di riduzione del prezzo venisse accolta, e l'acquirente avesse già pagato tutto il dovuto, la parte in eccedenza potrebbe essere richiesta dall'acquirente al venditore che a questo punto la tratterebbe indebitamente (così, se questi non restituisse spontaneamente la somma, l'acquirente potrebbe proporre domanda di condanna alla restituzione: domanda, questa, che spesso viene proposta dall'acquirente insieme a quella di riduzione del prezzo, per il caso in cui quest'ultima venisse accolta).

Merita ricordare che in caso di compravendita di un bene che presenta vizi che ne diminuiscono il valore, l'acquirente potrà scegliere tra due azioni: quella estimatoria, sulla quale ci siamo appena sopra soffermati, e quella redibitoria (di risoluzione del contratto per inadempimento del venditore, che ha venuto una merce viziata; cui si accompagna la restituzione del prezzo pagato e l'eventuale risarcimento del danno). L'azione redibitoria ha sì natura costitutiva, *sub specie*, però, estintiva del rapporto. L'azione estimatoria, invece, è parimenti una azione costitutiva ma con effetti, appunto, modificativi.

Un altro esempio di sentenza modificativa è data della **sentenza di separazione coniugale**, che modifica il contenuto dello *status* matrimoniale: cessa l'obbligo di convivenza, si attenua non poco quello di fedeltà, e può modificarsi eventualmente il rapporto tra genitori e figli (la sentenza di divorzio ha invece effetti estintivi, perché estingue il rapporto di coniugo ed elimina il relativo *status*).

7. Il passaggio in giudicato della sentenza costitutiva quale *condicio sine qua non* per il prodursi dei suoi effetti

L'effetto (costitutivo, modificativo o estintivo) delle sentenze costitutive non si produce immediatamente, dal momento della pronuncia (come invece avviene per l'effetto esecutivo, proprio delle sentenze di condanna). Di regola, la sentenza costitutiva **deve essere passata in giudicato per produrre effetti**: in altri termini, come vedremo (Cap. 5, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*), non devono più essere esperibili (perché già proposti, oppure perché sono decorsi i termini per la proposizione) i mezzi di impugnazione ordinaria. Fino a quel momento, il mutamento sul rapporto giuridico non potrà dirsi efficace.

Così, ad esempio, se la sentenza accoglie la domanda di annullamento del contratto, il rapporto contrattuale non potrà dirsi definitivamente caducato fino al passaggio in giudicato del provvedimento. Ancora, nel caso di sentenza che tiene il luogo del contratto definitivo di vendita non concluso (*ex art. 2932 c.c.*), l'attore diventerà proprietario del bene solo una volta che la sentenza costitutiva sia diventata definitiva. Certo, non pochi problemi si pongono in questo caso: abbiamo visto che la sentenza *ex art. 2932 c.c.* trasferisce la proprietà dal promittente venditore al promissario acquirente, ma corrispondentemente fa sorgere in capo a quest'ultimo l'obbligo di pagamento del prezzo. Verosimilmente, la sentenza conterrà due statuzioni, ovvero due capi: quello costitutivo, e quello di condanna del promissario acquirente al pagamento del prezzo. Ebbene, le sentenze di condanna, diversamente da quelle costitutive, producono effetti immediatamente, senza necessità di attendere il passaggio in giudicato. Ci si chiede quindi se il promittente venditore, nelle more del passaggio in giudicato della sentenza, possa agire in via esecutiva nei confronti del promissario acquirente per ottenere il pagamento del prezzo dovuto. La giurisprudenza, condivisibilmente, tende a dare al quesito risposta negativa: in tutti i casi in cui la statuzione di condanna sia legata ad una statuzione costitutiva (come nel nostro, dove l'obbligo di pagamento del prezzo del bene è legato da sinallagma al trasferimento della proprietà), la statuzione di condanna sarà anch'essa efficace solo dal momento del passaggio in giudicato della sentenza (e così solo dal momento in cui si produrranno gli effetti della statuzione costitutiva).

4. Gli elementi individuatori della domanda giudiziale

1. La domanda giudiziale: individuazione e pratica rilevanza. – 2. Il profilo soggettivo della domanda giudiziale. – 3. Il profilo oggettivo della domanda: il *petitum* ... – 4. ... e la *causa petendi*. La diversa rilevanza della *causa petendi* nei diritti auto ed etero-determinati. – 5. Le principali conseguenze della natura auto o etero-determinata del diritto dedotto in giudizio.



Questo capitolo ripercorre il contenuto del Cap. 7, Sez. I, Tomo I
delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. La domanda giudiziale: individuazione e pratica rilevanza

Una notevole serie di questioni processuali e sostanziali affonda le sue radici sull’oggetto del giudizio, che viene introdotto e, allo stesso tempo, delimitato, dalla domanda giudiziale della parte. In relazione a ciascuna domanda che deduce in giudizio un diritto, si pone quindi la necessità di sua esatta individuazione, che deve avvenire ad opera della parte che quella domanda propone. Normalmente si tratta dell’attore, tenuto a farlo nell’atto introduttivo del giudizio (che potrà essere un atto di citazione o un ricorso: v. Cap. 1, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*). Anche il convenuto, però, può talvolta rendersi attore, ossia proporre una domanda riconvenzionale con la quale amplierà l’oggetto del processo (si rinvia al Cap. poc’anzi richiamato). In questo caso, sarà anch’esso tenuto ad assolvere allo stesso onere.

L’individuazione della domanda si rende necessaria per tutta una serie di ragioni, sia processuali che sostanziali. Sul piano processuale, l’individuazione serve, ad esempio: per valutare il rispetto del c.d. principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (che è un corollario del principio dispositivo sostanziale, ed impone al giudice di decidere su tutta la domanda della parte, e non oltre o fuori dalla stessa: art. 112); per verificare la competenza del giudice adito (Cap. 3, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*); per valutare se vi è l’impedimento della litispendenza, ossia se la stessa causa pende già davanti ad altro giudice, art. 39, co. 1 (Cap. 2, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*); oppure se ci si trova di fronte ad una ipotesi di continenza tra cause, ex art. 39, co. 2 (v. Cap. da ultimo richiamato); se ricorre una ipotesi di connessione tra cause che consente di derogare alle regole ordinarie di competenza; se nel corso del giudizio di primo grado la parte abbia solo precisato ammissibilmente (*emendatio libelli*) la domanda proposta, oppure l’abbia inammissibilmente modificata (*mutatio libelli*). L’individuazione della domanda è poi imprescindibile per fissare l’oggetto del giudicato di merito e la sua portata, ex art. 2909 c.c. (v. Cap. 5-6, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*).

Sul piano sostanziale, l’individuazione della domanda può ad esempio rilevare per individuare quale sia il diritto la cui prescrizione debba considerarsi interrotta attraverso la proposizione della domanda, oppure quale decadenza sia stata evitata (v. Cap. 5, Sez. III, Tomo I,

Spiegazioni); o ancora – ad esempio – per individuare se la domanda di condanna all'esatto adempimento possa essere proposta o no, perché prima è stata proposta domanda di risuzione per inadempimento (art. 1453, co. 2 e 3 c.c.). Il tema, insomma, è davvero rilevante.

2. Il profilo soggettivo della domanda giudiziale

La domanda giudiziale è individuata da tre elementi: soggetti, oggetto, e titolo. Infatti, ogni domanda deve dedurre una situazione giuridica soggettiva (di solito un diritto), fondata su un titolo (o *causa pedendi*), avente un certo oggetto (*petitum* mediato ed immediato: v. oltre), e che si afferma correre tra attore e convenuto.

Il profilo soggettivo della domanda è dato dalle parti, attore e convenuto, ossia colui che fa valere la domanda ed il diritto con essa dedotto, e colui nei cui confronti si agisce.

Nel caso di rappresentanza processuale (v. Cap. 1, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*), parte attrice o convenuta non è il rappresentante (che agisce in nome altrui), ma il rappresentato. Sì che se successivamente il rappresentato agisse in proprio, facendo valere lo stesso diritto nei confronti dello stesso convenuto, ci troveremmo in presenza della stessa causa. Se, invece, si verte in uno di quei casi eccezioni di legittimazione straordinaria ad agire (art. 81: v. Cap. 8, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*), dove un soggetto ammissibilmente agisce in nome proprio facendo valere un diritto altrui, allora parte sarà il sostituto, e non il sostituito. Ciò nonostante, anche la successiva domanda svolta dal sostituto nei confronti dello stesso convenuto ed avente ad oggetto lo stesso diritto configurerà “stessa causa” (per le ragioni che vedremo: v. Cap. poc'anzi richiamato).

3. Il profilo oggettivo della domanda: il *petitum* ...

Il profilo oggettivo della domanda è duplice, e si articola in oggetto (o *petitum*) e titolo (o *causa petendi*). Questi due elementi devono sempre essere indicati ed individuati nell'atto introduttivo del giudizio, ma possono però subire alcune variazioni, specialmente nel corso del giudizio di primo grado (meglio: nella I memoria *ex art. 183*: v. Cap. 2, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*).

L'oggetto o la “cosa oggetto della domanda” è elemento imprescindibile della domanda, e deve essere indicato nell'atto introduttivo per la sua validità (sia esso citazione, art. 163, n. 3, o ricorso, art. 414, n. 3). Con la locuzione “oggetto della domanda” si indica tanto il c.d. *petitum* mediato, quanto il c.d. *petitum* immediato. **Il *petitum* mediato individua il bene della vita che il processo deve far conseguire all'attore:** la prestazione dovuta, nei diritti di obbligazione; la *res* spettante all'attore nei diritti reali di godimento; l'utilità non patrimoniale assicurata *erga omnes* al titolare dei diritti assoluti diversi dai diritti reali, e via discorrendo. **Il *petitum* immediato, invece, individua il tipo di provvedimento che l'attore richiede al giudice:** di mero accertamento, di condanna o costitutivo. Con riguardo alle domande costitutive, peraltro, la distinzione tra *petitum* mediato ed immediato praticamente scompare: qui il *petitum* mediato è la modificazione giuridica che si chiede al giudice di produrre, e quindi già comprende la richiesta di un certo tipo di tutela e di sentenza.

4. ... e la *causa petendi*. La diversa rilevanza della *causa petendi* nei diritti auto ed etero-determinati

Il secondo elemento oggettivo della domanda è la *causa petendi* (o titolo), locuzione con cui si indicano i fatti costitutivi del diritto oggetto della domanda.

Ad esempio, se Tizio e Caio stipulano un contratto di compravendita di un'automobile, e poi Caio non paga il prezzo dovuto, Tizio potrà agire in giudizio per chiedere la condanna di Caio al pagamento del prezzo: il titolo della domanda, sul quale si fonda il diritto di credito di Tizio, sarà appunto il contratto di compravendita.

La *causa petendi* viene definitiva elemento individuatore della domanda (e va indicata e descritta nell'atto introduttivo del giudizio a pena di nullità). Tuttavia, non sempre è così: ci sono, infatti, delle domande (e quindi dei diritti) che si individuano solo in base alle parti e all'oggetto. Questo è vero per il diritto di proprietà, e per gli altri diritti reali di godimento (non invece per quelli reali di garanzia). Per questi diritti, infatti, vale la regola per cui *amplius quam semel res mea non esse potest*, sì che il singolo fatto originatore della proprietà – o dell'usufrutto, o della servitù di un certo contenuto – su un certo bene non rileva già per l'individuazione del rapporto giuridico oggetto del giudizio. Certamente, prima o poi nel corso del processo sarà bene spiegare come si è diventati proprietari: come vedremo studiando il processo ordinario di cognizione, l'attore che non l'abbia già indicata nella citazione sarà tenuto ad allegare la *causa petendi* della sua domanda entro la prima memoria *ex art. 183* (v. Cap. 2, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*). Questa indicazione non è necessaria ai fini dell'identificazione del diritto che si fa valere (che è già individuato in grazia del *petitum* e delle parti), ma serve all'attore per dimostrare la fondatezza della domanda (ossia, ad esempio, che davvero si è proprietari). **I diritti soggettivi (e le correlate domande giudiziali) che si individuano già solo in base alle parti e all'oggetto, sono definiti auto-determinati** (oltre a quelli già visti, sono auto-determinati anche i diritti assoluti a contenuto non patrimoniale).

Si definiscono invece diritti **etero-determinati** (che danno luogo quindi a domande etero-determinate) quei diritti che per il loro oggetto potrebbero correre molteplici volte tra le stesse parti, e che quindi, per essere individuati rispetto a tutti gli altri diritti possibili, hanno bisogno dell'enunciazione del fatto costitutivo. Sono diritti etero-determinati i diritti reali di garanzia, ed i diritti di obbligazione, almeno allorché il loro contenuto sia di versamento di una somma di denaro, o di consegna di cose fungibili.

Ad esempio: Tizio può essere creditore nei confronti di Caio per la somma di 100 euro, per una molteplicità di ragioni (contratto di mutuo, contratto di vendita, etc.). La domanda con cui Tizio si limita a chiedere la condanna di Caio al pagamento di 100 euro, quindi, è una domanda generica, perché ancora non individua quale specifico diritto Tizio vuole far valere nei confronti di Caio: Tizio deve dire a quale titolo pretende questo pagamento (se, appunto, per mutuo, o per la vendita di un bene, etc.).

Più problematica è la qualificazione dei diritti sì di credito, ma ad una prestazione specifica, e dei diritti di godimento di un bene determinato. Questi diritti vengono tradizionalmente definiti anch'essi etero-determinati. Tuttavia, autorevole e più persuasiva è la tesi (Cerino Canova) che evidenzia come anche in questi casi il diritto tra le parti è unico, e così può essere individuato già solo dalla descrizione delle parti, tra le quali corre, e dell'oggetto, sì che anche questi diritti potrebbero essere ricondotti alla categoria dei diritti auto-determinati.

Analogo problema di qualificazione si pone in relazione alle **azioni constitutive, specialmente quelle di impugnativa negoziale**. Qui la soluzione più convincente è quella **intermedia** seguita dalla giurisprudenza: **le domande constitutive di impugnativa negoziale sono etero-determinate** (e così per individuare il diritto potestativo alla modificazione giudiziale che l'attore ha voluto azionare, sarà necessario indicare qual è il fatto costitutivo del vizio denunciato: ad esempio, nel caso di domanda di annullamento del contratto, il dolo, l'errore, la violenza o l'incapacità naturale). Tuttavia, non ogni singolo fatto (di violenza, errore, o dolo) configura *causa petendi* della domanda: **il titolo della domanda è la fattispecie legale tipica, ad esempio del dolo, o della violenza o dell'errore, ma non ciascuno dei fatti che possono determinarli**. In altre parole, la *causa petendi* delle azioni constitutive di impugnativa negoziale è data da ciascun sottoinsieme giuridicamente omogeneo di fatti. Ne consegue che chi propone domanda di annullamento del contratto per dolo, potrà ammissibilmente (e nei limiti previsti dal rito, ad esempio nella I memoria *ex art. 183* nel rito ordinario: v. Cap. 2, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*), emendare la domanda, individuando altri e diversi fatti di dolo non descritti nell'atto di citazione, senza che questo configuri una nuova inammissibile domanda (si tratterà, appunto, di una lecita *emendatio* della domanda già svolta).

5. Le principali conseguenze della natura auto o etero-determinata del diritto dedotto in giudizio

Finora abbiamo visto come si distinguono i diritti (e le relative domande) auto-determinati da quelli etero-determinati. Vediamo, adesso, quali sono le principali conseguenze della natura auto o etero-determinata dei diritti e delle relative domande giudiziali con le quali vengono fatti valere.

Alla prima conseguenza abbiamo già fatto cenno sopra: **la domanda con la quale si deduce un diritto auto-determinato è individuata già dalla descrizione dei soggetti e dell'oggetto**. Quando una parte (sia essa attore, o anche convenuto) propone domanda, ossia deduce in giudizio un diritto, essa ha l'onere di individuarlo, anzitutto per consentire all'altra parte di comprendere di che cosa si discuterà nel corso del processo. Proprio per questo, l'atto introduttivo che deduce un diritto ma non lo individua, è affetto da nullità, sanabile sì ma non con effetti retroattivi, e dunque solo *ex nunc* (art. 164). Il che significa che la sanatoria, pur possibile (con le modalità che studieremo: Cap. 1, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*), non evita le decadenze nel frattempo (tra il momento di proposizione della domanda, e l'atto con cui si sana il vizio) maturate, e fa comunque salvi i diritti quesiti in un momento anteriore alla sanatoria. Ecco allora che, se la parte deduce in giudizio un diritto etero-determinato, ma si limita ad indicare le parti e l'oggetto del diritto, avrà proposto una domanda nulla, che potrà essere sanata solo *ex nunc*. Se invece la domanda ha ad oggetto un diritto auto-determinato, essa sarà valida anche se la parte si limita ad indicare solo le parti e l'oggetto: già solo così la controparte è messa in grado di conoscere qual è il diritto azionato, e così di sapere quale sarà l'oggetto del giudizio per potersi adeguatamente difendere al riguardo.

Una seconda conseguenza che deriva dalla natura auto o etero-determinata del diritto, è **la possibilità di modificare i fatti costitutivi inizialmente individuati, senza che ciò comporti una radicale modifica della domanda**. La regola generale è infatti quella per cui le parti

non possono proporre domande nuove nel corso del giudizio (possono farlo, salvo eccezioni, solo nel primo atto del giudizio, che potrà essere l'atto di citazione o il ricorso, per l'attore, e la comparsa di costituzione e risposta per il convenuto). In altre parole, le parti possono emendare le domande già proposte (nei termini perentori previsti dal legislatore; per il rito ordinario la I memoria *ex art. 183*: v. Cap. 2, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*), ma non modificarle radicalmente tanto da farle risultare domande diverse da quelle originariamente svolte. Ebbene, se la parte ha proposto una domanda deducente un diritto auto-determinato, l'introduzione, nel corso del giudizio, di diverse *causae petendi* non configura una modificazione radicale della domanda (c.d. *mutatio libelli*), ma solo una sua precisazione, ammissibile (c.d. *emendatio libelli*).

Ad esempio, se Tizio agisce con domanda di rivendica di un bene (art. 948 c.c.) e, nell'atto di citazione, afferma di esserne proprietario per averlo acquistato in precedenza da un altro soggetto, l'attore non muta la sua domanda se, nella I memoria *ex art. 183*, afferma che quel bene, in realtà, l'ha usucapito. Questo perché nelle domande che deducono diritti auto-determinati il titolo costitutivo del diritto non rappresenta un suo elemento individuatore. Diversamente, se l'attore agisce in giudizio chiedendo la condanna del convenuto al pagamento di 1.000 euro a titolo di mutuo, nella I memoria *ex art. 183* non potrà dire che quella somma gli è dovuta dalla controparte a titolo di corrispettivo mai ricevuto per la vendita di un bene. In questo caso, infatti, l'attore modifica la sua domanda, e – in concreto – ne propone una nuova, avente ad oggetto un diverso diritto di credito.

Una terza importante conseguenza della natura del diritto oggetto della domanda, si apprezza **sul piano del giudicato che si forma all'esito del giudizio**, qualora si rigetti nel merito la domanda dell'attore, perché si è accertato che il diritto azionato non esiste.

Alcuni esempi potranno aiutare. Tizio propone domanda di rivendica di un bene contro Caio (art. 948 c.c.), ed afferma di essere proprietario del bene, per averlo acquistato dallo zio Sempronio. Il giudice però rigetta la domanda dell'attore, perché accerta che Tizio non è titolare di alcun diritto di proprietà sul bene rivendicato: il contratto di vendita concluso tra Tizio e Sempronio è infatti nullo. La sentenza così pronunciata passa in giudicato formale (perché non viene impugnata da Tizio nei termini perentori previsti dagli artt. 325 e 327: v. Cap. 1, Sez. VII, Tomo II, *Spiegazioni*). Potrà Tizio proporre una nuova domanda di rivendica nei confronti di Caio, affermando però di essere proprietario del bene per averlo ricevuto in eredità o usucapito? La risposta è no. La domanda che deduce il diritto di proprietà ha per oggetto un diritto auto-determinato, che è dunque sempre lo stesso a prescindere dai titoli di acquisto in astratto individuabile. Ne deriva che la sentenza che accerta che Tizio non è proprietario di quel bene, lo fa in relazione a tutti i titoli astrattamente ipotizzabili, a prescindere da quelli in concreto individuati da Tizio. Pertanto, in presenza di un giudicato che accerta nei confronti di Caio che Tizio non è proprietario del bene, Tizio non potrà agire nuovamente in giudizio contro Caio, deducendo nuovamente quel diritto, già fatto oggetto della prima domanda. Al contrario, se Tizio propone domanda di condanna di Caio al pagamento di 1.000 euro a titolo di mutuo, e la domanda viene rigettata per infondatezza con sentenza poi passata in giudicato, Tizio potrà successivamente proporre domanda di condanna di Caio al pagamento di 1.000 euro a titolo di prezzo di un bene che Tizio gli ha venduto. Questo perché il diritto oggetto della seconda domanda non è lo stesso che la sentenza passata in giudicato ha accertato non sussistere nei confronti del medesimo soggetto.

Insomma, il giudicato che rigetta per infondatezza la domanda avente ad oggetto diritti auto-determinati preclude all'attore di quel processo di agire di nuovo in giudizio nei confronti dello stesso soggetto per far accettare l'esistenza di quel diritto deducendo un diverso titolo acquisitivo (o *causa petendi*). Ed è questa la ragione per la quale (il “rovescio della meda-

glia”) l’attore potrà, nel corso del primo giudizio, allegare le molte e concorrenti *causae petendi* sulle quali afferma fondarsi il suo diritto auto-determinato; sia che lo faccia sia che si astenga, il giudicato che si formerà all’esito di quel primo giudizio avrà comunque ad oggetto sempre, per intero (e così in relazione a tutti i titoli acquisitivi astrattamente ipotizzabili, anche se in concreto non allegati), l’esistenza di quel diritto tra quelle parti.

5. Le eccezioni e la ripartizione fra le parti dell'onere della prova

1. L'eccezione e la mera difesa: differenze. – 2. L'onere della prova dei fatti costitutivi e di quelli impeditivi, estintivi e modificativi: l'art. 2697 c.c. e la ripartizione del rischio della mancata prova. – 3. La distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi. – 4. Distinzioni tra eccezioni: le eccezioni di merito in senso stretto ed in senso lato ... – 5. ... e le eccezioni di rito in senso stretto ed in senso lato.



Questo capitolo ripercorre il contenuto del Cap. 8, Sez. I, Tomo I delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. L'eccezione e la mera difesa: differenze

Fino ad ora ci siamo occupati della figura della domanda giudiziale, di norma proposta dall'attore. Si tratta adesso di verificare con quali strumenti l'ordinamento consente al convenuto di replicare alla domanda dell'attore. Normalmente il convenuto si difende sollevando mere difese e eccezioni; talvolta, proponendo a sua volta domanda (Cap. 9, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*). Tecnicamente, **la mera difesa si concreta nella negazione o contestazione dell'esistenza dei fatti costitutivi del diritto affermato dall'attore**; può tradursi nella narrazione di circostanze diverse da quelle narrate dall'attore, e quindi nell'introduzione di nuovi fatti in giudizio, ma si muove pur sempre nell'area dei fatti dotati di efficacia costitutiva del diritto azionato dall'attore. **L'eccezione, invece, implica la deduzione di un fatto giuridico diverso da quello invocato dall'attore, ossia di un fatto impeditivo, estintivo o modificativo del diritto fatto valere.** Ci troviamo nel campo dell'eccezione (e non della mera difesa) ogniqualvolta le deduzioni del convenuto si collocano fuori dall'ambito dei fatti costitutivi, e comportano la spendita di fatti dotati di un diverso tipo di efficacia giuridica (impeditiva, estintiva o modificativa del diritto affermato dall'attore, appunto).

La rilevanza pratica della distinzione tra eccezioni e mere difese si coglie sul piano dell'onere della prova. La regola generale si trae dall'art. 2697 c.c, secondo cui "chi vuole far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento" (appunto i fatti costitutivi), mentre "chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti, ovvero che il diritto si è modificato o si è estinto, deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda" (fatti impeditivi, modificativi, estintivi). Ebbene, quando il convenuto eleva una mera difesa, la sua attività si colloca pur sempre nell'ambito dei fatti costitutivi, sì che spetterà all'attore dare prova dell'esistenza di quei fatti, e dunque, sopportare le conseguenza della mancata prova. Al contrario, quando il convenuto propone un'eccezione (di merito, ovviamente), spetterà a lui dare la prova del fatto estintivo, modificativo o impeditivo, e sopportare le conseguenze della mancata prova.

Ad esempio, immaginiamo che nell'atto introduttivo del giudizio l'attore abbia allegato come fatto costitutivo del diritto al pagamento del prezzo l'avvenuta stipulazione di un contratto di somministrazione di merci e la avvenuta consegna periodica di una certa quantità delle stesse; il convenuto si difende negando, in primo luogo, che si sia mai concluso un contratto (per non essere mai stata espressa una accettazione dell'offerta), ed in secondo luogo affermando di non avere mai ricevuto la consegna di merci. Ora, in entrambi i casi il suo atteggiamento implica una mera difesa, e non la proposizione di una eccezione. Eccezione si ha, invece, se il convenuto si difende affermando che il diritto dell'attore si è comunque prescritto oppure è già stato adempiuto (prescrizione ed adempimento integrano fatti giuridici estintivi).

2. L'onere della prova dei fatti costitutivi e di quelli impeditivi, estintivi e modificativi: l'art. 2697 c.c. e la ripartizione del rischio della mancata prova

L'art. 2697 c.c., a ben vedere, è una regola che **distribuisce tra le parti il rischio della mancata prova**. Il nostro ordinamento, infatti, non consente al giudice di non pronunciarsi sul diritto perché è incerta la sua esistenza o il suo contenuto: normalmente spetta alle parti dimostrare al giudice che il diritto esiste (attore), o che il diritto non esiste più o non è mai esistito, oppure non ha quel contenuto (convenuto). Se però le parti non lo fanno, viene in rilievo proprio la regola dettata dall'art. 2697 c.c., che ripartisce tra le parti il rischio della mancata prova dei fatti costitutivi, o impeditivi, estintivi e modificativi. Una volta chiusa la fase di istruzione (v. Cap. 6, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*), **se non risulterà raggiunta la prova del fatto costitutivo, allora il giudice dovrà giudicare come se quel fatto costitutivo non esistesse (rigettando per infondatezza la domanda)**; del pari, **se non risulta provato il fatto impeditivo, estintivo o modificativo, il giudice dovrà giudicare come se quel fatto narrato dal convenuto non esistesse** e dunque – se non sono stati provati altri fatti impeditivi, modificativi o estintivi, mentre è stata raggiunta la prova dei fatti costitutivi – dovrà accogliere la domanda dell'attore.

Tuttavia non sempre la parte dovrà fornire la prova del fatto (costitutivo, o impeditivo, estintivo, modificativo) affermato. Ci sono **casi nei quali la prova dei fatti non è necessaria**, perché si tratta di fatti espressamente ammessi dall'altra parte (**c.d. fatti pacifici**), oppure noti alla generalità delle persone in un determinato contesto di tempo e luogo (**c.d. fatti notori**), oppure ancora perché i fatti che la parte ha allegato non sono stati contestati dall'altra parte (**c.d. fatti non contestati**: in generale, su questi temi, v. più ampiamente Cap. 6, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*, dedicato all'istruzione probatoria).

Al di fuori di queste ipotesi (e ove non ricorrono altre ipotesi peculiari, ad esempio una presunzione *ex lege*), **ciascuna parte sarà onerata della prova dei fatti allegati (e della sopportazione del rischio della loro mancata prova)**, secondo la partizione fatti costitutivi (-attore)/fatti impeditivi, estintivi, modificativi (-convenuto).

3. La distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi

La distinzione tra fatti costitutivi e fatti impeditivi, modificativi ed estintivi, quindi, è di fondamentale importanza, perché – come abbiamo detto – è in base ad essa che si distribuisce l'onere della (ed il rischio della mancata) prova, *ex art. 2697 c.c.*

La distinzione tra fatti costitutivi, e fatti estintivi o modificativi non pone molti proble-

mi: questi ultimi, infatti, presuppongono che un diritto sia prima sorto in modo completo, e solo in seguito – in un momento cronologicamente successivo – sia venuto meno o sia stato modificato. **Molto più difficile è distinguere tra fatto costitutivo e fatto impeditivo, perché la realizzazione del fatto impeditivo è coeva a quella del fatto costitutivo, ed impedisce sin dall'origine la nascita del diritto.** Si tratta, quindi, di un fatto che esclude sin dall'inizio l'esistenza del diritto, ma nonostante ciò non appartiene alla fattispecie costitutiva (quale fatto la cui mancanza genera l'esistenza del diritto), ma ad un'autonoma fattispecie impeditiva, oggetto di eccezione. In questi casi, la norma prevede che la nascita del diritto sia condizionata dalla presenza di una serie di fatti positivi (fatti costitutivi), e pure dall'assenza di alcuni fatti negativi (e molto spesso, le norme che ciò prevedono, introducono, dopo la descrizione della fattispecie costitutiva del diritto, una riserva con le parole “a meno che ...”, oppure “salvo che ...”, o altre simili: v., ad esempio, gli artt. 1491, 1667, 2047-2048-2051-2052-2053, etc.).

Spesso si individua un fatto impeditivo, in relazione ai diritti che nascono da contratto o da negozio, nella incapacità legale, od anche non dichiarata, della parte. In realtà, secondo gli artt. 427 e 428 c.c. la conseguenza dell'incapacità non è la inibizione immediata ed automatica della nascita del rapporto negoziale, ma solo l'annullabilità dell'atto, su domanda di parte. Per tale ragione appare più corretto qualificare l'incapacità (al pari degli altri vizi del consenso: artt. 1425 e 1427 ss. c.c.) come fatto costitutivo di quel particolare effetto giuridico che è il potere di azione costitutiva, volto ad ottenere una sentenza di annullamento che caducherà il rapporto.

4. Distinzioni tra eccezioni: le eccezioni di merito in senso stretto ed in senso lato ...

In base al fatto che ne costituisce oggetto, le eccezioni possono distinguersi in **eccezioni di merito o di rito**. Ricorre un'eccezione di merito quando l'effetto estintivo-impeditivo-modificativo opera sul diritto soggettivo sostanziale fatto valere in giudizio, sì da escludere la fondatezza della domanda. Si ha, invece, **eccezione di rito** quando la parte fa valere fatti tali da escludere il dovere del giudice di decidere il merito della lite. A seconda poi del soggetto legittimato a sollevare l'eccezione, si è soliti distinguere tra eccezioni in senso lato ed eccezioni in senso stretto. Sono **eccezioni in senso lato** quelle che possono essere rilevate anche d'ufficio dal giudice, una volta che i fatti – posti a loro fondamento – siano stati allegati dalle parti. Si ha invece **eccezione in senso stretto** quando la rilevabilità officiosa è esclusa: queste eccezioni hanno ad oggetto fatti dei cui effetti il giudice potrà tenere conto solo se vi sia una apposita istanza di parte. Sì che essa solo potrà sollevare l'eccezione (si v. l'art. 112, ult. parte).

Ci siamo riferiti genericamente al concetto di parte: di regola, va detto, l'eccezione è sollevata dal convenuto, in risposta alla domanda dell'attore; tuttavia, non può escludersi che lo stesso attore possa avere necessità di sollevare eccezioni: per esempio, rispetto ad una domanda del convenuto (c.d. domanda riconvenzionale: v. Cap. 9, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*), oppure in replica ad un'eccezione del convenuto (c.d. eccezione-replica o contro-eccezione: ad esempio, il convenuto eccepisce la prescrizione del diritto vantato dall'attore, e l'attore a sua volta eccepisce l'interruzione del termine prescrizionale).

Nel processo, è di grande importanza cogliere quando un'eccezione di merito – ossia relativa a fatti estintivi, modificativi e impeditivi del diritto azionato dalla controparte – debba considerarsi in senso lato od in senso stretto. Le ragioni sono due. In primo luogo, si deve ricordare che la proposizione delle eccezioni in senso stretto è **soggetta a termini decadenziali assai**

brevi: il convenuto infatti, dovrà proporre le eccezioni in senso stretto nella sua comparsa di costituzione e risposta tempestivamente depositata (ossia depositata 20 giorni prima dell'udienza fissata nell'atto di citazione: art. 167, co. 2), altrimenti decade dal relativo potere. L'attore, invece, potrà sollevare eccezioni in senso stretto nel corso della prima udienza (quella di trattazione: art. 183), o – al massimo – nella prima memoria successiva all'udienza di trattazione (la I memoria *ex art. 183*: v. Cap. 2, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*). In secondo luogo, di fronte ad una **eccezione in senso stretto il giudice non potrà valorizzare quel fatto in mancanza di una espressa istanza della parte** (anche se il fatto emerge dagli atti di causa).

Così, per esempio, immaginiamo che Tizio proponga domanda di condanna al pagamento del corrispettivo, sorto da un contratto di compravendita, nei confronti di Caio. Quest'ultimo, che si costituisce in giudizio, non eccepisce fin da subito la prescrizione del diritto, che la legge qualifica come eccezione in senso stretto. Ebbene, il giudice, ancorché si avveda dagli atti di causa che il diritto è prescritto, non potrà rigettare la domanda dell'attore per prescrizione, perché quel fatto estintivo non costituisce oggetto di eccezione in senso stretto.

Diverso è, invece, il regime che connota le eccezioni in senso lato. Esse non solo possono essere rilevate d'ufficio (oltre che sollevate dalle parti) ma hanno anche tempi di proposizione più ampi, potendo essere sollevate **nel corso di tutto il giudizio di primo grado, addirittura per la prima volta in appello** (art. 345, co. 2: v. Cap. 2, Sez. VII, Tomo II, *Spiegazioni*). Tuttavia, anche rispetto alle eccezioni in senso lato si può porre un problema di decadenza: queste eccezioni hanno pur sempre ad oggetto fatti che devono essere allegati dalle parti (anche se poi potranno essere autonomamente valorizzati dal giudice, appunto d'ufficio). Si pone allora la questione del rapporto tra il potere di eccezione e di rilievo officioso, e quello di allegazione, perché anche la possibilità per le parti di allegare fatti – ossia di introdurli nel processo – è soggetta a limiti temporali (come vedremo: v. Cap. 2, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*). Ed è con questi limiti che si deve coordinare il potere di eccepire/rilevare d'ufficio (v., per un approfondimento al riguardo, Cap. 2, Sez. VII, Tomo II, *Spiegazioni*).

Capire se ci si trova davanti ad una eccezione di merito in senso lato o in senso stretto non è semplice: solo in pochi casi il legislatore precisa quale sia il regime di una eccezione (così accade per l'eccezione di prescrizione, e quella di compensazione, che la legge riserva all'iniziativa della parte, artt. 2938 e 1242, co. 1; l'eccezione di nullità del contratto, invece, viene dall'art. 1421 c.c. definita come rilevabile d'ufficio).

Sui criteri per distinguere tra eccezioni di merito in senso lato ed in senso stretto sono intervenute in più occasioni le Sez. Un. (sent. 25 maggio 2001, n. 226; sent. 27 luglio 2005, n. 15661, e sent. 7 maggio 2013, n. 10531), che hanno individuato il seguente principio: **in linea generale le eccezioni di merito sono eccezioni in senso lato, a meno che la legge non riservi espressamente l'eccezione all'iniziativa della parte, oppure il fatto integrante l'eccezione corrisponda ad un diritto (per lo più potestativo) riservato, in via di azione, alla iniziativa della parte.**

Facciamo allora qualche esempio: alla prima ipotesi di eccezioni in senso stretto – per le quali è la legge ad escludere la rilevabilità officiosa – si devono ricondurre l'eccezione di prescrizione, art. 2938 c.c., e quella di compensazione, art. 1242, co. 1, c.c. Invece, sono eccezioni in senso stretto perché il fatto corrisponde ad un diritto riservato in via di azione alla parte, l'eccezione di annullamento (art. 1442, co. 4, c.c.), e quella di rescissione (art. 1449, co. 2, c.c.) del contratto. Infatti, il potere costitutivo di ottenere una sentenza che annulli o rescinda il contratto può essere esercitato anche in via di eccezione, in que-

sto caso non al fine di ottenere una sentenza costitutiva di annullamento o rescissione, ma per paralizzare la pretesa avversaria (ad esempio di condanna all'adempimento del contratto). Questa eccezione, però, corrisponde ad un diritto potestativo (quello di agire per ottenere una sentenza costitutiva che elimini il vincolo negoziale) che la legge riserva alla parte: solo colui il cui consenso è stato viziato può agire per ottenere l'annullamento del contratto; e solo colui che ha concluso il contratto in stato di bisogno o pericolo può chiederne la rescissione. Ecco allora che la corrispondente eccezione sarà per ciò riservata all'iniziativa della parte, la quale – se si tratta di eccezione di annullamento – potrà farla valere sempre, anche se sia nel frattempo decorso il termine (di 5 anni) per proporre domanda di annullamento (art. 1442, co. 4, c.c.); mentre se si tratta di azione di rescissione, vale anche per questa il termine di 1 anno previsto per l'esercizio della relativa azione (art. 1449, co. 2, c.c.).

5. ... e le eccezioni di rito in senso stretto ed in senso lato

Anche le eccezioni di rito (quelle che valorizzano un fatto rilevante sul piano processuale, che esclude il potere-dovere del giudice di decidere il merito della lite, e che, se accolte, danno luogo ad una sentenza di rigetto in rito) possono essere in senso stretto o in senso lato.

La carenza dei presupposti processuali (sui quali v. in generale Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*), generalmente ma non sempre, è rilevabile d'ufficio.

Ad esempio, è rilevabile d'ufficio – e sempre, ossia in ogni stato e grado – la carenza del presupposto processuale negativo dato dalla non esistenza di un precedente giudicato (*ne bis in idem*: v. Cap. 7 di questo Testo Ausiliario e Cap. 2, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*); l'incompetenza del giudice adito è rilevabile d'ufficio (ma entro brevi termini: l'udienza di comparizione e trattazione ex art. 183) se si tratta di incompetenza per valore, materia o territorio inderogabile, mentre è una eccezione in senso stretto – e allora riservata alla parte – la incompetenza per territorio semplice. Il difetto di giurisdizione interna (perché è competente un diverso plesso giurisdizionale dell'ordinamento italiano: ad esempio quello amministrativo e non quello civile) è definito dall'art. 37 come rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado. Tuttavia, come vedremo, a partire dal 2008, le Sez. Un. ritengono che il rilievo officioso sia possibile solo nel corso del giudizio di primo grado, mentre in fase di impugnazione la questione potrà essere nuovamente esaminata solo se la parte proponga un apposito motivo di impugnazione (sia che vi sia un riconoscimento espresso della giurisdizione in sentenza, sia che tale riconoscimento sia solo tacito: desumibile dal fatto che il giudice ha deciso il merito della lite, ritenendo così di avere giurisdizione). L'eccezione di carenza di giurisdizione è invece qualificata in senso stretto (proponibile solo nel primo atto difensivo, e prima di ogni altra difesa) se sollevata da un convenuto non domiciliato né residente in Italia (art. 11 legge n. 218/1995: v. Cap. 2, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*).

Il difetto delle condizioni dell'azione (interesse ad agire e legittimazione ad agire: v. Cap. 8-9-10, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*), è sempre rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado. È poi rilevabile d'ufficio, oggi, **l'intervenuta estinzione del processo per inattività delle parti** (prima del 2009, invece, si trattava di una eccezione in senso stretto: v. Cap. 4, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*).

Le eccezioni (di rito e pure di merito) in senso lato, sono rilevabili d'ufficio anche in appello (e, quelle di rito, anche in cassazione). Tuttavia, il giudice dell'impugnazione non potrà affrontare d'ufficio la questione sottesa all'eccezione se su di essa il giudice del grado precedente si sia espressamente pronunciato. In questa ipotesi, infatti, il potere di rilievo officioso cessa, e il giudice dell'impugnazione potrà nuovamente valutare l'eccezione solo se vi sia un apposito motivo di impugnazione della parte che censuri la soluzione al riguardo offerta dal giudice del grado precedente.

6. La domanda riconvenzionale e la domanda di accertamento incidentale

1. Domanda riconvenzionale ed eccezione. – 2. La domanda riconvenzionale e le deroghe alla competenza del giudice adito *ex art. 36 c.p.c.* – 3. Le domande riconvenzionali tra convenuti e la *riconventio riconventionis*. – 4. La domanda di accertamento incidentale e l'accertamento incidentale *ex lege*: art. 34. – 5. L'eccezione di compensazione e la condanna con riserva dell'eccezione di compensazione.



Questo capitolo ripercorre il contenuto del Cap. 9, Sez. I, Tomo I delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. Domanda riconvenzionale ed eccezione

Nell'esaminare le iniziative giudiziali a disposizione del convenuto, abbiamo visto come egli possa difendersi rispetto alla domanda dell'attore, proponendo eccezioni o mere difese (v. Cap. 5 di questo Testo Ausiliario). Con questi strumenti, il convenuto mira semplicemente ad ottenere il rigetto della domanda avversaria. Egli però può scegliere anche di approfittare del processo già pendente per svolgere, nei confronti dell'attore, una propria domanda. Si definisce appunto **domanda riconvenzionale** la domanda che il convenuto propone nei confronti dell'attore, deducendo un proprio diritto e così allargando l'oggetto del giudizio (che, in origine, era dato solo dal diritto dedotto dall'attore con la sua domanda). In questo caso il convenuto non mira soltanto a veder respinta la domanda avversaria, ma intende ottenere anche una autonoma pronuncia sul proprio diritto soggettivo (statuizione che potrà essere di mero accertamento, di condanna o costitutiva).

La riconvenzionale è, quindi, una vera e propria domanda (rispetto alla quale il convenuto assume la veste di attore, e l'attore originario quella del convenuto), solo che – in quanto svolta in un processo già pendente – essa va proposta con la comparsa di costituzione e risposta (tempestivamente) depositata in cancelleria (ossia 20 giorni prima dell'udienza fissata nell'atto di citazione, a pena di decadenza: art. 167, co. 2), e non con atto di citazione da notificarsi all'attore. A seguito della proposizione della domanda riconvenzionale, si avrà allora un processo cumulativo: alla domanda dell'attore, si somma quella del convenuto.

Proprio la volontà di ottenere una statuizione su di un proprio diritto, e non solo il rigetto della domanda svolta dall'attore, distingue la domanda riconvenzionale dall'eccezione. Questa distinzione, tuttavia, non è sempre semplice, specie quando il fatto sotteso all'eccezione potrebbe altresì sorreggere una autonoma domanda del convenuto. Per capire se il convenuto, nel dedurre quel fatto-diritto abbia proposto una eccezione o una domanda riconvenzionale, bisognerà guardare alle conclusioni formulate: se l'effetto che il convenuto ricerca dal giudicato che si formerà all'esito del giudizio è quello di accertamento dell'inesistenza

del diritto dell'attore saremo in presenza di una eccezione. Se invece il convenuto vuole anche l'accertamento dell'esistenza del proprio diritto soggettivo (con eventuale relativa modifica della realtà giuridica ad opera della sentenza, se si tratta di un diritto potestativo ad attuazione giudiziale), allora saremo in presenza di una domanda riconvenzionale.

Facciamo qualche esempio: il diritto potestativo ad attuazione giudiziale di annullamento del contratto può essere dedotto in via di azione (per ottenere una sentenza costitutiva di annullamento), oppure anche solo in via di eccezione, ex art. 1442, co. 4, c.c. (per paralizzare la domanda dell'attore: ad esempio quella di condanna del convenuto all'adempimento del contratto). In entrambi i casi, il giudice dovrà valutare l'esistenza del diritto potestativo ad attuazione giudiziale, ma a fini diversi: se sarà stata proposta domanda, il giudice dovrà valutare l'esistenza del suo potere-dovere di pronunciare la sentenza costitutiva di annullamento del contratto; se sarà stata proposta eccezione, il giudice sarà tenuto a verificare il suo potere-dovere di accogliere la domanda di condanna all'adempimento del contratto svolta dall'attore. Ancora: il convenuto, a fronte della domanda dell'attore di risoluzione per inadempimento del contratto, potrebbe a sua volta far valere l'inadempimento dell'attore. Questa iniziativa potrebbe avere astrattamente un duplice fine: il convenuto potrebbe semplicemente volere il rigetto della domanda dell'attore (ex art. 1460 c.c.: che disciplina l'eccezione di inadempimento, ed esclude che la risoluzione per inadempimento del contratto possa essere pronunciata nel caso di inadempimento reciproco); diversamente, però, il convenuto potrebbe volere a sua volta una sentenza di risoluzione del contratto per inadempimento (ex art. 1453 c.c.), con condanna dell'attore al risarcimento del danno. Oppure: il soggetto che sia convenuto con una azione di rivendica (art. 948 c.c.), potrebbe far valere l'usucapione del bene, oppure il suo diritto di usufrutto. Ancora una volta, questi diritti potrebbero essere dedotti in via di eccezione, al solo fine di veder rigettata la domanda dell'attore, ovvero costituire oggetto di domanda riconvenzionale, al fine di ottenere dal giudice (con gli effetti di cui all'art. 2909 c.c.: v. Cap. 5-6, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*) l'accertamento dell'esistenza del suo diritto di usufrutto, o la sua qualità di proprietario del bene per averlo usucapito.

2. La domanda riconvenzionale e le deroghe alla competenza del giudice adito ex art. 36 c.p.c.

L'art. 36 si occupa della domanda riconvenzionale in rapporto alla competenza del giudice, e consente – al ricorrere di determinate condizioni (v. immediatamente oltre) – **la trattazione della domanda riconvenzionale unitamente alla domanda principale, anche se il giudice adito non è competente per la domanda proposta dal convenuto** (nel senso che la riconvenzionale, se svolta in un autonomo processo, avrebbe dovuto essere proposta ad un diverso giudice).

In particolare, l'art. 36 consente lo svolgimento del c.d. *simulaneus processus in due ipotesi*: se la domanda riconvenzionale dipende dal titolo dedotto in giudizio dall'attore; oppure se la domanda riconvenzionale dipende dal titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione.

La prima ipotesi ricorre se la *causa petendi* della domanda riconvenzionale coincide con quella della domanda principale (si tratterà in questo caso di domande tra loro **compatibili**: potranno essere accolte entrambe).

Ad esempio: l'attore propone domanda di condanna del convenuto alla consegna del bene in forza di un contratto di compravendita, e il convenuto chiede in via riconvenzionale la condanna dell'attore al pagamento del prezzo del bene; ancora, l'attore chiede la risoluzione per morosità del contratto di locazione di un immobile, e il convenuto chiede la condanna dell'attore alla restituzione della cauzione a suo tempo versata.

La seconda ipotesi (che il c.p.c. ravvisa quando la domanda riconvenzionale dipende dal titolo che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione) **ricorre quando la domanda riconvenzionale si pone come sviluppo logico di una difesa già avanzata dal convenuto**. In questo caso, le domanda dell'attore e quella del convenuto saranno tra loro **incompatibili**: l'accoglimento dell'una determina il rigetto dell'altra.

Ad esempio: l'attore chiede l'adempimento del contratto, e il convenuto eccepisce l'annullamento e propone anche domanda di annullamento del contratto; l'attore chiede la condanna del convenuto al pagamento di una somma di denaro, e il convenuto eccepisce la compensazione con un proprio credito, e chiede altresì la condanna dell'attore al pagamento dell'importo eccedente il credito da quest'ultimo vantato.

In tutti questi casi, l'art. 36 consente che la domanda riconvenzionale del convenuto venga decisa dal giudice adito con la domanda principale dell'attore, anche se questo giudice non sarebbe territorialmente competente per la domanda riconvenzionale. Se invece la domanda riconvenzionale del convenuto non appartiene alla **competenza per materia** del giudice adito dall'attore, oppure il valore della domanda riconvenzionale del convenuto eccede i limiti della **competenza per valore** del giudice adito, l'art. 36 (richiamando gli artt. 34 e 35) dispone la **rimessione di entrambe le domande al giudice competente per materia o valore per la domanda riconvenzionale**. È però possibile, e lo vedremo tra breve, che il giudice originalmente adito, accolta la domanda dell'attore, condanni il convenuto con riserva di eccezione-domanda riconvenzionale incompatibile (*ex art. 35*), se la domanda dell'attore è fondata su un titolo non controverso o facilmente accertabile.

Ci si chiede se sia ammissibile la proposizione di una domanda riconvenzionale che non sia connessa a quella principale nei modi previsti dall'art. 36, ma che appartenga comunque alla competenza del giudice adito con la domanda principale. La soluzione preferibile sembra essere quella negativa, seppur con qualche contemperamento. L'art. 36, vuole favorire il *multaneus processus* per perseguire una finalità di economia processuale: le due domande sono connesse, e quindi si risparmierà del tempo a deciderle nello stesso giudizio, piuttosto che in due giudizi separati. Se però le domande non sono connesse in alcun modo (ma condividono solo i soggetti) allora la loro decisione in un unico processo si rivela anti-economica: una domanda potrebbe essere speditamente decisa, mentre magari l'altra – fondata su un titolo completamente diverso – richiede una istruttoria molto approfondita e complessa. Per questa ragione, si deve ritenere **che la domanda riconvenzionale che non sia in alcun modo connessa a quella principale, sia inammissibile; diversamente si conclude, invece, quando la domanda riconvenzionale è connessa a quella principale, ma non nei modi previsti dall'art. 36** (ad esempio è connessa per l'oggetto, e non per il titolo, o solo perché condivide con la domanda principale la soluzione di identiche questioni, c.d. connessione impropria: sui diversi tipi di connessione v. Cap. 9, Sez. I, Tomo I, e Cap. 3-4-5-6, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*).

Merita di precisarsi che quando la domanda riconvenzionale non è in alcun modo connessa a quella principale, il giudice pronuncerà una sentenza di rigetto in rito per inammissibilità della domanda riconvenzionale (che potrà allora essere proposta in un autonomo processo). Il giudice, invece, nel caso in esame, non dovrà disporre la separazione delle cause, che consentirebbe al giudizio di procedere, seppur in altra sede, anche sulla domanda riconvenzionale.

3. Le domande riconvenzionali tra convenuti e la *recoventionis*

La domanda riconvenzionale “propriamente detta” è quella che il convenuto svolge nei confronti dell’attore. Si conoscono però anche altri tipi di domande riconvenzionali, che vengono definite così perché si inseriscono in un giudizio già pendente, e si rivolgono contro soggetti che di quel giudizio già fanno parte.

In particolare è possibile, anzitutto, **una domanda riconvenzionale tra convenuti (c.d. domanda “incidente”)**: in questi casi il convenuto, con la sua domanda, fa valere un proprio diritto non nei confronti dell’attore, ma nei confronti di un soggetto che è anche lui stato convenuto dall’attore. Anche questa domanda si propone con la comparsa di costituzione e risposta, depositata in cancelleria tempestivamente (ossia sempre 20 giorni prima dell’udienza fissata nell’atto di citazione).

Ad esempio: l’attore cita in giudizio il responsabile materiale del sinistro stradale per ottenerne la condanna al risarcimento del danno e la sua assicurazione, ed il convenuto responsabile materiale propone domanda di regresso nei confronti della assicurazione. O ancora: più soggetti sono convenuti per il risarcimento dei danni da illecito extracontrattuale (*ex art. 2055 c.c.*), ed uno dei convenuti propone nei confronti degli altri domanda di regresso e di gradazione *ex art. 2055, co. 2, c.c.*

Una domanda riconvenzionale può essere proposta anche dall’attore, sempre nei confronti del convenuto (la c.d. *recoventionis*), quando l’interesse a proporre questa domanda sorge, per l’attore, dalle difese, dalle eccezioni o anche dalla domanda riconvenzionale proposta dal convenuto. La *recoventionis* va proposta con le forme incidentali, e dunque con il deposito di una comparsa (nel corso della dell’udienza di trattazione ed istruzione, *ex art. 183 c.p.c.*; o anche a voce, per essere poi riportata a verbale).

Ad esempio: il convenuto propone eccezione di compensazione, e l’attore allora propone domanda di condanna all’adempimento della prestazione (ad esempio la consegna del bene) che nasce dallo stesso contratto su cui si fonda il controcredito del convenuto. Oppure, il convenuto propone domanda riconvenzionale di annullamento del contratto, e l’attore allora propone *recoventionis* di condanna del convenuto alla restituzione della prestazione già effettuata.

4. La domanda di accertamento incidentale e l’accertamento incidentale *ex lege*: art. 34

Un altro modo attraverso il quale si verifica un ampliamento dell’oggetto del giudizio è la **c.d. domanda di accertamento incidentale, disciplinata dall’art. 34**. Si tratta di una domanda particolare, che può essere svolta sia dall’attore che dal convenuto, e con la quale si chiede al giudice di **decidere “con efficacia di giudicato” un diritto o un rapporto pregiudiziale a quello oggetto della domanda principale**. La particolarità, qui, è che il diritto o rapporto pregiudiziale (che forma oggetto della domanda di accertamento incidentale) verrebbe in ogni caso conosciuto dal giudice per decidere sulla domanda principale: **in assenza però di una domanda di accertamento incidentale *ex art. 34*, il giudice ne conoscerebbe solo *incidenter tantum*, senza cioè che su quella questione si formi il giudicato.**

La domanda di accertamento incidentale è, quindi, una domanda nuova (che andrà proposta, allora, nei termini previsti: entro l’udienza di prima comparizione e trattazione, *ex art.*

183, o al massimo con la successiva I memoria *ex art.* 183), ma ha un oggetto predeterminato: il diritto o il rapporto giuridico pregiudiziale rispetto al diritto oggetto della domanda principale. Con la domanda di accertamento incidentale, perciò, non si deduce un controdiritto della parte, ma si chiede al giudice di decidere con efficacia di giudicato su di un rapporto giuridico o un diritto che il giudice dovrà in ogni caso conoscere. Si tratta delle c.d. questioni pregiudiziali di merito che si distinguono dalle questioni preliminari di merito, le quali ultime non hanno ad oggetto diritti o rapporti giuridici, ma singoli fatti, pur se giuridicamente rilevanti (come, ad esempio, la prescrizione del diritto).

Ad esempio: l'attore agisce in giudizio chiedendo la condanna del convenuto all'adempimento del contratto. Questa domanda presuppone che il giudice valuti se il contratto esiste o meno, perché la condanna all'adempimento può darsi solo se il contratto esiste. Se il giudice ritiene che il contratto sia nullo, allora rigetterà la domanda dell'attore proprio in forza della nullità del contratto, ma senza che sulla questione della nullità si formi un giudicato. Tuttavia, il convenuto potrebbe chiedere al giudice di decidere sulla questione pregiudiziale di merito della nullità del contratto con efficacia di giudicato, *ex art.* 34; e specularmente l'attore potrebbe chiedere al giudice di decidere con efficacia di giudicato sulla questione di non nullità del contratto, *ex art.* 34. In questo caso l'oggetto del processo si amplia: non è più solo l'accertamento dell'esistenza del diritto dell'attore ad ottenere la prestazione dal convenuto, e la sanzione esecutiva nei confronti del convenuto, ma anche l'accertamento dell'esistenza del contratto (e così se questo sia o no nullo). Avremo quindi anche in questa ipotesi un processo cumulativo, in cui vi sono più domande. E solo in questo caso il giudice accerterà con efficacia di giudicato se il contratto è o non è nullo.

Il nostro ordinamento, poi, conosce dei **casi davvero eccezionali nei quali l'accertamento incidentale con efficacia di giudicato sul diritto o sul rapporto pregiudiziale deve avvenire anche in assenza di domanda di parte, perché lo prevede la legge**. Si tratta del c.d. accertamento incidentale *ex lege*. Un caso è quello disciplinato dall'*art. 124 c.c.*: il coniuge può impugnare il matrimonio successivo dell'altro coniuge; tuttavia, se nel corso di questo giudizio viene in rilievo la nullità del primo matrimonio, su questa nullità il giudice deve – anche se nessuna delle parti lo chiede – pronunciarsi con efficacia di giudicato. Si discute se, al di fuori delle ipotesi espressamente previste, un accertamento incidentale *ex lege* si debba sempre avere sulle questioni pregiudiziali di stato e capacità delle persone, stante la rilevanza pubblicistica degli interessi coinvolti.

5. L'eccezione di compensazione e la condanna con riserva dell'eccezione di compensazione

Una importante ipotesi di accertamento incidentale *ex lege* è poi prevista dall'*art. 35*, che disciplina il caso in cui l'attore proponga domanda di condanna del convenuto al pagamento di un credito, ed il convenuto, nel costituirsi in giudizio, eccepisca la compensazione del credito vantato nei suoi confronti con un contro-credito vantato verso l'attore. Ebbene, l'*art. 35* prevede che se il controcredito è contestato dall'attore, di esso il giudice deciderà con efficacia di giudicato, anche se nessuna delle parti abbia proposto domanda di accertamento incidentale. Le conseguenze sono evidenti: se il giudice accerta che il controcredito non esiste, non solo la domanda dell'attore verrà accolta, ma si formerà un giudicato di accertamento della inesistenza del credito vantato dal convenuto, che quindi non potrà più

agire nei confronti dell'attore per ottenerne il pagamento, né potrà eccepirlo in compensazione (in ragione dell'effetto di *ne bis in idem*: v. Cap. 5, Sez. I, Tomo I Spiegazioni). Diversamente, se il giudice riterrà esistente il controcredito, non solo rigetterà la domanda dell'attore, ma accerterà anche l'effetto mutuamente estintivo dei due crediti: di nuovo quindi (ma per ragioni diverse) il convenuto non potrà più agire in giudizio per ottenere dall'attore il pagamento del dovuto.

L'art. 35 disciplina anche una peculiare ipotesi di **condanna (risolutivamente) condizionata, o c.d. condanna con riserva di eccezioni**. Il caso è quello in cui il giudice adito dall'attore non è competente per materia o per valore a conoscere del controcredito eccepito in compensazione dal convenuto. In questa ipotesi, se il credito dell'attore è fondato su di un titolo non contestato o facilmente accertabile, il giudice potrà accogliere subito la sua domanda, e pronunciare così una sentenza di condanna con riserva dell'eccezione di compensazione. L'attore otterrà allora una sentenza immediatamente esecutiva, ma risolutivamente condizionata all'esito di quel diverso giudizio che proseguirà davanti al giudice competente a decidere del controcredito eccepito dal convenuto. Se in questa sede si accerterà l'esistenza del controcredito, il giudice riconoscerà implicitamente la già intervenuta estinzione *ex tunc* del credito dell'attore e farà venir meno (perché superata) la sentenza di condanna emessa dal primo giudice. Se, nel frattempo, questa fosse stata eseguita, nel corso del giudizio proseguito davanti al giudice competente per il controcredito, il convenuto potrà svolgere, *ex art. 31*, domanda conseguenziale di restituzione di quanto già versato.

7. La cosa giudicata sostanziale

1. L'accertamento giurisdizionale ed il giudicato. – 2. L'oggetto (i soggetti) ed il momento in cui si forma il giudicato: la cosa giudicata sostanziale e la cosa giudicata formale. – 3. I limiti cronologici del giudicato. – 4. L'effetto negativo-preclusivo del giudicato (*ne bis in idem*). – 5. Il peculiare oggetto del giudicato sui diritti assoluti (ed in special modo sul diritto di proprietà). – 6. L'effetto positivo-conformativo del giudicato. – 7. I limiti soggettivi del giudicato: l'efficacia riflessa del giudicato reso *inter alios* sui diritti dei terzi in ipotesi di pregiudizialità-dipendenza permanente. – 8. (segue): le diverse conseguenze del giudicato reso *inter alios* nei confronti di terzi titolari di una situazione giuridica legata da nesso di pregiudizialità-dipendenza istantaneo. Cenni alla tesi di Liebman. – 9. L'eccezione di giudicato. – 10. Il conflitto tra giudicati.



Questo capitolo ripercorre il contenuto dei Cap. 5-6, Sez. I, Tomo I delle *Spiegazioni di diritto processuale civile*

1. L'accertamento giurisdizionale ed il giudicato

Nel corso dei precedenti capitoli abbiamo introdotto il concetto di “giudicato”; precisamente, ci siamo spesso riferiti alla cosa giudicata sostanziale, che scaturisce dall'accertamento giurisdizionale. Vediamo ora un po' più da vicino in cosa si risolve esattamente questo accertamento che sfocia nella cosa giudicata sostanziale: si tratta di quel momento dichiarativo che è sempre presente nelle sentenze di mero accertamento, ma anche in quelle di condanna (dove il giudice deve preliminarmente accettare l'esistenza del diritto dell'attore ad ottenere la sanzione esecutiva del debitore), e pure in quelle costitutive (qui, l'accertamento riguarda il diritto-potere dell'attore verso lo Stato di ottenere la modificazione giuridica richiesta).

La norma alla quale dobbiamo far richiamo è l'**art. 2909 c.c.**, rubricato “Cosa giudicata”, che recita: “L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa”. La norma, però, non dice né cosa sia l'accertamento, né su cosa esso cada, né cosa significhi esattamente il concetto di “fare stato”.

2. L'oggetto (i soggetti) ed il momento in cui si forma il giudicato: la cosa giudicata sostanziale e la cosa giudicata formale

L'art. 2909 esordisce stabilendo che quest'effetto, quello dell'accertamento, è proprio di una sentenza passata in giudicato. La norma individua il momento temporale in cui si forma questo accertamento e viene allora in rilievo il concetto di cosa giudicata formale, ovvero la definitività della sentenza, che è il presupposto perché l'accertamento che essa contiene faccia stato ad ogni effetto. La sentenza passa in giudicato formale quando non può più essere impugnata con i mezzi di impugnazione ordinari (appello, ricorso per cassazione, revocazione or-

dinaria *ex artt. 395, nn. 4 e 5, e regolamento di competenza*). Ciò può accadere quando tutti questi mezzi di impugnazione siano stati esperiti, ovvero qualora siano decorsi i termini per la loro proposizione. È allora da questo momento che l'accertamento che la sentenza contiene farà stato ad ogni effetto.

Si tratta però di capire qual è **l'oggetto dell'accertamento contenuto nella sentenza**. Dal binomio degli artt. 2907-2909 c.c. e così pure dall'art. 34 c.p.c. (che si occupa dell'accertamento incidentale: v. Cap. 9, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*) si ricava che **l'accertamento, su cui cadrà il giudicato quando si formerà, ha per oggetto il diritto o lo status che la parte ha posto a fondamento della sua domanda giudiziale**. Viceversa, non saranno oggetto di quell'accertamento giurisdizionale, destinato poi a sfociare nel giudicato, tutte quelle questioni di fatto o di diritto che il giudice avrà dovuto risolvere per poter affermare se esiste o no il diritto oggetto della domanda. Nella motivazione della sentenza certamente il giudice si soffermerà su quelle questioni ma ciò che sarà coperto dalla cosa giudicata sarà la sola statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza: i vari passaggi motivazionali verranno in rilievo solo come ausilio per interpretare quel *dictum*, non già come autonomi accertamenti di questioni più minute affrontate e risolte per dire se il diritto azionato c'è o no. Ovviamente, se accanto alla domanda giudiziale proposta dall'attore sia stata svolta dal convenuto una domanda riconvenzionale, o una di accertamento incidentale (v. Cap. 9 Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*), il giudicato si formerà anche sul diritto oggetto di quelle domande. Il principio, lo si ribadisce, è quello in base al quale solo il diritto oggetto di domanda è coperto da cosa giudicata.

Una volta che la sentenza sarà passata in giudicato formale, l'art. 2909 c.c. individua tra chi si manifesteranno gli effetti della cosa giudicata sostanziale (tra chi, quindi, l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato formale "farà stato"): le **parti del giudizio, i loro eredi e i loro aventi causa**. L'erede della parte nei cui confronti si sia formato il giudicato, così come l'avente causa (colui che abbia acquistato il diritto dopo che la sentenza che lo accerta sia passata in giudicato formale), sono essi pure soggetti al giudicato, anche se non hanno partecipato al giudizio da cui quel giudicato nasce. Questo perché sia l'erede sia l'avente causa acquistano il diritto così come si trova nel patrimonio del *de cuius*, o del dante causa.

Così, ad esempio, se c'è una sentenza passata in giudicato che accerta che Tizio è creditore di Caio per 1.000 euro (quale corrispettivo della prestazione d'opera resa dal primo al secondo), anche l'erede di Tizio, o il terzo – al quale il diritto di credito sia stato ceduto – potrà giovarsi di quel giudicato, ed opporlo a Caio se questi si rifiutasse di pagare. Per la stessa ragione, se la sentenza accerta che Caio non è debitore di Tizio (perché ha già pagato per l'opera svolta, oppure perché quel contratto era nullo), l'erede di Tizio non potrà agire in giudizio per chiedere che Caio venga condannato al pagamento del credito. Se lo farà, il giudice dovrà prendere atto dell'esistenza di un giudicato che nega il diritto di credito, e quindi rigettare la domanda proposta (vedremo poi che contenuto avrà la sentenza di rigetto).

3. I limiti cronologici del giudicato

Il giudicato sostanziale, oltre ad avere dei limiti oggettivi (in relazione all'oggetto dell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato) e soggettivi (le parti tra le quale il giudicato può venire in rilievo), ha anche dei limiti cronologici.

La sentenza (che poi potrà passare in giudicato formale e dare luogo alla cosa giudicata sostanziale) decide dell'esistenza del diritto dedotto con la domanda avendo riguar-

do a un momento del passato, che è anteriore a quello in cui sarà stata pronunciata. Infatti, e volendo semplificare al massimo, il giudizio inizia con la domanda, prosegue poi con una fase di trattazione e (eventualmente, se sarà necessario) di istruzione; questa fase si chiude con l'udienza di precisazione delle conclusioni, dopo la quale il giudice va in riserva, per decidere sulla domanda. L'udienza di precisazione delle conclusioni è molto rilevante, perché segna il limite oltre il quale le parti non possono più introdurre nel processo fatti relativi al loro rapporto, anche se sopravvenuti dopo questa udienza. Esiste quindi una “**zona grigia**”, che va dal momento dell’udienza di precisazione delle conclusioni alla pronuncia della sentenza, dove potrebbero verificarsi nuovi fatti rilevanti, ma di essi non si può informare il giudice perché ne tenga conto nella sua decisione.

La sentenza, quindi, contiene necessariamente un accertamento che ha un ben preciso limite cronologico: il provvedimento del giudice crea certezza fino alla data in cui si sono potuti introdurre fatti nuovi nel processo (ossia fino alla data dell’udienza di p.c.). Il divario temporale, e così concettuale, tra il momento della pronuncia della sentenza ed il momento cui la sentenza fa riferimento, determina un limite dell’accertamento in essa contenuto, perché questo accertamento considera solo il passato (più o meno recente, a seconda di quanto tempo è trascorso tra l’udienza di p.c. e la pronuncia della sentenza).

Questo profilo è determinante perché per i fatti sopravvenuti, non vale il c.d. principio della preclusione del dedotto e deducibile; questi fatti potranno quindi essere fatti valere anche dopo che il giudicato si è formato.

Facciamo, allora, un esempio per vedere quali sono le conseguenze dei limiti cronologici del giudicato. La sentenza accerta che Tizio è creditore di Caio per la somma di 500 euro, a titolo di mutuo, e condanna Caio al suo pagamento. Se dopo l’udienza di p.c., ma prima della pronuncia della sentenza poi passata in giudicato, interviene un fatto estintivo del diritto di Tizio (il più semplice è il sopravvenuto pagamento da parte di Caio), il soccombente potrà far valere questo fatto in un nuovo processo, che è qui quello di opposizione all’esecuzione forzata basata sulla sentenza esecutiva (artt. 615 e 616: v. Cap. 8, Sez. II, Tomo I, *Spiegazioni*). Questo giudizio di opposizione non costituisce un modo per infrangere l’efficacia di accertamento della sentenza, ma è semplicemente la conseguenza del fatto che questa efficacia di accertamento ha dei limiti cronologici ben precisi. Analogi discorsi vale per la sentenza che rigetta la domanda di condanna proposta dall’attore. Poniamo che la sentenza rigetti la domanda svolta da Tizio contro Caio di pagamento del prezzo di vendita di un immobile, perché la vendita non è stata conclusa per iscritto; e poniamo che tra l’udienza di p.c. e la pronuncia della sentenza intervenga l’atto scritto di vendita. Ebbene, in questo caso, Tizio potrà agire nuovamente in giudizio proponendo la medesima domanda già proposta nei confronti di Caio, senza che gli possa essere opposto l’effetto preclusivo del giudicato. Questo perché quell’accertamento passato in giudicato riguarda un momento anteriore a quello in cui si è verificato il fatto costitutivo del diritto di credito (la stipula, per iscritto, del contratto di compravendita).

4. L’effetto negativo-preclusivo del giudicato (*ne bis in idem*)

Vediamo cosa significa esattamente che l’accertamento contenuto nella sentenza definitiva (passata in giudicato formale) “fa stato ad ogni effetto”. Ossia cosa significa che la *res in iudicium deducta* (il diritto oggetto della domanda della parte), diviene *res iudicata*.

Il primo effetto del giudicato è il c.d. effetto preclusivo, ben descritto con il brocardo latino *ne bis in idem*: esso sta a significare che l’oggetto dell’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato non potrà essere più posto in discussione dalle parti del

giudizio (e poi anche dai loro eredi e aventi causa); non potrà, cioè, formare oggetto di una nuova domanda e così di un nuovo giudizio.

Facciamo un esempio: Tizio agisce in giudizio contro Caio, e ne chiede la condanna al pagamento di 1.000 euro, che è il prezzo del bene che Tizio ha venduto a Caio. La domanda di Tizio viene accolta, e la sentenza accerta l'esistenza del diritto di credito di Tizio, e condanna Caio al suo pagamento. La sentenza, poi, passa in giudicato formale (perché, ad esempio, Caio non propone appello nei termini previsti). Avremo allora un accertamento, divenuto ormai definitivo, che fa stato tra Tizio e Caio, sì che Caio non potrà proporre una nuova domanda per chiedere l'accertamento negativo del credito di 1.000 euro al pagamento del prezzo del bene che Tizio vanta nei suoi confronti. La domanda, infatti, sarebbe la stessa già proposta nel precedente giudizio all'esito del quale si è formata la cosa giudicata sostanziale: gli elementi individuatorи sono i medesimi (parti, *petitum* – anche se quello immediato è “rovesciato”: una sentenza si di accertamento, ma non dell'esistenza bensì dell'inesistenza del credito – e *causa petendi*: il contratto di compravendita del bene). Opererà qui, allora, il primo effetto del giudicato, il c.d. effetto preclusivo: la domanda di Caio dovrà essere rigettata.

Analogo discorso varrà a parti invertite, ossia nel caso in cui la domanda di Tizio fosse stata rigettata (perché, ad esempio, Tizio e Caio non hanno mai concluso un contratto di compravendita, oppure perché Caio ha già pagato il prezzo a Tizio). Se la sentenza, che accerta l'inesistenza del diritto di credito di Tizio nei confronti di Caio, passa in giudicato, e successivamente Tizio propone di nuovo domanda nei confronti di Caio per sentirlo condannare al pagamento di 1.000 euro quale prezzo del bene venduto, si tratterà della stessa domanda già proposta, ed il giudice dovrà rigettarla.

Ci si potrebbe però chiedere se, a fronte di una sentenza passata in giudicato che accerta l'esistenza del diritto di Tizio nei confronti di Caio al pagamento di 1.000 euro quale prezzo di vendita del bene, Caio possa agire in giudizio con una domanda di accertamento dell'inesistenza del diritto di Tizio perché quel diritto si è prescritto, già prima della pronuncia della sentenza passata in giudicato, ma la prescrizione in quel primo giudizio non era stata eccepita da Caio. La risposta è no, per **il c.d. principio della preclusione sia del dedotto, sia del deducibile**. Questo principio significa che **l'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato non è più contestabile dalle parti, sia in ragione di quanto già affermato nel corso del processo, sia con ragioni nuove, che potevano, però, essere dedotte nel corso di quel processo ma che non lo furono**. Il giudicato, nel caso che abbiamo fatto, resta quindi fermo anche se Caio poteva nel corso del giudizio eccepire la prescrizione, e non l'ha fatto. Solo quello che non era ancora deducibile nel corso di quel primo giudizio, potrà essere valorizzato dal soccombente in un nuovo giudizio per sottrarsi al vincolo del “fare stato” proprio del giudicato sostanziale. Si verte però allora in tema di limiti cronologici del giudicato, di cui ci siamo già occupati.

L'effetto preclusivo del giudicato, quindi, si manifesta ogniqualvolta venga dedotto in giudizio lo stesso diritto oggetto della prima domanda (che ha dato luogo ad un giudizio conclusosi con la sentenza passata in giudicato formale), e fa sì che la seconda domanda venga rigettata. Rispetto al contenuto del provvedimento di rigetto, le ipotesi ricostruttive sono due. Potrebbe essere un rigetto in rito, per inammissibilità della nuova domanda in quanto carente di uno dei presupposti di decidibilità della causa nel merito (v. Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*): la assenza di un *ne bis in idem*, appunto. Diversamente, si potrebbe dire che il giudice si pronuncia con una sentenza di rigetto nel merito, perché il diritto oggetto della domanda già esiste (o non esiste, a seconda del contenuto del previo giudicato) in ragione del precedente giudicato. In tal modo si pone l'accento sugli effetti sostanziali del giudicato già formatosi, che – a seconda del suo contenuto – viene visto quale fatto sicuramente costitutivo (quando accerti l'e-

sistenza del diritto dedotto nuovamente in lite), od estintivo (ove ne abbia negato l'esistenza). Entrambe le ricostruzioni offerte alla questione sono accettabili; appare però **maggiormente rigorosa quella che riconduce in questo caso il rigetto ad un rigetto in rito per esistenza di un previo giudicato sullo stesso oggetto che rende non più decidibile nel merito la causa, e così per carenza del presupposto processuale negativo del *ne bis in idem*** (v. Cap. II, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*).

5. Il peculiare oggetto del giudicato sui diritti assoluti (ed in special modo sul diritto di proprietà)

Generalmente l'oggetto della domanda, del giudizio, dell'accertamento contenuto nella sentenza e poi del giudicato sostanziale (una volta che la sentenza sarà passata in giudicato formale) è il diritto dedotto in giudizio. Questo vale certamente per i diritti relativi, ed anche per i diritti potestativi ad attuazione giudiziale. Lo stesso invece non può dirsi con riguardo ad i diritti assoluti, il più tipico dei quali è il diritto di proprietà.

Il diritto di proprietà, per la sua conformazione sostanziale, non può essere tutto intero oggetto della domanda, del giudizio, dell'accertamento e del futuro giudicato. Il modo più rigoroso per definire il diritto di proprietà, infatti, è “negativo”: questo diritto si configura come dovere di tutti i consociati fuorché di uno, di astenersi dal turbare il godimento di quell'uno sul bene. In questo senso, si è soliti definire il diritto di proprietà come diritto *erga omnes*. Ebbene, questo diritto non può essere dedotto nel processo così come si configura sul piano statico e sostanziale (dove sempre dovrebbe essere chiaro chi è il proprietario, e quali sono tutti gli *omnes* che si devono astenere dall'interferire nel suo godimento): non è immaginabile un processo che possa svolgersi nei confronti di tutti gli *omnes*. In giudizio, piuttosto, quello che è deducibile è la singola relazione bilaterale tra un dato soggetto che si afferma essere proprietario, e un altro dato soggetto che ne contesta il diritto o che, oltre a contestarlo, ne turba l'esercizio. Nel primo caso, avremo un'azione di mero accertamento, nel secondo un'azione di accertamento e condanna (ad esempio del possessore alla restituzione del bene *ex art. 948 c.c.*).

Il giudicato che si formerà all'esito di quel processo cadrà allora proprio su questa relazione bilaterale: **la sentenza passata in giudicato formale non farà stato sul fatto che l'attore è proprietario *tout court*, ovvero *erga omnes*, ma sul fatto che il convenuto non è proprietario perché lo è l'attore.** La conseguenza immediata di questo oggetto “necessariamente limitato” del giudicato sul diritto di proprietà è che sarà sempre possibile per un terzo (che non sia erede o avente causa del soccombente), agire in giudizio contro chi sia risultato vincitore nel primo giudizio (e così accertato proprietario nei confronti di un determinato convenuto), per sentir dichiarare dal giudice che il proprietario di quel bene è lui, e non chi abbia convenuto, senza che in questo nuovo processo si possa porre il problema del precedente giudicato, che non coinvolge il (e dunque non fa stato nei confronti del) nuovo attore.

6. L'effetto positivo-conformativo del giudicato

L'effetto negativo-preclusivo del giudicato sostanziale (o da *ne bis in idem*) si esplica in quei giudizi che hanno ad oggetto lo stesso diritto già deciso con la sentenza passata in giudi-

cato formale. Sono casi molto semplici, e non frequenti. Molto più spesso, infatti, il giudicato sostanziale produrrà l'altro suo effetto, quello c.d. positivo-conformativo.

L'effetto positivo-conformativo del giudicato opera in tutti quei processi in cui si deduce un diritto connesso per dipendenza a quello oggetto del primo giudicato; questa dipendenza può essere positiva (quando il diritto, per esistere, richiede che ne esista un altro, appunto pregiudiziale) oppure **negativa** (quando l'esistenza di un diritto è condizionata all'inesistenza del secondo). Per ora ci limitiamo a studiare l'effetto conformativo-positivo del giudicato in successivi giudizi tra le stesse parti. Anticipiamo subito, però, che in qualche caso questo effetto potrà prodursi anche in giudizi tra parti parzialmente diverse da quelle del giudizio che ha dato origine al giudicato sostanziale.

Facciamo qualche esempio di questi due tipi di dipendenza. Immaginiamo che Tizio ottenga una sentenza che condanna Caio al pagamento di 1.000 euro a titolo di corrispettivo per una prestazione d'opera intellettuale di Tizio. La sentenza passa in giudicato e viene anche eseguita: Tizio riceve il pagamento di quanto dovuto da Caio (spontaneamente o a seguito di un processo esecutivo, qui non importa). Dopo la formazione della cosa giudicata, Caio propone domanda contro Tizio e ne chiede la condanna al pagamento di 1.000 euro a titolo di indebito (art. 2033 c.c.), perché a suo dire Tizio avrebbe ricevuto quella somma in forza del pagamento (spontaneo o coatto, per espropriazione forzata) che non gli spettava. Ebbene, la domanda proposta in questo secondo giudizio è diversa da quella oggetto del primo processo: le parti sono sì le stesse, anche se giocano a ruoli invertiti (ora attore è Caio, e convenuto è Tizio); diverso è però l'oggetto, ossia il diritto di credito azionato da Caio, perché si basa su di un titolo in parte diverso (percezione da parte di Tizio di una somma di denaro che non gli spettava, in quanto Caio non sarebbe suo debitore). Anche in questo caso il precedente giudicato potrà produrre effetti: non opererà qui l'efficacia preclusiva da *ne bis in idem* (perché i diritti oggetto dei due processi sono diversi), quanto piuttosto quella conformativa-positiva. Infatti, il diritto azionato da Caio è legato a quello oggetto della sentenza passata in giudicato formale per dipendenza negativa: il diritto di credito alla restituzione di una somma di denaro in tanto può esistere, in quanto non esiste il debito di colui che ha adempiuto pagando quella somma di denaro. La domanda di Caio, quindi, andrà rigettata dal giudice (vedremo subito come).

Un esempio di pregiudizialità positiva è il seguente: il diritto agli alimenti che il figlio vanta nei confronti del padre presuppone, per la sua esistenza, un rapporto di filiazione tra il soggetto che pretende d'essere figlio, ed il soggetto che si pretendere essere padre. Se è già stata pronunciata una sentenza passata in giudicato che accerta l'inesistenza del rapporto di filiazione e, ciononostante, l'asserrito figlio agisce contro il presunto padre per sentirlo condannare al pagamento degli alimenti, questa domanda sarà rigettata: la sentenza che definisce questo giudizio si deve conformare al precedente giudicato che ha negato l'esistenza del rapporto di filiazione, che costituisce un elemento costitutivo del diritto agli alimenti. In campo contrattuale, si può formulare questo esempio: Tizio agisce contro Caio per sentire ottenere una sentenza che disponga la risoluzione del contratto in essere, per inadempimento di Caio. Questi si costituisce in giudizio e propone domanda riconvenzionale (v. Cap. 9, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*) di accertamento della nullità del contratto. Il processo si chiude con una sentenza che, in accoglimento della domanda di Caio, dichiara la nullità del contratto, e quindi rigetta la domanda di Tizio (il contratto nullo non può essere inadempito). La sentenza poi passa in giudicato. Successivamente Tizio agisce di nuovo in giudizio chiedendo la condanna di Caio al risarcimento dei danni arrecati dall'inadempimento di quel contratto. Il giudice chiamato a decidere di questa domanda dovrà conformarsi al precedente giudicato di nullità, poiché il diritto al risarcimento del danno per inadempimento, presuppone l'esistenza e la validità del contratto; in forza di quella sentenza diventata definitiva che accerta che quel contratto è nullo, Tizio non avrà alcun diritto a vedersi risarcire i danni che afferma di aver patito.

In tutti i casi in cui opera l'effetto positivo-conformativo del giudicato, la sentenza che

definisce il secondo giudizio sarà una sentenza di merito, poiché deciderà sull'esistenza o inesistenza del diritto. Il suo contenuto, però, sarà in parte vincolato: il giudice del secondo giudizio dovrà decidere tenendo fermo l'accertamento già coperto da giudicato. Così, ad esempio, se si è già formato un giudicato che esclude il vincolo di filiazione tra preteso padre e preteso figlio, il giudice dovrà rigettare nel merito la domanda di condanna agli alimenti, che sia stata successivamente proposta dal figlio in un successivo giudizio: questa domanda è infondata perché manca un fatto costitutivo (il rapporto di filiazione) del diritto agli alimenti. Il giudice adito per secondo è vincolato a valutare inesistente quel rapporto: opera in questo senso l'effetto conformativo della cosa giudicata. Allo stesso modo, se il precedente giudicato fosse stato di accertamento del rapporto di filiazione, il giudice successivamente adito dal figlio con domanda di condanna agli alimenti, dovrà riconoscere come esistente il rapporto di filiazione tra le parti, anche se sarà libero di rigettare la domanda di condanna agli alimenti perché, per esempio, non ritiene sussistere lo stato di indigenza del figlio-attore.

7. I limiti soggettivi del giudicato: l'efficacia riflessa del giudicato reso *inter alios* sui diritti dei terzi in ipotesi di pregiudizialità-dipendenza permanente

Proprio in relazione all'effetto positivo-conformativo del giudicato può sorgere la problematica dei c.d. limiti soggettivi del giudicato. **Il principio generale è che il vincolo che scaturisce dal giudicato (tanto positivo, quanto negativo) vincola solo le parti del giudizio, e non si impone a soggetti terzi che non vi abbiamo partecipato.** Non deroga a questa regola l'affermazione dell'art. 2909 c.c., per cui il giudicato fa stato anche tra gli eredi e gli aventi causa delle parti. Ed infatti, per gli aventi causa dopo il giudicato, vale pur sempre la regola per cui questi hanno acquisito il diritto esattamente come si trovava nel patrimonio del loro dante causa, e quindi *nemo in aliud plus iuris transferre potest quam ipse habet*. Quanto agli eredi, che succedono nella esatta posizione in cui si trovava il *de cuius*, essi in linea di principio non devono nemmeno considerarsi terzi.

Ebbene, la questione dei limiti soggettivi del giudicato si può porre nei casi di pregiudizialità dipendenza tra i rapporti, quanto il rapporto pregiudiziale e quello dipendente non corrono tra le stesse parti (ad esempio parti del rapporto pregiudiziale sono A e B, mentre parti di quello dipendente sono B e C).

In alcuni di questi casi si può ammettere una efficacia c.d. "riflessa" del giudicato reso *inter alios*, sul diritto dipendente facente capo al terzo, che non ha partecipato al primo giudizio. A tal fine, però, non basta che ci sia un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra il diritto ormai definitivamente accertato, e quello del terzo. Bisogna infatti distinguere i casi in cui il diritto del terzo è legato a quello coperto da giudicato da una relazione di dipendenza permanente, da quelli in cui il diritto del terzo è connesso a quello coperto da giudicato da un rapporto di dipendenza di tipo istantaneo.

Un nesso di pregiudizialità-dipendenza permanente tra rapporti (e dunque tra diritti) si ha nel caso in cui il rapporto (ed il diritto) dipendente nasce in forza del rapporto (e del diritto) principale, e può continuare ad esistere solo se continua ad esistere il primo. In queste ipotesi ogni modificazione del rapporto principale (sia che avvenga con sentenza, sia che avvenga per comune volontà delle parti del rapporto principale) avrà effetti sul rapporto dipendente.

L'esempio è quello dei contratti di sub-godimento: qui il nesso di pregiudizialità-dipendenza è permanente, perché nel sub-contratto di godimento una parte reimpiega totalmente la stessa posizione giuridica soggettiva che le deriva dal contratto di godimento. Ad esempio, A e B concludono un contratto di locazione di un appartamento, e poi B e C concludono un sub-contratto di locazione di quello stesso immobile: B, nel primo contratto è il conduttore, nel secondo è il sub-locatore. Se una sentenza risolve il contratto di locazione tra A e B per inadempimento di B (che non pagava il canone pattuito), e condanna B alla restituzione ad A dell'immobile, ebbene questa sentenza avrà sicuramente effetto (vedremo tra poco esattamente quale) sul contratto di sub-conduzione. Ce lo dice chiaramente anche l'art. 1595, co. 3, c.c., che prevede che la sentenza di nullità o di risoluzione del contratto di locazione abbia effetto anche nei confronti del sub-conduttore, anche se questi non ha partecipato al giudizio. Lo stesso effetto sulla posizione del sub-conduttore lo avrebbe anche un contratto con il quale il locatore e il conduttore risolvessero di comune accordo il contratto di locazione.

Il nesso di pregiudizialità-dipendenza tra rapporti può però essere anche istantaneo: questa ipotesi ricorre quando il diritto dipendente è condizionato, solo nella sua nascita, dal diritto pregiudiziale (se questo non esiste, non ci sarà nemmeno quello dipendente), mentre le successive sorti del diritto pregiudicante sono indifferenti al titolare del diritto dipendente.

Anche qui possiamo fare un esempio: A vende a B la propria bicicletta, per 5 euro (perché B gli dice che la bicicletta è molto vecchia, e quasi inservibile, e richiederà molti interventi). Poi B vende a C sempre la stessa bicicletta, ma a 500 euro (in realtà era una bicicletta d'epoca). Successivamente A viene a sapere di aver venduto per un prezzo vile una bicicletta che valeva molto di più; e questo per colpa di B che gli aveva fatto credere che il bene non valesse quasi nulla, quando invece sapeva che si trattava di una bicicletta d'epoca. A, allora, decide di agire in giudizio contro B, per chiedere una sentenza costitutiva che annulli il contratto di vendita, per dolo. La domanda di A viene accolta e la sentenza che annulla il contratto passa in giudicato. Ebbene, questa sentenza avrà effetti (riflessi) nei confronti C, acquirente del bene da B? La risposta è no: il diritto di C è legato a quello di B solo da un nesso di dipendenza istantanea, e quando C ha acquistato la proprietà della bicicletta da B, questi era titolare di quel diritto (perché il contratto annullabile diversamente da quello nullo, come sappiamo, produce effetti, pur se può essere rimosso con una sentenza costitutiva di annullamento). La conseguenza è che C resterà proprietario della bicicletta, ed A non potrà pretenderne la restituzione, ma solo il risarcimento del danno da B.

Solo quando ricorre un nesso di pregiudizialità-dipendenza permanente tra rapporti, quindi, il giudicato sul rapporto pregiudiziale potrà eccezionalmente avere effetti riflessi nei confronti del terzo titolare del diritto dipendente (i casi sono molto pochi: per lo più in materia di sub-contratti di godimento). Questo, però, non significa che il giudicato inciderà direttamente sull'esistenza del diritto del terzo, estinguendolo. Più moderatamente quel giudicato potrebbe determinare l'impossibilità per il terzo di attuare in forma specifica il suo diritto, e farà così sorgere in capo a questo soggetto la possibilità di agire in giudizio nei confronti della sua controparte negoziale, per ottenere il risarcimento del danno.

Per esemplificare, riprendiamo il caso del sub-contratto di locazione. La sentenza, passata in giudicato, risolve il contratto di locazione tra A e B per inadempimento di quest'ultimo (che, in veste di conduttore, non pagava il canone di locazione), e condanna B alla restituzione al locatore A dell'immobile. Questa sentenza avrà effetti anche nei confronti del sub-conduttore C al quale B aveva sub-locato il bene, sì che A potrà ottenere il possesso dell'immobile già in forza di quella sentenza, anche se il bene è detenuto da C. Questo, però, non significa che la risoluzione del contratto tra A e B, determina automaticamente anche la risoluzione del contratto di sub-locazione tra B (sub-locatore) e C (sub-conduttore): quel contratto

rimane in vita. Tuttavia, a seguito di quella sentenza, C sarà privato della detenzione dell'immobile, e quindi non potrà più esercitare il suo diritto di godimento. Solo in questo senso la sentenza resa tra A e B inciderà sul suo diritto (meglio: sulla sua attuazione in forma specifica). Ecco allora che C potrà, se lo vorrà, agire in giudizio per ottenere lui pure la risoluzione del contratto di sub-locazione per inadempimento del sub-locatore B e la condanna di questi al risarcimento del danno patito (che discende dalla impossibilità materiale per l'attore di esercitare il diritto di godimento sull'immobile).

8. (segue): le diverse conseguenze del giudicato reso *inter alios* nei confronti di terzi titolari di una situazione giuridica legata da nesso di pregiudizialità-dipendenza istantaneo. Cenni alla tesi di Liebman

Abbiamo poco sopra affermato che, quando ricorre un nesso di pregiudizialità-dipendenza istantanea tra rapporti, il terzo non sarà mai soggetto all'efficacia riflessa del giudicato formato-*si inter alios*. Tuttavia, in relazione a taluni casi di dipendenza istantanea, alcune norme particolari del c.c. (gli artt. 1485, 1952, 2859) danno indiretto e parziale rilievo a quel giudicato: esse non ne prevedono una estensione piena degli effetti, ma finiscono piuttosto per porre in capo a questo terzo oneri dimostrativi particolari. Si è soliti dire che in questi casi il giudicato spiega un'efficacia riflessa debole, che si contrappone ad un'efficacia riflessa forte, destinata a verificarsi nei casi visti sopra. L'espressione “efficacia riflessa debole”, però, va correttamente intesa: non si vuole affermare che il terzo sia in qualche modo soggetto agli effetti del giudicato reso *inter alios*; più semplicemente si vuol dire che quel terzo può ottenere una decisione sul suo diritto che non tenga conto del giudicato, purché, però, riesca a dimostrare l'esistenza di particolari circostanze. Nel caso invece di vera e propria efficacia riflessa, il terzo non può in alcun modo superare il giudicato ai cui effetti è soggetto, nemmeno attraverso l'adempimento di particolari oneri dimostrativi: quel giudicato – per la parte per lui rilevante – lo vincola appieno.

Facciamo un esempio, relativo all'art. 1485 c.c., che regola la garanzia per l'evizione. Tizio conviene in giudizio Caio e rivendica la proprietà del bene, che il convenuto ha acquistato da Sempronio. A questo punto, Caio potrà, *ex art. 1485 c.c.*, chiamare in causa (art. 106, v. Cap. 6-7, Sez. V, Tomo II, *Spiegazioni*) il venditore Sempronio, sia perché lo aiuti a difendersi nei confronti di Tizio (art. 106, prima parte), sia – eventualmente – per proporre direttamente in quel processo, contro Sempronio, domanda di garanzia per evizione (art. 106, seconda parte). Sempronio, venuto a conoscenza del processo, potrebbe decidere di intervenire volontariamente in quel giudizio (art. 105, co. 2: v. Cap. 6, Sez. V, Tomo II, *Spiegazioni*), per aiutare sin da subito Caio a difendersi contro Tizio; Sempronio, infatti, può conoscere meglio le vicende relative alla proprietà del bene che ha venduto a Caio. Egli, inoltre, ha tutto l'interesse che sia rigettata la domanda di Tizio poiché, in caso contrario, sarebbe tenuto a risarcire Caio, che contro di lui farà verosimilmente valere la garanzia per l'evizione. Poniamo però che Caio non chiami in giudizio Sempronio, e quest'ultimo non intervenga volontariamente; immaginiamo altresì che il processo si chiuda con un giudicato che, accertata la proprietà di Tizio, condanna Caio alla restituzione del bene, e poi passa in giudicato. A questo punto, certamente Caio proporrà domanda contro Sempronio, per far valere, *ex art. 1483 c.c.*, la garanzia per l'evizione. Il precedente giudicato reso solo tra Tizio e Caio, che accerta che Tizio è proprietario del bene, non produce effetti vincolanti nel successivo processo instaurato da Caio contro il venditore Sempronio. Quest'ultimo, infatti, potrà anche ottenere una sentenza che rigetti, perché infondata, la domanda di garanzia di Caio. Per farlo, però, Sempronio sarà gravato da un onere particolare, perché secondo l'art. 1485 c.c. dovrà dimostrare che c'erano sufficienti ragioni che Caio avrebbe potuto spendere (ma non l'ha fatto) per ottenere il rigetto della domanda di Tizio. In ciò si risolve l'efficacia riflessa debole, che il giudicato *inter alios* produce nei confronti dei terzi in ipotesi di dipendenza istantanea tra rapporti. Previsioni simili a quella del-

l'art. 1485 c.c., si ritrovano anche negli artt. 1952, co. 2, 2859 e 2870 c.c., rispettivamente dettati in materia di fideiussione e di ipoteca (terzo datore di ipoteca, oppure acquirente del bene gravatone).

A questo punto, conviene fare un rapido cenno alla seducente ma non persuasiva teoria elaborata da Liebman sulla c.d. efficacia naturale di accertamento. Secondo Liebman prima del passaggio in giudicato, la sentenza – in quanto atto dello Stato – avrebbe comunque una efficacia naturale di accertamento, che però andrebbe tenuta ben distinta dall'autorità del giudicato sostanziale, che si produce solo con il passaggio in giudicato formale della sentenza. In particolare, l'efficacia naturale di accertamento si esplicherebbe nei confronti di tutti i soggetti dell'ordinamento (non solo delle parti, loro eredi e aventi causa *ex art. 2909 c.c.*), ma in modo precario e controvertibile (e non stabile come quella del giudicato sostanziale). Questa efficacia naturale di accertamento, infatti, potrebbe venire meno a seguito dell'impugnazione della sentenza non ancora passata in giudicato. Ebbene, proprio nelle previsioni del c.c. che sopra abbiamo richiamato, Liebman scorge una conferma della tesi della efficacia di accertamento naturale della sentenza, che – prima del suo passaggio in giudicato – si esplicherebbe anche nei confronti di quei terzi che non saranno soggetti al successivo giudicato, ma che potrebbe essere superata dimostrando l'ingiustizia della decisione.

In realtà, questa ricostruzione non si mostra convincente per la difficoltà di sostenere, a mente dell'art. 2909 c.c., una efficacia naturale di accertamento ancora controvertibile, prima del passaggio in giudicato ed anche verso soggetti terzi. Inoltre, le ipotesi disciplinate artt. 1485, 1952, co. 2, 2859 e 2870 c.c. (e previsioni analoghe) non presuppongono una vera efficacia di accertamento della sentenza. Infatti, come è stato osservato (Allorio), se il venditore, nell'ipotesi dell'art. 1485 c.c., non riuscisse a dimostrare che vi erano motivi per far rigettare la domanda proposta dal preteso proprietario contro l'acquirente, certamente la domanda di garanzia svolta dall'acquirente nei confronti del venditore verrà accolta. La ragione di questo epilogo, però, non si deve all'invocazione del precedente accertamento, quanto al fatto che il giudice avrà valutato *ex novo* la questione, e si sarà convinto che in effetti il venditore, nel momento in cui ha concluso il contratto di compravendita, non era proprietario del bene.

9. L'eccezione di giudicato

L'eccezione di giudicato può riguardare sia il **giudicato esterno** (quello che si è formato in un altro processo), sia il **giudicato interno** (il giudicato che si forma all'interno dello stesso rapporto processuale, a seguito di una impugnazione solo parziale della sentenza, *ex art. 329, ult. co.: v. Cap. 1, Sez. VII, Tomo II, Spiegazioni*, oppure perché viene pronunciata una sentenza non definitiva, che non viene impugnata nei termini previsti: v. Cap. 3, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*). In entrambi i casi, si tratta di un'**eccezione in senso lato** (v. Cap. 8, Sez. I, Tomo I, *Spiegazioni*): questo significa che le parti possono certo eccepire l'esistenza di un precedente giudicato, ma lo stesso giudice – ove questo precedente giudicato risulti agli atti (saranno pur sempre le parti a doverlo menzionare, e a depositare in giudizio la sentenza passata in giudicato) – potrà rilevarne d'ufficio l'esistenza.

10. Il conflitto tra giudicati

Il conflitto tra giudicati è quella situazione che si viene a creare quando, malaugura-

tamente, il giudice adito per secondo, decide sulla domanda senza tenere conto di un precedente giudicato che risultava *rilevante* per la decisione, e questa seconda decisione passa anch'essa in giudicato formale. Questo può accadere o perché il giudice non sapeva o non si è accorto dell'esistenza di un precedente giudicato (nel primo caso, perché nessuna delle parti ha dedotto in giudizio l'esistenza del precedente giudicato; nel secondo perché, pur se l'esistenza del precedente giudicato era agli atti, il giudice non l'ha rilevato); oppure perché il giudice – sbagliando – ha rigettato l'eccezione di giudicato formulata da una delle parti, non ritenendo che quel precedente giudicato fosse rilevante.

Il conflitto tra giudicati non ha sempre le stesse conseguenze e lo stesso grado di gravità. Si deve distinguere, infatti, il conflitto teorico (o logico), il conflitto semi-pratico, ed il conflitto pratico.

Il conflitto teorico (o logico) si ha quando i due giudicati hanno per oggetto diritti soggettivi diversi, che però hanno in comune alcuni fatti costitutivi, accertati in modo contrastante. In questo caso, il conflitto c'è, ma non rende impossibile la convivenza dei due giudicati, che quindi rimarranno entrambi vigenti tra le parti

Ad esempio: nel 2010, Tizio agisce in giudizio contro Caio per ottenere la condanna al pagamento del prezzo del bene oggetto del contratto di compravendita. Costituitosi in giudizio, Caio eccepisce la prescrizione del diritto di Tizio, perché ritiene siano decorsi più di 10 anni dalla conclusione del contratto. Il giudice, tuttavia, rigetta l'eccezione di Caio, perché a suo dire il contratto sarebbe stato concluso solo 8 anni prima: nel documento contrattuale la data non è scritta bene, ma secondo il giudice indica 2002 e non 2000. La domanda di Tizio viene accolta e Caio viene condannato a pagare, con sentenza che poi passa in giudicato. Nel 2011, Caio propone domanda di condanna di Tizio alla consegna del bene oggetto del contratto di compravendita. Tizio si costituisce in giudizio ed eccepisce la prescrizione del diritto di Caio, perché sono decorsi più di 10 anni dalla stipula del contratto di compravendita. Caio ribatte che non è vero, perché nel documento contrattuale la data non è scritta bene, ma si capisce che indica il 2002 e non il 2000. Il giudice adito, però, ritenuto che invece la data di conclusione del contratto sia il 2000, accoglie l'eccezione di prescrizione di Tizio e rigetta la domanda di Caio. Questa sentenza passa anch'essa in giudicato. È chiaro che la questione della prescrizione, identica, seppur a parti invertite, è stata risolta diversamente nei due giudizi. Tuttavia, i giudicati che si sono formati riguardano diritti diversi, e la loro convivenza non determina alcun contrasto nella loro esecuzione pratica (Tizio potrà portare ad esecuzione la sentenza ottenuta contro Caio, senza che vi siano problemi).

Il contrasto semi-pratico tra giudicati si ha nel caso in cui una questione, che in un primo giudizio era stata conosciuta *incidenter tantum* ai fini della decisione su un certo diritto soggettivo, sia decisa in senso opposto, in un secondo giudizio. In questo caso, il contrasto tra i due giudicati è più forte, tanto che l'ordinamento giuridico prevede alcuni strumenti per limitare questa eventualità. Per esempio, se i due giudici pendono contemporaneamente può operare l'istituto della continenza: art. 39, co. 2, su cui v. Cap. 2, Sez. III, Tomo I, *Spiegazioni*; oppure quello della sospensione per pregiudizialità: art. 295, v. Cap. 5, Sez. VI, Tomo II, *Spiegazioni*. Tuttavia, se questi meccanismi non vengono attivati, allora i due giudici proseguiranno autonomamente, e daranno luogo a due giudicati distinti, che dovranno convivere.

Ad esempio: Tizio agisce nei confronti di Caio per ottenerne la condanna al pagamento del prezzo della compravendita; la domanda di Tizio viene accolta e la sentenza passa in giudicato. Successivamente, Caio agisce in giudizio per ottenere una sentenza di accertamento della nullità del contratto di

compravendita perché, a suo dire, concluso in frode alla legge. Il giudice accoglie la domanda di Caio e dichiara nullo il contratto, con sentenza che poi passa in giudicato. In questo caso, il contrasto tra giudicati è più stridente: in forza del primo giudicato di condanna, Caio dovrà pagare quanto dovuto a Tizio a titolo di prezzo del bene; d'altro canto, in forza del giudicato che ha dichiarato nullo il contratto di compravendita, Caio non potrà ottenere quanto dovuto in base a quel contratto, ossia la contro-prestazione (la consegna del bene) da Tizio, se ancora la deve avere, oppure potrà essere condannato, in futuro giudizio, a restituirla, se Tizio aveva già adempiuto.

Il caso più grave di conflitto tra giudicati è quello destinato a verificarsi quando il secondo giudicato ha ad oggetto lo stesso diritto soggettivo che forma già l'oggetto del primo giudicato, ma ha contenuto diametralmente opposto. Si parla in questo caso di conflitto pratico tra giudicati, che ricorre quando non ha correttamente operato il primo effetto del giudicato, quello negativo-preclusivo, o del *ne bis in idem*. Ebbene l'ordinamento, poiché non può tollerare che convivano due giudicati, l'uno che dice che il diritto esiste, e l'altro che dice che il diritto non esiste, prevede anzitutto un rimedio impugnatorio preventivo (ossia da esperire prima che la seconda sentenza passi in giudicato): ciascuna delle parti potrà, infatti, proporre revocazione ordinaria *ex art. 395, n. 5* (v. Cap. 5, Sez. VII; Tomo II, *Spiegazioni*), che appunto prevede un motivo di revocazione “se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione”. Quest’ultimo inciso (“purché [il giudice] non abbia pronunciato sulla relativa eccezione”), sta a significare che la revocazione per precedente giudicato può essere esperita solo se il giudice non si è avveduto dell’esistenza di un precedente giudicato (il che accadrà quando nessuna delle parti ne alleghi in giudizio l’esistenza). Se, invece, il giudice conosceva l’esistenza di un precedente giudicato, ma – errando – lo abbia ritenuto irrilevante, allora la revocazione *ex art. 395, n. 5* non potrà operare. In questo caso, oppure quando nessuna delle parti proponga revocazione nel termine perentorio previsto dall’art. 325 (v. Cap. 1, Sez. VII, Tomo II, *Spiegazioni*), anche la seconda senza passerà in giudicato, sicché ci troveremo in presenza di quel conflitto pratico tra giudicati che il nostro ordinamento non tollera. L’unica soluzione, residuale, sarà quella di “scegliere” quale dei due giudicati potrà rimanere in vita per regolare il caso concreto, e quale no: nel silenzio della legge, si ritiene comunemente che rimanga salvo il giudicato formatosi per secondo, che supererà il giudicato formatosi per primo.

Un esempio di conflitto pratico tra giudicati può essere il seguente: una sentenza passata in giudicato condanna Caio, su domanda di Tizio, al pagamento di 1.000 euro a titolo di mutuo. Altra sentenza, anch’essa passata in giudicato, accerta (su domanda di accertamento negativo proposta da Caio) che Tizio non è titolare del diritto di credito di 1.000 euro a titolo di mutuo, perché Caio non ha mai concluso con Tizio quel contratto. In questo caso, il giudicato formatosi per secondo sarà l’unico a regolare il rapporto tra Tizio e Caio. Così, nell’esempio formulato, prevorrà la sentenza che accerta l’inesistenza del credito di Tizio contro Caio; Tizio, perciò, non potrà agire in via esecutiva nei confronti di Caio in forza del precedente giudicato, in tutto e per tutto superato dal secondo.