

NUMERO 3 - 2016

# GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA  
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



**ESTRATTO:**

ROBERTA TISCINI

Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica



GIUFFRÈ EDITORE

# Indice

---

<i>Gli Autori di questo fascicolo . . . . .</i>	440
<b>GIOVANNI D'AMICO</b>	
<i>Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali) . . . . .</i>	443
<b>FRANCESCO MACARIO</b>	
<i>Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica . . . . .</i>	509
<b>ENRICO MOSCATI</b>	
<i>Note minime su pena e colpa nel diritto privato . . . . .</i>	547
<b>ROBERTA TISCINI</b>	
<i>Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica . . . . .</i>	571
<b>ROSARIA GIORDANO</b>	
<i>Note processuali sulla legge in tema di divorzio c.d. breve . . . . .</i>	605
<b>ROBERTO MARTINO</b>	
<i>Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale . . . . .</i>	623

## Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica

---

Il saggio esamina il tema – ampiamente dibattuto in dottrina e ricco di interesse applicativo – del regime da assicurare alla cd. pregiudizialità logica in relazione alla delimitazione oggettiva della cosa giudicata. Si tratta di tema classico che da anni divide il pensiero scientifico, nell’alternativa tra sottoporre anch’essa (non diversamente dalla cd. pregiudizialità tecnica) al regime dell’art. 34 c.p.c. ovvero invocare il principio dell’“antecedente logico necessario”.

L’indagine è svolta con interessanti profili di novità, alla luce del *grand arrêt* delle Sezioni Unite del 2014 (nn. 26242 e 26243) intorno al rilievo dell’eccezione di nullità del contratto nelle azioni di impugnativa negoziale; un intervento che, occupandosi (attraverso plurimi *obiter dicta*) della relativa disciplina, tanto sostanziale, quanto processuale, offre fertili spunti di riflessione intorno al giudicato civile.

*The paper deals about the “pregiudizialità logica”, in comparison to the “pregiudizialità tecnica”. The topic has divided doctrine and juresprudence, according to the difference between the application of the art. 34 c.p.c. or the principle of the “antecedente logico necessario”.*

*It can be found interesting innovations in the rules dictated by Cass. S.U nn. 26242 e 26243/2016. These decisions directly deal about the ex officio recognition of nullity regarding a contract in the action of the appeal negotiating but with central points of view about civil judge.*

Sommario: 1. I germi della distinzione tra pregiudizialità logica e tecnica. - 2. Il pensiero teorico intorno alla distinzione tra pregiudizialità logica e tecnica. - 3. La distinzione tra pregiudizialità logica e tecnica nella giurisprudenza. - 4. Le sentenze gemelle sul rilievo officioso dell'eccezione di nullità del contratto (in rapporto all'art. 34 c.p.c.). - 5. Le divergenti opzioni interpretative intorno alla lettura dei limiti oggettivi del giudicato nelle cd. sentenze gemelle. - 6. (*Segue*): Il (nuovo?) *distinguo* tra pregiudizialità tecnica/logica alla luce delle sentenze gemelle. - 7. Art. 34 c.p.c., pregiudizialità logica e giudicato implicito.

### 1. - I germi della distinzione tra pregiudizialità logica e tecnica.

Accertamenti incidentali e cosa giudicata sostanziale<sup>1</sup> (art. 2909 c.c.) camminano da sempre uno accanto all'altro, illuminati da un art. 34 c.p.c. che – a dispetto della sua collocazione topografica – lungi da contenere sole regole di competenza, vale quale normativa di dettaglio nella definizione dei limiti oggettivi del giudicato<sup>2</sup> ogni qualvolta l'accertamento contenuto nella sentenza si estende alle cd. questioni pregiudiziali<sup>3</sup>. È quindi centrale il valore sistematico della norma in un contesto ordinamentale quale il nostro, in cui – sulla falsariga degli insegnamenti chiovendiani – il giudicato resta (tuttora) irrinunciabile connotato della funzione giurisdizionale<sup>4</sup>.

Al ruolo dogmatico dell'istituto si contrappone una portata applicativa

---

<sup>1</sup> Che consapevolmente il codice di rito omette di trattare, collocandosi la relativa disciplina nel codice civile (art. 2909 c.c.), per la sua funzione di “ponte” tra diritto sostanziale e processo. È noto il dibattito intorno alla natura sostanziale o processuale del giudicato, su cui ci limitiamo a rinviare a G. Pugliese, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.* XVIII, Milano, 1969, 785.

<sup>2</sup> Così il convincimento trasmesso dalla manualistica più diffusa (per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2015, 92; F. LUISO, *Diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 2015, 153 ss., spec. 159; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, Padova, 2015, vol. I, 82 ss; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2015, 451; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2015, vol. II, 297; G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2015, vol. II, 291; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2013, 391).

<sup>3</sup> Non è questa la sede per affrontare il diffuso tema sulle condizioni in presenza delle quali la cognizione sulle questioni pregiudiziali produce giudicato (conduca ad un “accertamento”), nonché su cosa si intenda per “questioni pregiudiziali”. Per un quadro di sintesi, *si vis*, R. TISCINI, *Commento all'art. 34*, in *Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione. Del difetto di giurisdizione, dell'incompetenza e della litispendenza*, Bologna, 2016, 138.

<sup>4</sup> Sulla possibilità (opportunità?) di prospettare opzioni alternative, che svincolino la funzione giurisdizionale cognitiva dall'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, sia consentito rinviare a R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, *passim*. Per un'ampia riflessione sul tema, da ultimo, G. TRISORIO LIUZZA, *Centralità del giudicato al tramonto?*, in *Quaderni de “Il giusto processo civile”*, 2016.

piuttosto residuale, l'esperienza confermando lo scarso tasso di sperimentazione concreta degli accertamenti incidentali, sia perché in minima misura resi oggetto di "domanda di parte", sia perché in sparuti casi subordinati alla "previsione di legge". Vi è tuttavia un profilo di interesse (tuttora latore di incertezze) che non manca di destare l'attenzione della dottrina e che parimenti si confronta con una consistente prassi applicativa: la distinzione tra *pregiudizialità logica* e *tecnica* (con i suoi risvolti processuali), tema da indagare qui per qualche recente novità giurisprudenziale, che – seppure incidentalmente – sembra aprire le porte ad originali fronti interpretativi.

## 2. - Il pensiero teorico intorno alla distinzione tra pregiudizialità logica e tecnica.

Il *discrimen* tra pregiudizialità tecnica e logica nasce con la teoria degli accertamenti incidentali e precede l'art. 34 c.p.c. Già G. Chiovenda – nel contesto codistico del 1865 che non conosceva disposizioni corrispondenti all'art. 34 c.p.c. ed in cui l'estensione della cosa giudicata alle "questioni pregiudiziali" iniziava solo <sup>5</sup> ad affacciarsi – distingueva l'accertamento con efficacia di giudicato su fatti giuridici dedotti nel processo in via principale da quello proiettato su un fascio di diritti tra loro collegati in un unico rapporto giuridico obbligatorio (l'alternanza tra *rapporto giuridico semplice* e *rapporto giuridico complesso*) <sup>6</sup>: il primo da esaurire in un solo diritto, al secondo da ricollegarne molteplici, dovendocisi perciò interrogare circa l'attitudine al giudicato del(l'accertamento sul) fascio di diritti

---

<sup>5</sup> Autorevole contributo che più degli altri ha aperto la strada al vigente costruito normativo si scopre nella teoria di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, ristampa inalterata con prefazione di V. ANDRIOLI, Napoli, 1965, 1153 ss., il quale – forte dell'esperienza comparatistica non meno che di quella venutasi consolidando nella legislazione speciale e nella prassi applicativa – elabora una nozione di "accertamento incidentale" tuttora attuale. Per la ricostruzione storica, F. FRANCHI, *Delle modificazioni della competenza per ragioni di connessione*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. I, tomo I, Torino, 1973, 329 ss. Ne ha consapevolezza, seppure in termini critici, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1966, 145 ss., spec. 146; Id., *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*, in *Foro it.*, 1948, I, 65. Vd. anche A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi, oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 386 ss. spec. 393.

<sup>6</sup> G. CHIOVENDA, *op. cit.*, 1161; distinzione ripresa da S. SATTA, *Commentario*, cit., vol. I, 147.

nel loro insieme (sulla sussistenza del rapporto giuridico obbligatorio in sé), oltre che sul singolo effetto dedotto in giudizio.

La distinzione giunge ai nostri giorni con rinnovato vigore, stimolando il dubbio circa gli effettivi confini dell'art. 34 c.p.c. in relazione al suo estendersi alla cd. pregiudizialità logica. Oggi più di ieri, la portata della disposizione travalica il dato testuale e, oggi più di ieri, essa rappresenta (a torto o a ragione) un punto fermo dell'indagine. È dunque vitale il problema dell'applicabilità dell'art. 34 c.p.c. alla *pregiudizialità logica*, quando è "pregiudiziale" un "rapporto giuridico obbligatorio" (fascio di diritti di cui uno solo concretamente dedotto nel processo in termini di pregiudizialità).

Le peculiarità del profilo problematico sono evidenziate da Satta<sup>7</sup> (a cui si deve la terminologia poi ripresa e sviluppata da S. Menchini<sup>8</sup> e dalla dottrina successiva<sup>9</sup>), ponendosi il dubbio se nelle ipotesi di pregiudizialità logica (quando la questione pregiudiziale verte su un "rapporto più ampio del diritto"<sup>10</sup>) tutto il rapporto si intenda dedotto in giudizio, in modo che ad esso si estenda l'oggetto del processo<sup>11</sup>. L'opzione privilegiata dall'A. è nel senso di invocare i principi che regolano la cosa giudicata<sup>12</sup> (non senza tuttavia sviluppare *distinctiones* in relazione a talune fattispecie<sup>13</sup>). Applicando al rapporto giuridico obbligatorio i principi generali sul giudicato – l'art. 34 c.p.c., dunque – si dovrebbe ritenere, da

---

<sup>7</sup> S. SATTA, *Commentario*, cit., vol. I, 149.

<sup>8</sup> S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 91.

<sup>9</sup> Nonostante sia tuttora discusso il trattamento processuale della pregiudizialità logica (nell'alternativa tra l'applicazione ad essa dell'art. 34 c.p.c. ovvero della teoria dell'antecedente logico necessario), è unanime la dottrina nel riconoscere l'opportunità di distinguere l'una forma di pregiudizialità dall'altra (C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 215 ss. spec. 233, distinzione "ontologica" da valorizzare nella disciplina dell'oggetto del giudizio), seppur nelle incertezze sulla qualificazione della pregiudizialità logica in termini di vera e propria "pregiudizialità sostanziale" (su cui E. ZUGCOMI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio (contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna, 2011, 110 ss.

<sup>10</sup> Il "rapporto complesso di cui parlava la dottrina" (S. SATTA, *op. loco cit.*).

<sup>11</sup> «Se, chiesto il pagamento di una rata, l'intera obbligazione si intenda dedotta, indipendentemente dalla contestazione del convenuto» (S. SATTA, *op. loco cit.*).

<sup>12</sup> «I quali insegnano che il giudicato si forma nei limiti del diritto che si fa valere in giudizio, e pertanto il rapporto si deve intendere generalmente dedotto entro questi limiti» (Id., *op. loco cit.*).

<sup>13</sup> S. SATTA, *Accertamenti incidentali, interventi e principi generali del diritto*, in *Foro it.*, 1947, I, 29; Id., *Nuove riflessioni in tema di accertamenti incidentali*, cit., 65; Id., *Ordinanza di convalida di sfratto e accertamenti incidentali*, in *Foro it.*, 1948, I, 459; Id., voce, *Accertamento incidentale*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 243.

un lato che in tali ipotesi il giudice dovrebbe conoscere *incidenter tantum*, dall'altro che il convenuto con una espressa domanda potrebbe imporre all'attore un accertamento incidentale sull'esistenza del rapporto nel suo complesso<sup>14</sup>. La specificità di plurime *distinctiones* conduce tuttavia ad una osservazione critica del fenomeno, con conseguente auspicio per una revisione (se non una vera e propria soppressione) della norma; auspicio che, non solo non ha ad oggi trovato spazio, ma anche è lontano dal concretizzarsi<sup>15</sup>.

Resta invece fermo il pregio del pensiero sattiano di aver offerto le direttive per l'evoluzione successiva<sup>16</sup>, il cui merito va ascritto a S. Menchini<sup>17</sup> ed alla dottrina che ha raccolto lo stimolo del dialogo.

Vi sono differenze ontologiche tra pregiudizialità tecnica e logica<sup>18</sup>. I requisiti della prima sono nel senso che: *a)* sul piano sostanziale, l'elemento pregiudicante è l'effetto di una distinta ed autonoma fattispecie, a prescindere dal collegamento con il diritto pregiudicato; sul piano processuale, vi è indipendenza, essendo la questione pregiudiziale tutelabile pur se è estinto (o soddisfatto) il diritto dipendente; *b)* l'entità "pregiudiziale" è uno degli elementi della fattispecie del diritto pregiudicato, che non esaurisce la fattispecie stessa, ma ne fa parte unitamente ad altri fatti giuridici;

---

<sup>14</sup> Il che non soddisfa l'A., non ritenendo ammissibile che il convenuto, con una espressa domanda possa imporre all'attore un accertamento incidentale sul rapporto medesimo (S. SATTA, *Commentario*, cit., 150).

<sup>15</sup> Di recente, auspica una eliminazione dell'art. 34 c.p.c., lasciando che le singole norme (sull'accertamento incidentale *ex lege*) risolvano caso per caso situazioni contingenti, C. CONSOLO, *Rinuncia all'eccezione di compensazione e art. 34 c.p.c. (l'ingombrante figura dell'accertamento incidentale ex lege)*, in *Corr. giur.*, 2009, 429; Id, *Recensione a Locatelli, L'accertamento incidentale ex lege: profili*, Milano, 2008, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1475. Il disappunto riguarda principalmente l'accertamento incidentale *ex lege*, rilevando l'opportunità, ove si voglia ripensare al libro I, di non conservare «codesta figura un pò eccentrica e senza dubbio venata di autoritarità fine anni '30».

<sup>16</sup> C. CONSOLO, *Oggetto*, cit., 237 riconosce a S. Menchini il merito di aver conferito ai fermenti sattiani "compiutezza e nitidezza di dettato", oltre allo sfondo bibliografico e comparatistico.

<sup>17</sup> S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 85. L'A. tra l'altro offre un utile profilo di sintesi intorno alla teoria di S. Satta, individuando i seguenti spunti meritevoli di attenzione: *a)* rappresentano lo sviluppo dell'intuizione chiovendiana per la quale, quantomeno in talune ipotesi, l'oggetto della pronuncia comprende anche la questione relativa all'esistenza e validità del rapporto fondamentale; *b)* hanno significative analogie con l'orientamento presente nella dottrina tedesca più recente, per il quale l'efficacia della sentenza si estende, in taluni casi, all'accertamento del rapporto o della situazione complessa, produttivi della pretesa che è stata dedotta in giudizio con la domanda dell'attore.

<sup>18</sup> S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 85 ss.

c) sono coinvolti più rapporti giuridici<sup>19</sup>. La pregiudizialità tecnica descrive quindi un “nesso tra *rapporti diversi*, tale che alla fattispecie dell’uno appartiene l’effetto o uno degli effetti dell’altro”<sup>20</sup>.

Diversi i caratteri della pregiudizialità logica.<sup>21</sup> A) Quanto alla struttura dell’elemento pregiudicante, il rapporto giuridico obbligatorio non attribuisce un bene della vita in modo diretto (è “neutro”<sup>22</sup>), bensì fornisce la cornice entro cui si muovono i rapporti semplici, determinandone la disciplina e favorendone l’armonizzazione. Sul piano processuale, l’accertamento del rapporto giuridico fondamentale, pur potendo costituire oggetto di un autonomo giudizio, ha un valore strumentale sui singoli rapporti di cui si compone; sicché, non è ammessa la decisione del rapporto una volta estinto o i cui effetti siano ormai consumati;<sup>23</sup> B) il rapporto giuridico fondamentale non è solo un elemento della fattispecie del diritto pregiudicato, bensì esaurisce la fattispecie stessa;<sup>24</sup> C) si è in presenza di una relazione tra la parte ed il tutto, nel senso che il diritto è irradiazione del rapporto, diversamente dalla pregiudizialità tecnica in cui il rapporto dipendente non è mero effetto di quello pregiudiziale, essendo le due situazioni soggettive generate da distinte ed autonome fattispecie non coincidenti neppure in parte (la relazione corre tra “entità eterogenee”).

---

<sup>19</sup> L’effetto che rappresenta un elemento della fattispecie del diritto dipendente origina da un rapporto distinto ed autonomo: diritto di proprietà dell’autoveicolo in capo al convenuto nell’azione promossa per il risarcimento del danno subito *ex art. 2054* comma 3 c.c.; proprietà dell’attore sul fondo dominante nell’*actio confessoria servitutis*; *status* di erede del soggetto che agisce per la restituzione della rata di mutuo, concesso dal *de cuius* al convenuto (S. MENCHINI, *op. loco cit.*).

<sup>20</sup> S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 88 riprendendo il pensiero di E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, rist. 1992, 67; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell’intervento adesivo*, Milano, 1964, 115; Id., *Intervento coatto ad istanza di parte e pregiudizialità*, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 239; N. TROCKER, *L’intervento per ordine del giudice*, Milano, 1984, 259.

<sup>21</sup> Diritto al pagamento del canone e rapporto di locazione, diritto alla corresponsione della retribuzione e rapporto di lavoro, diritto di voto e rapporto societario.

<sup>22</sup> Si tratta dunque di una “*figura ideale*”, quale «*entificazione dei rapporti semplici* che da esso derivano e che ad esso danno contenuto». S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 89, «poiché la “semplice partecipazione ad un rapporto fondamentale” non costituisce “di per sé stessa, una posizione giuridica di prevalenza, né una posizione giuridica di subordinazione”. La titolarità di questa situazione sostanziale prescinde dal riferimento attuale ed immediato ad un interesse tutelato, ad un’utilità specifica su una cosa».

<sup>23</sup> S. MENCHINI, *op. cit.*, 91.

<sup>24</sup> Esso assume, rispetto ai singoli effetti, il ruolo di “*einheitlichen rechtserzeugenden Tatbestand*” (S. MENCHINI, *op. cit.*, 91, richiamando H. LEHMANN, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlino, 1966, 80).



Data l'indiscussa riconducibilità della pregiudizialità tecnica entro i confini dell'art. 34 c.p.c.<sup>25</sup>, problematica è l'applicazione della disposizione alla pregiudizialità logica. A fronte di chi ritiene operante l'art. 34 c.p.c. anche in quest'ultima ipotesi<sup>26</sup> (tace la legge su qualunque *lex specialis* nel caso considerato), si colloca chi ritiene invocabile per la pregiudizialità logica il principio dell'*antecedente logico necessario*<sup>27</sup>, nel senso che la cosa giudicata si estende al rapporto giuridico fondamentale per il solo fatto che esso abbia costituito un passaggio obbligato nell'*iter* argomentativo del giudice (quest'ultimo ne abbia conosciuto per decidere del diritto dipendente), a prescindere da richieste di parte o previsioni di legge intorno alla produzione di tali effetti<sup>28</sup>.

A fondamento<sup>29</sup> dell'esigenza di rendere oggetto di accertamento l'intero rapporto giuridico fondamentale (pur in assenza di domanda di parte o previsione di legge), si pone *in primis* una ragione tecnica nel senso che "non sembra possibile far valere in giudizio un debito o un credito senza

---

<sup>25</sup> Anche quando il convenuto fa valere un proprio diritto in via di eccezione (Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 475 ss., spec., cit., 483).

<sup>26</sup> Tra gli altri, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1954, vol. I, 112 ss., spec. 115; G. GIONFRIDA, voce *Competenza civile*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 40 ss.; A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, 1980, II, 138-141; A. ATTARDI, *In tema di limiti*, cit., 490; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., 92 ss.; Id., *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, cit., 233; Id., *Il cumulo condizionale di domande. Struttura e funzione*, Padova, 1985, vol. I, 481; Id., voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, 1991, vol. VII, 44 ss., spec. 67; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, 173; D. CARBONARA, *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2003, 688; E. VULLO, *La domanda riconvenzionale. Nel processo ordinario di cognizione*, Milano, 1995, 172 (invocando la garanzia costituzionale del diritto di azione, il principio dispositivo ed il principio della domanda).

<sup>27</sup> Oltre a S. MENCHINI, *op. loco cit.*, vd. per tutti, A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 396; F. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, 166.

<sup>28</sup> Con la conclusione che «la pregiudizialità logica non rientra nell'art. 34, poiché non concerne l'accertamento di una situazione che sta al di fuori dell'oggetto della pronuncia, come individuato dalla domanda dell'attore. Soltanto dal punto di vista logico può parlarsi di pregiudizialità, nel senso che l'accertamento dell'esistenza del rapporto è l'antecedente logico della pronuncia sull'effetto dedotto; non anche dal punto di vista tecnico, poiché tale questione non rappresenta un mero passaggio nell'*iter* argomentativo del giudice, ma costituisce essa stessa l'oggetto della sentenza. La deduzione in giudizio di un singolo debito o credito coinvolge, quale oggetto del giudicato, anche l'accertamento della esistenza e validità del rapporto giuridico, dal quale il debito o il credito traggono origine» (S. MENCHINI, *op. cit.*, 107).

<sup>29</sup> Vari gli argomenti posti a base di questa seconda opzione. Argomenti per la cui più distesa trattazione si rinvia a S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 98. L'A. richiama gli artt. 12 e 13 c.p.c. dimostrando come si tratta di norme che – contrariamente a quanto si possa ritenere – confermano la tesi dell'antecedente logico necessario.

sottoporre contestualmente a decisione l'intero rapporto" <sup>30</sup>. Vi è poi un motivo di "utilità", dal momento che siffatta figura aggregatrice non avrebbe valore se «nel processo, nel momento della tutela giurisdizionale, ciascun effetto fosse abbandonato al proprio destino, avesse una sorte del tutto indipendente rispetto a quella degli altri effetti» <sup>31</sup>.

A sostegno dell'opposta soluzione, si adducono argomenti (uguali e contrari), che attraversano orizzontalmente i complessi temi di oggetto del giudizio, oggetto della decisione e rapporti di pregiudizialità-dipendenza. In estrema sintesi – e con la consapevolezza, in questa sede, dell'approssimazione – si osserva, in primo luogo che la riconducibilità del rapporto giuridico complesso entro l'art. 34 c.p.c. trova fondamento nel fatto che anche esso può costituire oggetto di un autonomo giudizio, dovendosi perciò ricondurre entro la nozione di "questione pregiudiziale" individuata dalla norma <sup>32</sup>.

Si considerino poi le osservazioni critiche che C. Consolo <sup>33</sup> muove a S. Menchini. Intercorrendo anche la pregiudizialità logica tra distinti oggetti del giudizio, finisce per essere "questione di interpretazione dell'art. 34 c.p.c." <sup>34</sup> quella di individuare l'estensione del giudicato al rapporto giuridico fondamentale. L'applicazione della disposizione nella pregiudizialità logica discende dunque dal fatto che anche in essa è dato individuare «una forma di pregiudizialità processuale che intercorre tra distinti oggetti di accertabilità giudiziale» <sup>35</sup>, la quale, dal punto di vista giuridico-processuale, «non si palesa affatto come una pseudo-pregiudizialità, come una forma di preliminarità solo istruttoria o intellettuale» <sup>36</sup>. Oltre al fatto che qualunque accertamento che non abbia alle spalle la domanda di parte (pur quando si

---

<sup>30</sup> Ancora, S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 109.

<sup>31</sup> S. MENCHINI, *op. cit.*, 110.

<sup>32</sup> A. ATTARDI, *In tema di limiti*, cit., 490.

<sup>33</sup> C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 233.

<sup>34</sup> Una interpretazione da compiere "anche alla luce della tradizione, sicuramente restrittiva e segnata dalla pur tacita ricezione del modello tedesco" (C. CONSOLO, *Oggetto*, cit., 233). Dal che si stempera il senso della affermazione di S. Menchini per cui l'art. 34 c.p.c. sarebbe una "norma in bianco" (Id, *op. cit.*, 233, nt. 30). Non condivide la qualificazione dell'art. 34 c.p.c. come "norma in bianco" anche Attardi, *In tema di limiti*, cit. 489.

<sup>35</sup> C. CONSOLO, *Oggetto*, cit., 233.

<sup>36</sup> C. CONSOLO, *op. loco cit.*, con ulteriori approfondimenti argomentativi in relazione alla lettura degli artt. 12 e 13 c.p.c. In critica a questa ricostruzione E. VULLO, *La domanda riconvenzionale*, cit., 178.

tratti di un accertamento incidentale *ex lege*) rischia di violare il principio dispositivo e la garanzia costituzionale dell'art. 24 Cost.<sup>37</sup>.

In altre parole, venuta meno – pur nella peculiarità dei due istituti – la distinzione tra pregiudizialità logica e tecnica sotto il profilo dei limiti oggettivi della cosa giudicata, viene meno anche la possibilità di differenziarne la disciplina processuale; sicché, stando a questa opzione, finisce per rendersi difficile autonomizzare la sola pregiudizialità logica dal campo applicativo dell'art. 34 c.p.c., il quale a questo punto riconquista il suo carattere di norma generale ed onnicomprensiva.

Sulla condivisibilità o meno di tale opzione è bene tornare all'esito di un più approfondito esame della giurisprudenza. Va premesso, tuttavia, che gli argomenti posti a fondamento della più ampia estensione del giudicato intorno al rapporto giuridico fondamentale (oltre i confini dell'art. 34 c.p.c.), pur mostrando logiche giustificazioni (in punto di utilità), espongono al rischio – evidente nelle recenti prassi applicative – di segnare sfuggenti confini alla cosa giudicata. Un rischio ormai noto ogni qualvolta il giudicato è costruito, non in ragione di espliciti e consapevoli comportamenti delle parti, bensì per implicite ricostruzioni intorno ad una sentenza che opera per sottintesi. Fermi restando i buoni propositi che sorreggono la teoria dell'antecedente logico necessario (in ragione dei vantaggi assicurati dalla stabilità della cosa giudicata), il timore è lo spettro del giudicato implicito<sup>38</sup>.

### **3. - La distinzione tra pregiudizialità logica e tecnica nella giurisprudenza.**

Tradizionalmente, a sostegno del principio dell'antecedente logico necessario<sup>39</sup>, si invocano taluni orientamenti giurisprudenziali in cui l'estensione del giudicato al rapporto giuridico fondamentale (a prescindere da

---

<sup>37</sup> Così ancora C. CONSOLO, *Oggetto*, cit., 335, richiamando L. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 306.

<sup>38</sup> *Infra* § 7.

<sup>39</sup> S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 123 ss.

domanda di parte o previsione di legge) si fonda sul principio altrettanto noto del dedotto e del deducibile <sup>40</sup>.

A qualche lustro di distanza, siffatti orientamenti vanno confermati, non solo per una linea giurisprudenziale nel tempo venuta imponendosi, ma anche in ragione di recenti *grand arrêt* delle Sezioni Unite <sup>41</sup> i quali – seppure con l’incertezza dell’interpretabile – sembrerebbero condurre verso analoghe conclusioni. Varrà dunque la pena di indagare le pronunce che più delle altre hanno segnato una linea direttrice intorno al tema.

L’esigenza di distinguere dalla “pregiudizialità tecnica” (testualmente invocata nell’art. 34 c.p.c.) la “pregiudizialità logica” (intorno a cui occorre interrogarsi) è dato certo nella giurisprudenza. Se la prima «ricorre allorché un diritto si configura come componente costitutiva di un diritto diverso, di modo che il nesso tra le due situazioni attive suppone una dipendenza giuridica di tipo normativo» <sup>42</sup>, l’altra si giustappone ad essa e si orienta verso «un’interpretazione sistematico-teleologica più articolata, che, a livello giurisprudenziale, si è tendenzialmente discostata dall’intento primigenio perseguito dalla dottrina processualcivilistica cui si deve la previsione dell’art. 34 c.p.c.» <sup>43</sup> e che pone il vincolo di pregiudizialità intorno alla presenza (nell’accertamento giudiziale) di un rapporto giuridico obbligatorio <sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Cass. 30 marzo 1984, n. 2101; Cass. 2 dicembre 1983, n. 7228; Cass. 16 febbraio 1981, n. 1438; e poi anche, Cass. 22 novembre 1984, n. 6018; Cass. 20 agosto 1983, n. 5432; Cass. 18 aprile 1983, n. 2651. Tali riferimenti giurisprudenziali in S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 124.

<sup>41</sup> Il riferimento è alle note sentenze gemelle in tema di rilievo dell’eccezione di nullità del contratto nelle azioni di impugnativa negoziale: Cass. sez. un. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Giur. it.*, 2015, 70, con nota di I. PAGNI; *Foro it.*, 2015, I, 862, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, F. DI CIOMMO, S. PAGLIANTINI, S. MENCHINI, A. PROTO PISANI e con osservazioni di M. ADORNO; *Corr. giur.*, 2015, 88, con nota di V. CARBONE; *Contratti*, 2015, 113, con nota di S. PAGLIANTINI; *Nuova giur. civ.*, 2015, 10299, con nota di N. RIZZO, su cui si avrà modo di soffermarsi – per quanto qui di interesse – nelle pagine a seguire.

<sup>42</sup> Cass. 11 maggio 2012, n. 7405.

<sup>43</sup> Cass. 11 maggio 2012, n. 7405, cit.

<sup>44</sup> Va chiarito che – per segnare il *distinguo* tra pregiudizialità logica e tecnica – di frequente ricorre la seguente massima: «In tema di questioni pregiudiziali, occorre distinguere quelle che sono tali soltanto in senso logico, in quanto investono circostanze che rientrano nel fatto costitutivo del diritto dedotto in causa e devono essere necessariamente decise *incidenter tantum*, e questioni pregiudiziali in senso tecnico, che concernono circostanze distinte ed indipendenti dal detto fatto costitutivo, del quale, tuttavia, rappresentano un presupposto giuridico, e che possono dar luogo ad un giudizio autonomo, con la conseguenza che la formazione della cosa giudicata sulla pregiudiziale in senso tecnico può aversi, unitamente a quella sul diritto dedotto in lite, solo in presenza di espressa domanda di parte di soluzione

Verso o contro l'estensione dell'art. 34 c.p.c. alla pregiudizialità logica si muovono pulsioni diverse e talvolta contrastanti: da un lato, il dato formale della norma che esclude il giudicato sulla pregiudiziale (salvo che non vi siano domanda di parte o previsione di legge), dall'altro, il dato sostanziale (o giuridico-primitivo) che muove verso l'esigenza di coesione logica del sistema processuale, esigenza meglio soddisfatta quanto più la cosa giudicata si apre alle questioni (o rapporti) presupposti. Da qui – in direzione opposta – l'opportunità di sottrarre spazio all'ambito applicativo dell'art. 34 c.p.c. in favore di scelte che estendano la cosa giudicata (sul rapporto giuridico fondamentale) in via automatica (implicita).

Tra le due opzioni, la giurisprudenza sembra aderire a quest'ultima. Osserva infatti come «nell'ipotesi di questione pregiudiziale in senso logico, l'efficacia del giudicato copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico della pronuncia medesima, mentre con riguardo alla questione pregiudiziale in senso tecnico disciplinata dall'art. 34 c.p.c. ed indicante una situazione che pur rappresentando un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio è tuttavia distinta ed indipendente dal fatto costitutivo sul quale tale fatto si fonda, detta situazione è oggetto solo di accertamento incidentale (inidoneo a passare in giudicato), tranne che una decisione con efficacia di giudicato sia richiesta per legge o per apposita domanda di una delle parti»<sup>45</sup>.

---

della questione stessa» (Cass. 12 luglio 2005, n. 14578, cit.; conf. Cass. 6 marzo 2001, n. 3248, in *Nuova giur. civ. comm.* 2002, I, 540, con nota di B. ZAMBONI; Cass. 2 agosto 2000, n. 10130, cit.). A ben vedere, siffatta definizione di *pregiudizialità logica* (individuata nelle «circostanze che rientrano nel fatto costitutivo del diritto e devono necessariamente essere decise *incidenter tantum*») non sembra rendere giustizia del sentire comune che la ricostruisce intorno al cd. rapporto giuridico fondamentale, nei termini visti (*retro* § precedente): essa, non solo offre una costruzione vaga di quali siano i caratteri delle questioni ivi dedotte, ma ipotizza anche una decisione (sempre) *incidenter tantum*, senza ammettere l'estensione ad essa della cosa giudicata. In realtà, il *discrimen* tra pregiudizialità logica e tecnica così descritto evoca un fenomeno diverso, collocando entro la pregiudizialità logica le questioni che, in quanto inidonee a costituire oggetto di un autonomo giudizio, non potrebbero mai essere decise con efficacia di giudicato (né su richiesta di parte, né in applicazione del principio dell'antecedente logico necessario): punta in altri termini ad individuare questioni di mero fatto incapaci di integrare diritti suscettibili di accertamento con efficacia di giudicato.

<sup>45</sup> Cass. 11 maggio 2012, n. 7405, cit.; Cass. 29 aprile 2009, n. 10027; Cass. 7 novembre 2005, n. 21490; Cass. 16 novembre 2004, n. 21703; Cass. 21 giugno 2000, n. 8447; Cass. 19 gennaio 1999, n. 462; Cass. 7 marzo 1995, n. 2645; Cass. 9 giugno 1995, n. 6532.

Ne deriva il collegamento – ritenuto necessario – con la nozione di giudicato implicito, destinato a prodursi ogni qualvolta la cosa giudicata si estende al rapporto fondamentale per il solo fatto (ed in quanto) esso sia costruito quale antecedente logico necessario del ragionamento giudiziale volto alla decisione sul diritto pregiudicato <sup>46</sup>. In diversi termini, con l'assunto secondo cui «il giudicato copre anche l'indispensabile presupposto logico-giuridico della pronuncia, altro non si vuol dire se non che è la logica interna al rapporto giuridico a qualificare come necessario il giudicato sui vari effetti che ne possono derivare, affrancandolo dall'esplicita richiesta della parte o dalla volontà di legge, sol che si consideri che la funzione del rapporto è, appunto, quella di tenere insieme conseguenze le quali, altrimenti, vivrebbero di vita autonoma nel mondo del diritto contraddicendosi e privandosi reciprocamente di giustificazione. Si tratta di un'implicazione (appunto logico-giuridica, o meglio) di logica giuridica (espressa dall'operatore logico "se allora è"), che come tale per la sua intrinseca razionalità precede la stessa scelta legislativa di cui all'art. 34 c.p.c. limitandone ontologicamente l'ambito di applicazione» <sup>47</sup>. Con l'ulteriore conseguenza di ritenere: «(1) che la cosa giudicata si forma in maniera implicita su tutti gli aspetti del rapporto la cui valutazione sia necessaria al fine di pervenire alla decisione di merito; e (2) che, diversamente, il giudicato implicito non può prodursi oltre e a dispetto dell'oggettiva sua necessità affinché la decisione produca, e conservi intatti, i

---

<sup>46</sup> Chiarisce però Cass. 11 maggio 2012, n. 7405, cit., che «un ulteriore avvicinamento ad un più esatto discrimine tra pregiudizialità in senso logico e in senso tecnico-giuridico si coglie sia nelle sentenze che escludono il giudicato implicito relativamente alle questioni non espressamente decise che siano dotate di propria autonomia e individualità, per essere diversi i presupposti di fatto e di diritto rispetto alla questione decisa in maniera esplicita (v. Cass. 20 luglio 2004, n. 13452; Cass. 5 maggio 2004, n. 8515; Cass. 22 luglio 2003, n. 11412; Cass. 15 luglio 2002, n. 10252; Cass. 2 aprile 2002, n. 4628; Cass. 10 settembre 1999, n. 9619; Cass. 7 maggio 1984, n. 2761; Cass. 24 aprile 1981, n. 2459); sia nelle decisioni che sottolineano come l'art. 34 c.p.c. si riferisca al punto antecedente che assume rilievo autonomo, in quanto destinato a proiettare le sue conseguenze giuridiche, oltre che sul rapporto controverso, su altri rapporti, al di fuori della causa, con la formazione, appunto, della cosa giudicata, a tutela di un interesse che trascende quello inerente alla soluzione della controversia nel cui ambito la questione è stata sollevata (v. Cass. 2 agosto 2007, n. 16995; Cass. 12 luglio 2005, n. 14578; Cass. 26 maggio 1995, n. 11083; Cass. 6 marzo 2001, n. 3248; Cass. 1 aprile 1995, n. 3839; Cass. 29 aprile 1993, n. 5086, Cass. 1 aprile 1995, n. 3839)».

<sup>47</sup> Cass. 11 maggio 2012, n. 7405, cit. È evidente la corrispondenza tra questa impostazione e l'opzione dottrinale elaborata *funditus* da S. MENCHINI, su cui *retro*, § precedente.

propri effetti nel rapporto sostanziale che il processo restituisce, depurato dei suoi profili controversi, alle parti»<sup>48</sup>.

Una volta sottratto dall'ambito di applicazione dell'art. 34 c.p.c. il vincolo di pregiudizialità logica – la cui genesi strutturale è, come si è visto, profondamente diversa da quella tecnica – va da sé che sulla prima non operi il regime della sospensione necessaria dell'art. 295 c.p.c., pensato esclusivamente in ipotesi di pregiudizialità in senso tecnico giuridico e perciò insuscettibile di letture estensive nel caso considerato<sup>49</sup>.

#### 4. - Le sentenze gemelle sul rilievo officioso dell'eccezione di nullità del contratto (in rapporto all'art. 34 c.p.c.).

Alla disciplina della pregiudizialità – quanto alla distinzione tra “logica” e “tecnica” – offre un importante contributo il recente (e ben noto al comune sentire) intervento delle Sezioni Unite (su altri orizzonti proiettato) con le sentenze gemelle nn. 26242 e 26243 del 2014<sup>50</sup>, in tema di rilievo officioso di nullità del contratto e regime delle invalidità negoziali. Si tratta di

---

<sup>48</sup> Ancora Cass. 11 maggio 2012, n. 7405, cit.

<sup>49</sup> In questo senso, Cass. 21 dicembre 2011, n. 27932. Conf., S. MENCHINI, voce *Sospensione (nel processo civile di cognizione)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, XLIII, 1 ss., spec. 14; contra S. RECCHIONI, *Pregiudizialità*, cit., 426.

<sup>50</sup> Cass. 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 24243, cit. In commento alle pronunce C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, 225 ss.; S. MENCHINI, *Le Sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Foro it.*, 2015, I, 931; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, *ivi*, 2015, I, 944; G. VERDE, *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 747; I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, 71; M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, *ivi*, 2015, 1386; D. DALFINO, *Nullità del contratto e accertamento di fattispecie preliminari*, in A. BRIGUGLIO-R. MARTINO-A. PANZAROLA-B. SASSANI (a cura di), *Studi in onore di Nicola Picardi*, 2016, in corso di pubblicazione; C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite e il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 197 ss.; F. RUSSO, *Contributo allo studio dell'eccezione nel processo civile. Concetti e principi generali. Singole fattispecie*, Roma, 2016, 278; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, in *Foro it.*, 2015, I, 916; S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, *ivi*, 2015, II, 185; Id., *Rilevabilità officiosa e risolvibilità degli effetti: La doppia motivazione della Cassazione... a mò di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, 113; AA.VV., in *Studi senesi, suppl.*, 2014, CXXVI (III serie, LXIII); Id., *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: “quid iuris”?*, in *Foro it.*, 2015, I, 928; V. CARBONE, *“Porte aperte” delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, 88; F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, 2015, I, 922. Si anticipa sin da ora che qualsiasi riferimento a singoli passaggi della motivazione sarà

sentenze alluvionali che – a componimento del contrasto (ed a soluzione della questione di particolare importanza) intorno all’obbligo di rilevazione officiosa della nullità negoziale, in pendenza di azione di annullabilità, risoluzione, rescissione, adempimento, mutuo dissenso ecc. – offrono una distesa motivazione (non pochi gli *obiter dicta*) con profili di interesse di diritto, tanto sostanziale, quanto processuale, affrontando temi centrali nel discorso che ci occupa.

Che piaccia o meno, è bene imparare a relazionarsi con interventi della Corte di legittimità che oltrepassano la soluzione del caso concreto e che – in ragione della nomofilachia, a metà strada tra dottrina e giurisprudenza – riscrivono istituti interi. Certo è che, guardando alle sentenze gemelle, la migliore dottrina non ha potuto che apprezzarne lo sforzo ricostruttivo e sistematico, quale che sia l’opinione conclusiva intorno alle soluzioni singolarmente considerate <sup>51</sup>.

Per quanto qui interessa, occorre riflettere sul modo con cui l’arresto giurisprudenziale approccia al problema dell’oggetto del giudicato, nell’alternanza tra pregiudizialità tecnica e logica. In estrema sintesi, questi i risultati raggiunti intorno alla questione di diritto dedotta *principaliter*. Problema posto all’attenzione delle Sezioni Unite <sup>52</sup> – e lasciato aperto da un precedente intervento delle stesse Sezioni Unite <sup>53</sup> (a cui esse si adeguano, non senza evidenziarne contraddizioni e criticità <sup>54</sup>) relativo al

---

fatto in relazione alla n. 26242/2014, con la precisazione tuttavia che le decisioni nella loro parte motiva in relazione alla *quaestio iuris*, presentano una quasi totale coincidenza.

<sup>51</sup> C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia del contratto*, cit., 225; I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative*, cit., 71; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità*, cit., 944; S. MENGhini, *Le Sezioni unite*, cit., 931; C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi*, cit., 197-198; S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine*, cit., 186; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Nullità negoziale*, cit., 918; F. DI GIOMMO, *La rilevabilità*, cit., 922.

<sup>52</sup> La rimessione alle Sezioni Unite ha origine da due ordinanze interlocutorie della Seconda Sezione: Cass. 27 novembre 2012, n. 21083, in *Foro it.*, 2013, I, 1238, con nota di A. PALMIERI; *Nuova giur. civ.*, 2012, con nota di C. SCOGNAMIGLIO; *Corr. giur.*, 2013, 174, con nota di S. PAGLIANTINI e postilla di C. CONSOLO; *Giur. it.*, 2013, 1041, con nota di M. RIZZUTI; Cass. 3 luglio 2013, 16630.

<sup>53</sup> Cass. sez. un. 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giur. it.*, 2013, 907, con nota di D’ALESSANDRO; *ivi*, 2013, 299, con nota di M. RIZZUTI; *Contratti*, 2012, 869 ss., con nota di S. PAGLIANTINI; in *Foro it.*, 2013, I, 1238, con nota di A. PALMIERI; *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 28, con nota di C. SCOGNAMIGLIO.

<sup>54</sup> Il profilo critico che le Sezioni Unite del 2014 muovono a quelle del 2012 è nella contraddizione, evincibile nelle conclusioni dalle stesse raggiunte, nel senso che, da un lato, esse riconoscono che l’accoglimento della domanda di risoluzione non può muoversi disgiuntamente dal rilievo officioso dell’eccezione di nullità del contratto («alla luce del ruolo che



dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto in occasione dell'azione di risoluzione<sup>55</sup> – è quello del dovere di rilievo officioso della nullità per tutte le azioni di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione, mutuo dissenso, scioglimento *ex art. 72 l. fall.*). La conclusione cui pervengono è nel senso di riconoscere tale dovere in tutti i casi considerati, dal momento che, sia che sia chiesto l'adempimento, sia che sia dedotto un negozio ad efficacia eliminabile, ovvero valido ed inizialmente efficace «ma vulnerat[o] nella dimensione funzionale del sinallagma»<sup>56</sup>, in ogni caso, presupposto necessario è un contratto esistente ed idoneo a produrre effetti (eventualmente eliminabili con efficacia retroattiva), il che non si verifica qualora il contratto controverso sia radicalmente invalido in quanto nullo. Articolato è il percorso argomentativo – sotto il profilo sostanziale e processuale – che ruota intorno a tali conclusioni, circa modalità ed ampiezza del potere giudiziale, nonché gli effetti della relativa decisione<sup>57</sup>.

Le Sezioni Unite distinguono tra “rilevazione/indicazione” della nullità – sempre dovuta per il giudice, evincibile in motivazione – e “dichiarazione/accertamento” – contenuta nel dispositivo, nonché subordinata all'espressa domanda di parte. In estrema sintesi (il quadro si complica però

---

l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido»), ma con la precisazione che la cognizione sulla nullità va compiuta *incidenter tantum* senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, e, dall'altro, riconosce che l'accoglimento della domanda di risoluzione senza alcuna pronuncia esplicita di non-nullità del contratto medesimo implica la formazione del giudicato implicito sulla non-nullità. Per più distese osservazioni su questi profili, C. CONSOLO, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, in *Corr. giur.*, 2013, 184 ss.

<sup>55</sup> In quella circostanza, le Sezioni Unite riconoscevano il dovere del giudice di rilevare la nullità del contratto in pendenza di un giudizio volto all'adempimento del medesimo (essendo l'azione di adempimento incompatibile con il vizio genetico che colpisce il contratto nullo), mentre tacevano sulla corrispondente questione in occasione di azioni volte anch'esse a denunciare invalidità contrattuali (annullamento, risoluzione, rescissione), pure in ragione dei limiti segnati dal caso concreto, lasciando però aperta la strada (ed auspicando) un futuro intervento ordinante e di sistema; intervento assicurato proprio con le sentenze gemelle in esame.

<sup>56</sup> Così le Sezioni Unite, come nel caso di rescissione, risoluzione, risolubilità *ex art. 72 l. fall.*, scioglimento per mutuo dissenso.

<sup>57</sup> Tante altre sono le questioni di interesse che ruotano intorno alle due decisioni: quella ad esempio del rilievo della nullità parziale, della deducibilità d'ufficio dell'eccezione di nullità per ragioni diverse da quelle fatte valere dalle parti, delle nullità di protezione, della rilevanza d'ufficio della conversione del contratto nullo ed altre ancora.

a seconda del contenuto della decisione<sup>58</sup>), la nullità *deve* sempre essere oggetto di rilevazione/indicazione da parte del giudice e deve risultare in motivazione, ma la dichiarazione non produce gli effetti pieni del giudicato (una qualche preclusione però sì<sup>59</sup>); essa *può* invece essere oggetto di dichiarazione/accertamento (con dichiarazione in dispositivo) in presenza di domanda di parte *ex art. 34 c.p.c.* (il che conduce senz'altro alla cosa giudicata)<sup>60</sup>. Ove non vi sia stata rilevazione/dichiarazione della nullità, la sentenza è comunque idonea a formare il giudicato implicito sulla validità del contratto, ma con adeguate *distinctiones*<sup>61</sup>.

Il problema che qui preme esaminare – in ragione dello stretto legame con quello del rapporto tra i due modelli di pregiudizialità – ruota intorno all'efficacia-stabilità della statuizione di nullità (non-nullità) del contratto nelle ipotesi considerate<sup>62</sup>. Va premesso che la Corte – forse consapevolmente<sup>63</sup> – non affronta *funditus* il problema dei confini applicativi dell'art.

---

<sup>58</sup> Per un maggiore approfondimento, si rinvia – oltre che al più compiuto esame della motivazione delle sentenze – alle chiare osservazioni di C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia*, cit., 227; S. MENCHINI, *Le Sezioni unite*, cit., 931 ss.; M. BOVE, *Rilievo d'ufficio*, cit., 1386 ss.; C. PAGNI, *Il "sistema"*, cit. 74.

<sup>59</sup> *Amplius infra* § successivo.

<sup>60</sup> Il venir meno dell'obbligo in quest'ultimo caso è dovuto, non solo al valore che si attribuisce alla domanda di parte ai sensi dell'art. 99 c.p.c. e 2907 c.c., ma anche a meccanismi processuali quali il principio della ragione più liquida.

<sup>61</sup> Che non è questa la sede per esaminare compiutamente e per le quali si rimanda alla motivazione della sentenza ed ai commenti che diffusamente si sono soffermati su di essa.

<sup>62</sup> Questione tra l'altro su cui le Sezioni Unite si soffermano distesamente, ma senza una chiara presa di posizione intorno alla efficacia della sentenza nel caso in cui la nullità sia stata oggetto di rilevazione/indicazione in motivazione, ma non dichiarazione/accertamento in dispositivo. Tanto che sul punto vi è chi legge la pronuncia nel senso di riconoscervi una sorta di preclusione extraprocessuale inidonea alla formazione del giudicato (C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia*, cit., 230), e chi assimila il fenomeno al giudicato pieno escludendo soltanto la trascrivibilità della sentenza che abbia rilevato anche d'ufficio la nullità, ma non l'abbia dichiarata in dispositivo (C. PAGNI, *Il "sistema"*, cit. 76). In quest'ultimo senso – quanto alla idoneità al giudicato – anche S. MENCHINI, *Le Sezioni unite*, cit., 940, rilevando come la sentenza di merito che definisce il giudizio di impugnazione di regola accerta con autorità di giudicato anche della nullità/validità del contratto (con esclusione dei soli casi in cui, in applicazione del principio della ragione più liquida, la decisione si fonda sulla risoluzione di una questione assorbente); resta la differenza in ordine alla trascrivibilità della domanda, la quale però consegue non tanto alla diversa estensione della cosa giudicata, quanto agli effetti che produce la domanda di parte (vd. *amplius infra* § successivo).

<sup>63</sup> Così C. PAGNI, *Il "sistema"*, cit., 76. In senso contrario, C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia*, cit., 230, traendo conferma dalla decisione circa la necessità di ricondurre entro l'art. 34 c.p.c. anche le ipotesi di pregiudizialità logica. Sul tema *amplius infra* nel testo. Anche S. MENCHINI, *Le Sezioni unite*, cit., 938 legge una maggiore chiarezza nella decisione delle Sezioni Unite, seppure con qualche asperità. Vi individua invece più di una contraddizione, M. BOVE, *Rilievo*

34 c.p.c., né quello del noto *distinguo* tra pregiudizialità logica e tecnica, pur offrendo interessanti spunti su cui vale perciò la pena riflettere.

Lungi dal rinnegarlo, le Sezioni Unite, da un lato, riconoscono vitalità al giudicato implicito, dall'altro – in suo temperamento – rivedono criticamente il principio dell'ordine logico delle questioni<sup>64</sup>. Occorre distinguere tra ordine della trattazione e ordine della decisione: il primo, senz'altro più vincolante del secondo; il secondo, moderato dall'esigenza di dare voce al criterio della ragione più liquida (ispirato ai principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, e perciò da preservare<sup>65</sup>), in ragione del quale può accadere che la nullità non sia dichiarata nel provvedimento decisorio finale prevalendo su di essa una "ragione più liquida di rigetto della domanda". Di qui la possibile diversità tra oggetto del processo ed oggetto del giudicato (a sua volta ulteriormente distinguibile dall'oggetto della domanda); di qui ancora la possibilità che sulla non nullità (validità) del contratto non si formi giudicato implicito ogni qualvolta la decisione sia priva di statuizioni implicanti (da cui implicitamente desumere) l'affermazione di validità del contratto<sup>66</sup>.

Veniamo, dunque, alla questione circa «l'idoneità della pronuncia resa in seguito ad un'azione di impugnativa negoziale a divenire cosa giudicata»: si tratta di comprendere se la decisione in ordine alla azione di adempimento (o risoluzione, rescissione, annullamento) produca effetti di giudicato anche sulla non-nullità del contratto<sup>67</sup>.

---

*d'ufficio*, cit., §§ 3 e 4, in ordine al rapporto tra oggetto del giudizio e giudicato. Perplesso su questi passaggi della motivazione G. VERDE, *Sulla rilevabilità*, cit. 748.

<sup>64</sup> Osservano come «l'argomento logico per il quale se il giudice si è pronunciato su un determinato punto ha evidentemente risolto in senso non ostativo tutti quelli il cui esame doveva ritenersi preliminare a quello esplicitamente deciso, pur apparendo persuasivo, va opportunamente temperato. Non sempre il rispetto dell'ordine logico nella trattazione delle questioni esprime una scelta di efficienza e di coerenza processuale» (punto 5.4. della motivazione). Da ultimo sul tema, in relazione all'ordine tra competenza e merito, Cass., sez. un., 29 gennaio 2016, n. 29 e n. 30.

<sup>65</sup> Le Sezioni Unite impostano il discorso sull'esigenza di assicurare il giusto equilibrio tra principi ordinamentali parimenti fondamentali (sul tema si tornerà *infra* § successivo).

<sup>66</sup> « Dunque, il giudicato implicito sulla non nullità del contratto andrebbe a formarsi con riferimento a quelle sole decisioni *contenenti* statuizioni che *implichino* (e dunque non affermino esplicitamente) la ritenuta validità del contratto» (punto 5.6. della motivazione).

<sup>67</sup> Il richiamo alla "non-nullità" del contratto piuttosto che alla "validità" è caro a C. CONSOLO-F. GODIO, *op. loco cit.*, in quanto meglio rappresentativo del fatto che – nella logica delle Sezioni Unite – l'accertamento giudiziale sulla validità non è (può non essere) pieno, bensì desumersi – per implicito – dall'accoglimento della domanda principale.

Stando al tradizionale modo di intendere l'art. 34 c.p.c. (e con esso il *discrimen* tra pregiudizialità tecnica e logica), la soluzione al problema avrebbe dovuto probabilmente passare per una più chiara e diretta applicazione di principi da tempo noti<sup>68</sup>.

Due le possibili opzioni:

a) ritenere che la cognizione sulla non-nullità del contratto avvenga (una volta rilevata) *incidenter tantum*, salvo che non vi sia una “esplicita domanda” volta all'accertamento con efficacia di giudicato (applicazione stretta dell'art. 34 c.p.c., anche in ipotesi di pregiudizialità logica);

b) ritenere che l'accertamento sulla validità (non-nullità) del contratto avvenga con efficacia di giudicato (a prescindere dalla domanda di parte) sol che essa costituisca un antecedente logico necessario che il giudice abbia esaminato per decidere della domanda principale di adempimento, risoluzione, rescissione ecc. (invocazione del principio dell'antecedente logico necessario).

Soluzioni, entrambe, che la Corte individua rinviando a due precedenti di legittimità i quali, proprio in tema di rilievo ufficioso della nullità del contratto ed efficacia della relativa decisione, avevano condiviso – in contraddizione tra loro – rispettivamente l'una e l'altra opzione<sup>69</sup>.

Pur mostrando una formale propensione verso la seconda<sup>70</sup> soluzione<sup>71</sup>, nella trama della motivazione si nasconde (dopotutto non tanto implicita-

---

<sup>68</sup> Osserva correttamente C. PAGNI, *Il “sistema”*, cit., 76, come vi sia nella sentenza una certa ritrosia ad invocare le teorie tradizionali, privilegiando quelle di matrice tedesca (su cui *amplius* nel testo) per non “rischiare, riprendendo la dottrina sulla pregiudizialità dipendenza (dalla quale, poi, alla fine, a ben vedere, non si discosta realmente), il riaccendersi di nuove polemiche sull'applicabilità o meno dell'art. 34 c.p.c. anche in presenza di ipotesi di pregiudizialità cd. logica, anziché di pregiudizialità tecnica”. Lo nota anche S. MENCHINI, *Le Sezioni unite*, cit., 941, rilevando tuttavia come, pur rifiutando il ricorso a categorie in uso quali quelle di pregiudizialità logica o di antecedente logico necessario, la sentenza si colloca nel solco di esse laddove propugna una nozione di oggetto del processo e del giudicato allargata, «in grado di ricondurre nell'orbita della regiudicata il rapporto sostanziale nella sua complessità, non frazionabile o disarticolabile in una pluralità di segmenti autonomi con la domanda dell'attore».

<sup>69</sup> A favore della prima, cita Cass. 16 maggio 2006, n. 11356, in *Il civilista*, 2007, 81, con nota di FLORIO, che ritiene necessaria la domanda di parte sull'accertamento di validità del contratto allo scopo di evitare una eccessiva dilatazione dell'oggetto del giudicato, limitando la portata del “deducibile”. Condivide invece la seconda impostazione Cass. 22 marzo 2005, n. 6170 che, applicando direttamente la teoria dell'antecedente logico necessario, riconosce come l'accertamento sulla validità del contratto sia idoneo alla formazione della cosa giudicata, con efficacia non solo sulla pronuncia finale, ma anche sull'esistenza del rapporto giuridico su cui la pretesa si fonda.

<sup>70</sup> Così anche C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia*, cit., 231.

mente) l'esigenza di fuggire dal vincolo formale della domanda di parte e si finisce così per optare per la "soluzione della terza via", prospettando una alternativa che però (alla prova dei fatti) non si discosta di molto dalla dottrina dell'antecedente logico necessario<sup>72</sup>. Le Sezioni Unite affermano che "l'accertamento vincola in altri processi se le parti lo hanno voluto, nel rispetto del principio dispositivo, ovvero se, nel nuovo processo, si discute di un effetto giuridico non solo dipendente, ma inscindibilmente legato per ragioni di funzionalità sostanziale con l'effetto su cui si è già deciso. Solo questi "nessi di senso giuridico inscindibile" – ad esempio, il valore biunivoco del sinallagma – esigono, non tanto un accertamento incidentale *ex lege*, quanto piuttosto un *vincolo selettivo* al motivo portante della prima decisione (soluzione che riecheggia da presso la teoria zeuneriana del *vincolo al motivo portante*, di cui autorevole dottrina si è fatta sostenitrice in Italia)" (punto 5.8. della motivazione).

È dunque dichiarata la volontà di fuggire dal dibattito nostrano sulla pregiudizialità-dipendenza riesumando la teoria del vincolo al motivo portante di origine tedesca ed ascrivibile a A. Zeuner<sup>73</sup> (seppure offren-

---

<sup>71</sup> Si legge, con riferimento agli argomenti già utilizzati da Cass. 22 marzo 2005, n. 6170, cit., che "la seconda pronuncia della Corte appare condivisibilmente rivolta alla ricerca di soluzioni non meccanicistiche, e per quanto possibile equilibrate".

<sup>72</sup> Così C. PAGNI, *Il "sistema"*, cit., 76; S. MENCHINI, *Le Sezioni unite*, cit., 939. Individua in proposito M. BOVE, *Rilievo d'ufficio*, § 3 una contraddizione nella motivazione intorno al modo di trattare la questione di nullità del contratto (e la sua alternativa tra l'essere conosciuta o decisa). Pur superando il precedente limite insito nella pronuncia delle Sezioni unite del 2012 (n. 14828) – nel senso che la questione di nullità veniva trattata, ora come pregiudiziale in senso tecnico, laddove condizionava la formazione del giudicato alla domanda di parte *ex art. 34 c.p.c.*, ora come pregiudiziale in senso logico nel momento in cui ammetteva su di essa il formarsi del giudicato implicito – in sostanza, il più recente intervento delle stesse Sezioni Unite cade nella medesima contraddizione nel momento in cui ritiene che la questione di nullità finisca per valere quale antecedente logico necessario della decisione sull'impugnativa negoziale.

<sup>73</sup> A. ZEUNER, *Die objectiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959, 42 ss. In base a tale teoria – ed in estrema sintesi – la stabilizzazione dell'accertamento giudiziale si produce su tutti gli effetti giuridici collegati tra loro da un nesso teleologico (*teleologischer Sinnzusammenhänge*), nel senso che il giudicato è destinato a prodursi non solo sulla questione dedotta in giudizio, ma anche su tutte le pretese legate da un unico vincolo al motivo portante (da relazioni di interdipendenza); il che ha il pregio di evitare che su tali pretese si possano creare nel futuro decisioni tra loro contrastanti. L'invocazione della teoria zeuneriana allo scopo di meglio intendere senso e portata dei limiti oggettivi del giudicato nel nostro ordinamento è approccio tutt'altro che nuovo, seppure nel tempo invocato in maniera contrastante (vd., in posizioni opposte, MENCHINI, *I limiti*, cit., 123 ss.; CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 226 ss.). Criticamente E. VULLO, *La domanda riconvenzionale*, cit., 178, osservando come l'adesione a tale teorica rischia di creare disorientamenti

done una lettura “assai più semplificata e *flat*”<sup>74</sup>); teoria secondo la quale – applicata al caso che ci interessa – il giudicato sulla non-nullità del negozio si forma – anche in assenza di domanda di parte – se nella motivazione il giudice ha accertato e si è pronunciato non equivocamente nel senso della sua validità. Nel qual caso, l'accertamento sulla non-nullità è destinato a produrre un effetto vincolante, nel senso che in ogni successivo giudizio non potrà essere ulteriormente addotta, a fondamento dell'azione, una diversa causa di nullità.

Altro è il problema di individuare la natura dell'effetto preclusivo che l'accertamento produce. È evidente l'intenzione della Corte di creare un *distinguo* tra esso e la cosa giudicata, da leggersi nella necessità di diversamente costruire la “rilevazione in motivazione” dalla “dichiarazione in dispositivo”, solo la seconda, non anche la prima, idonea a produrre il giudicato dell'art. 2909 c.c. Tuttavia, in che termini si ponga concretamente la differenza non è chiarito *expressis verbis*.

Per delineare le caratteristiche della rilevazione in motivazione (pur in assenza della dichiarazione nel dispositivo), le Sezioni Unite invocano il profilo della trascrizione, nel senso che è su di esso (sul regime dell'opponibilità ai terzi) che occorre misurare la differenza tra rilevazione in motivazione e dichiarazione in dispositivo, tra effetto preclusivo derivante dal vincolo al motivo portante e cosa giudicata. Effetto pieno, dunque, in quest'ultimo caso, e mancante nel primo.

##### 5. - Le divergenti opzioni interpretative intorno alla lettura dei limiti oggettivi del giudicato nelle cd. sentenze gemelle.

La distinzione su cui si fonda l'intero impianto interpretativo delle cd. sentenze gemelle intorno ai limiti oggettivi del giudicato (tra

---

e incertezze nel momento in cui l'interprete deve stabilire quando il vincolo tra le diverse pretese è da ritenere sufficientemente “intenso” per poter determinare effetti stabili.

<sup>74</sup> C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia*, cit., 231. Per uno studio comparatistico, cfr. S. DALLA BONTÀ, *Una “benefica inquietudine”. Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce della tesi zeuneriana*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 891. Approfonditamente anche C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 226; E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, Milano 1991, 137.

dichiarazione/accertamento e rilevazione/indicazione <sup>75)</sup> <sup>76</sup> non manca di dividere la dottrina.

Gli uni <sup>77</sup>, inclini a negare che il vincolo al motivo portante produca sulla non-nullità del contratto un vero giudicato, mancando a monte una *res in iudicium deducta* che possa così divenire *res iudicata*. Si tratta più che altro di una «preclusione (extraprocessuale) che si forma a carico delle sole parti (e non sarà opponibile a terzi: altra differenza rispetto al “giudicato”), che si fonda sul dovere di correttezza e buona fede *ex art. 1175 c.c.* e che è tesa ad evitare che la parte che in qualche modo si sia giovata della dichiarazione solo in motivazione della nullità (o non nullità) del contratto, possa poi in futuro agire (o anche resistere in giudizio) al fine di conseguire risultati che appaiano, rispetto all’esito del primo giudizio, locupletivi» <sup>78</sup>. Gli altri <sup>79</sup>, proiettati verso una lettura riduttiva della distinzione tra l’efficacia preclusiva ed il giudicato, sminuendo il riferimento alla trascrivibilità della sentenza; il quale – lungi dal rifiutare l’idea del giudicato vero e proprio – si pone in linea con la tradizionale ampiezza dell’oggetto del giudizio <sup>80</sup>. La differenza tra i casi in cui sia stata proposta la domanda di nullità e quelli in cui l’accertamento consegua al rilievo ufficioso, non seguito dalla domanda di parte – differenza stante nel fatto che solo nel primo caso si produce l’effetto prenotativo che deriva dalla trascrizione – «non discende da una differente natura ed efficacia dei due accertamenti, ma, più semplicemente, dal fatto che soltanto la domanda, per le norme del codice civile, è suscettibile di trascrizione» <sup>81</sup>. In altri termini, l’unico elemento differenziale – da individuarsi in relazione alla trascrivibilità

---

<sup>75</sup> Nella specie, in relazione al rilievo di nullità del contratto, ma secondo un criterio della cui esportabilità altrove occorre comunque interrogarsi.

<sup>76</sup> *Retro* § precedente.

<sup>77</sup> C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia*, cit. 232.

<sup>78</sup> C. CONSOLO-F. GODIO, *op. cit.*, 232. Insistono gli AA. nel riconoscere che «non si è qui di fronte ad un fenomeno nemmeno latamente riconducibile all’art. 2909 c.c., che presuppone pur sempre a monte un ampliamento dell’oggetto del giudizio alla nullità del contratto, ma – appunto – ad una sorta di preclusione extraprocessuale che investe le sole parti del primo giudizio».

<sup>79</sup> C. PAGNI, *Il “sistema”*, cit., 76; S. MENCHINI, *Le Sezioni unite*, cit., 940.

<sup>80</sup> C. PAGNI, *op. loco cit.* (“un giudicato la cui opponibilità o meno ai terzi discenderà, lo si ripete, dalla preferenza dell’interprete circa l’efficacia soggettiva della regiudicata, e che non incontrerà ostacoli nella trascrizione laddove il giudice, investito fin dall’inizio di una domanda di nullità, la accolga per una causa diversa da quella posta dalla parte a base della propria pretesa”).

<sup>81</sup> S. MENCHINI, *Le Sezioni unite*, cit., 940.

della domanda – lungi dal discendere dal diverso regime del giudicato, deriva dalle caratteristiche proprie della domanda giudiziale, a cui solo si riconducono gli effetti prenotativi della trascrizione<sup>82</sup>.

È su questo antimonico modo di leggere il pensiero della Corte di cassazione nel caso considerato che vale qui la pena riflettere perché causa di un diverso modo di approcciare alla *relatio* tra pregiudizialità logica e tecnica, in un contesto che si potrebbe prestare – in futuro – ad esperienze applicative che vanno oltre il caso nella specie centrale.

Va premesso che non pare potersi dubitare (e sul punto non vi può che essere concordia) del fatto che con la soluzione privilegiata le Sezioni Unite puntino ad assegnare un effetto preclusivo alla decisione, con l'intenzione tuttavia di non ricondurlo alla cosa giudicata<sup>83</sup>. Tuttavia, così facendo, si accede a categorie (preclusione extraprocessuale, stabilizzazione degli effetti vincolante solo per le parti, ma non opponibile ai terzi) che non conoscono diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento e che comunque prendono le distanze dall'accezione classica di cosa giudicata "ad ogni effetto". Riecheggia la storia della preclusione *pro iudicato* (o comunque quella di un effetto preclusivo diverso dall'accertamento<sup>84</sup>) che la dottrina ha in vario modo cercato di invocare per riconoscere a taluni provvedimenti<sup>85</sup> una qualche stabilità, senza tuttavia "scomodare" la cosa giudicata dell'art. 2909 c.c.; una storia che non convince, non tanto per una non apprezzabilità di principio, quanto per la mancanza di riferimenti testuali che nel nostro si-

---

<sup>82</sup> S. MENCHINI, *Le Sezioni unite*, cit., 940.

<sup>83</sup> Anche se – va pur detto – in alcuni passaggi della motivazione – e forse per ragioni semplificanti – la Corte riconduce al giudicato l'effetto prodotto dal vincolo al motivo portante. Così nello schema di sintesi di cui al punto 7, ove si legge che, se in motivazione il giudice DICHIARA di aver fondato il rigetto sulla rilevata nullità negoziale, «l'accertamento/dichiarazione della nullità è idoneo alla formazione del giudicato, in sostanziale applicazione (peraltro estensiva) della teoria, di matrice tedesca, del cd. *vincolo al motivo portante*».

<sup>84</sup> Evoca una distinzione tra cosa giudicata ed efficacia preclusiva E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit. 119 ss., con riferimento all'ipotesi in cui, eccetto in compensazione un controcredito, senza che su questo sorga la contestazione idonea a generare l'accertamento ai sensi dell'art. 35 c.p.c., ci si interroga intorno all'efficacia della decisione che pronuncia sul controcredito; efficacia che l'A. individua in termini di "preclusione" («in ragione del significato precettivo funzionale della declaratoria della compensazione dello stesso credito principale»). Tra l'altro, nell'invocare – nel nostro sistema – la nozione di "efficacia preclusiva" come qualcosa di diverso dall'accertamento, E. Merlin si avvale proprio della teoria del vincolo al motivo portante di estrazione zeuneriana, pur rilevandone i limiti e le differenze.

<sup>85</sup> Ad esempio, le ordinanze anticipatorie di condanna, il decreto ingiuntivo. Per un quadro di sintesi, sia consentito rinviare a R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, cit., 117.



stema possano attribuire rilievo a soluzioni intermedie tra la stabilità del giudicato e la mancanza di qualsiasi effetto preclusivo.

Per il momento è bene arrestare il giudizio in attesa di verificare come la giurisprudenza a venire accoglierà la sollecitazione oggi proveniente dalle Sezioni Unite. Se vorrà condividere l'opzione, ne farà tesoro estendendo la teoria del vincolo al motivo portante oltre il tema delle impugnative negoziali, e forse (auspicabilmente) chiarendone vieppiù senso e portata, quando applicato nel nostro ordinamento e compatibilmente con gli istituti a noi noti. In alternativa, potrà lasciare isolata l'opzione oggi condivisa dalle Sezioni Unite tornando all'uso delle categorie tradizionali, non ammettendo terze vie tra giudicato e totale assenza di effetti preclusivi.

#### 6. - (Segue): Il (nuovo?) *distinguo* tra pregiudizialità tecnica/logica alla luce delle sentenze gemelle.

Veniamo al problema specifico – che qui più interessa – intorno alla distinzione tra pregiudizialità tecnica e logica.

Di fronte ai tutt'altro che rari richiami all'art. 34 c.p.c. che compaiono nell'arresto giurisprudenziale (Cass. sez. un. nn. 24262 e 24263 del 2914), la dottrina nuovamente si divide<sup>86</sup>: vi è chi osserva come con essi (in particolare, il rinvio alla teoria zeuneriana) le Sezioni Unite abbiano voluto rinnegare il principio dell'antecedente logico necessario (potenziando l'istituto della domanda di accertamento incidentale della nullità *ex* art. 34 c.p.c., incompatibile con il principio della pregiudizialità logica)<sup>87</sup>; e chi di contro osserva come il risultato a cui perviene la Corte sia quello della «decisione tendenzialmente volta al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente coinvolta in giudizio, senza disarticolazioni di una realtà sostanziale unitaria: in accoglimento dell'idea che nei rapporti complessi, quando si fa valere in giudizio uno dei diritti derivanti dal rapporto stesso, l'autorità del giudicato tendenzialmente deve estendersi al rapporto pregiudiziale»<sup>88</sup>: niente di più, niente di meno – dunque – dell'antecedente logico necessario.

---

<sup>86</sup> Per ulteriori profili di disaccordo sull'interpretazione della sentenza, *retro* § precedente.

<sup>87</sup> C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia*, cit., 231. Così gli AA. leggono l'adesione delle Sezioni Unite al precedente di Cass. 22 marzo 2005, n. 6170, cit. su cui *retro*, § 4.

<sup>88</sup> PAGNI, *Il "sistema"*, cit., 77.

Pur nell'apprezzamento delle ragioni di fondo che muovono verso la prima lettura, ci sembra che – guardata la sentenza in filigrana – la seconda si lasci meglio condividere. A ben vedere, il richiamo alla teoria zeuneriana non è argomento a tenuta stagna né per ampliare, né per circoscrivere i confini applicativi dell'art. 34 c.p.c. (e di riflesso, ridurre o estendere la portata del principio dell'antecedente logico necessario).

Se S. Menchini<sup>89</sup> (in tempi non sospetti) trovò sostegno al principio dell'antecedente logico necessario proprio nella teoria zeuneriana<sup>90</sup> – volta ad estendere i limiti della cosa giudicata al di là della domanda di parte – in direzione uguale e contraria Consolo<sup>91</sup> ne invocò l'utilità per fuggire da quelle regole.

Quali che siano le preferibili letture della comparazione tra i due ordinamenti, sembra piuttosto evidente (oggi non meno di ieri) l'obiettivo di ampliare i limiti della cosa giudicata, svincolandoli dall'iniziativa di parte, per legarli all'accertamento giudiziale nella sua obiettività.

D'altronde, nell'impostazione privilegiata dalle Sezioni Unite non sembra potersi leggere un rifiuto per la regola dell'antecedente logico necessario<sup>92</sup>. Le sentenze gemelle esordiscono rilevando come le scelte privile-

---

<sup>89</sup> S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 123, spec. 132, attribuisce a A. Zeuner il merito – alla fine degli anni cinquanta – di aver riesaminato organicamente e criticamente il tema dei limiti oggettivi del giudicato, offrendo alla dottrina tedesca – adagiata ormai da troppo tempo sul principio secondo cui gli effetti della sentenza sono limitati alla decisione della pretesa fatta valere – nuovi spunti di riflessione. Rileva come sia stato proprio A. Zeuner ad offrire per primo interpretazioni estensive sui limiti oggettivi del giudicato, aprendo la strada ad opinioni che sono poi divenute maggioritarie. Sostanzialmente nel medesimo senso, A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile*, cit., 397.

<sup>90</sup> E con essa tutta la dottrina tedesca, oltre che francese.

<sup>91</sup> Id., *Oggetto del giudicato*, cit., 226 ss. L'A. ne trae giovamento per rilevare come – a dispetto di quanto insegna la regola dell'antecedente logico necessario – la possibilità che nel nuovo processo si crei una preclusione a ridiscutere di esistenza e validità del rapporto giuridico fondamentale non può essere automatica, né piena e totale, bensì individuabile solo in ben precise circostanze: si può creare cioè una certa quale preclusione («una sorta di estoppel collaterale selettivo») volta alla fissazione processuale “ad un certo effetto”: non già quindi un autonomo giudicato prodotto “ad ogni effetto”. Il che peraltro si può verificare non ogni qualvolta sia dedotto in giudizio un rapporto giuridico fondamentale, bensì solo qualora siano dedotti nel secondo processo effetti contrattuali legati da uno stretto vincolo sinallagmatico con quelli dedotti nel precedente giudizio (non anche quando si deducano effetti paralleli, come ad esempio nel caso di deduzione in distinti giudizi di una pluralità di ratei).

<sup>92</sup> Diversi i passaggi logici della motivazione che conducono alla soluzione contraria a letture troppo rigide dell'art. 34 c.p.c. ed a una sua estensione applicativa. Basti citare quella secondo cui: «4.7.1. Si rende così necessario dare ingresso a una più ampia visione che tenga nella dovuta considerazione gli inconvenienti della frammentazione di una originaria (ed

giate devono talora essere condivise per ragioni “di sistema” più che per stringenti regole tecniche, per l’esigenza cioè di tutelare i “valori funzionali del processo”, quali la corrispettività sostanziale, l’armonizzazione e concentrazione delle decisioni, l’effettività della tutela, la giustizia delle decisioni, l’economia (extra)processuale, la non illimitata risorsa-giustizia, la lealtà e probità processuale, l’eguaglianza formale tra le parti (punto 4.3. della motivazione)<sup>93</sup>. Tutti principi, questi, che militano – nella ricerca del loro temperamento – verso l’esigenza di sganciare dall’iniziativa di parte la delimitazione oggettiva del giudicato e di rimetterne gli effetti all’estensione del potere giudiziale, per come esso opera in relazione alle capacità cognitive del giudicante; di qui la necessità di distinguere i confini oggettivi della domanda, della decisione, del giudicato, nonché di ammettere (seppure attraverso soluzioni piuttosto barocche) che la stabilizzazione degli effetti si possa produrre oltre quanto voluto dalle parti in domanda (principale o di accertamento incidentale che sia).

Inoltre, l’art. 34 c.p.c. vincola a regole formali ed inequivoche l’estensione oggettiva della cosa giudicata: alla espressa domanda di parte, non meno che alla previsione di legge, dovendosi così negare la formazione del giudicato in tutti i casi in cui non si affacci né l’una, né l’altra condizione.

---

unitaria) sorgente di rapporti sostanziali in tanti separati rivioli processuali, e delle conseguenze dell’accertamento soltanto incidentale di una più complessa dinamica negoziale, pur non negandosi – come di qui a breve si vedrà – quelli derivanti dall’indiscriminato e incondizionato ampliamento della domanda originaria (si ricorderà come in uno dei tanti progetti di riforma del processo civile si ebbe opportunamente a proporre una radicale riscrittura dell’art. 34 nel senso che “in ipotesi di rapporti complessi, qualora sia fatto valere in giudizio uno dei diritti principali derivanti dal rapporto stesso, l’autorità della cosa giudicata si estende al rapporto fondamentale”, con chiaro riferimento al concetto della regiudicata sostanziale ed alla teoria della pregiudizialità soltanto logico-giuridica) [il riferimento è al progetto di riforma del codice di procedura civile elaborato da A. Proto Pisani e leggibile in *Foro it.*, 2009, V, 10 ss., spec. § 0.18, comma 3, ove è esplicito il *favor* per l’estensione dell’autorità della cosa giudicata al rapporto giuridico fondamentale, pur senza domanda di parte, su cui anche *infra* § 15]. 4.7.2. Visione volta ad un approdo che finisce per attrarre nella propria orbita, rendendola oggetto tendenzialmente necessario di inevitabile scrutinio, la situazione di diritto soggettivo fatta valere dall’attore e valutata nella sua interezza, e cioè in relazione alla sua totale ed effettiva consistenza sostanziale. Che all’attore non sia consentito fruire del principio dispositivo in modo tale da ritagliare a proprio piacimento l’oggetto della lite, scomponendo una situazione soggettiva unitaria in una pluralità di sub-oggetti processualmente autonomi è eventualità ormai radicalmente esclusa, come già ricordato, dalla stessa, recente giurisprudenza di questa Corte».

<sup>93</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi*, cit., 200, legge questi principi in una prospettiva unificante, data dall’effettività della tutela per una razionale allocazione della risorsa giustizia.

Di contro, tanto la teoria zeuneriana del vincolo al motivo portante, quanto quella dell'antecedente logico necessario esprimono una esigenza diversa e lontana da quella formale: la necessità che (per le ragioni di utilità che già S. Menchini<sup>94</sup> evidenziava e che le sentenze gemelle finiscono per condividere) la cosa giudicata sia costruita, oltre che per effetto della volontà delle parti (o della legge), anche quando ragioni di certezza, di economia processuale e di utilità in generale nell'interesse dell'ordinamento rendono preferibile che l'accertamento sulla validità del negozio sia compiuto una volta per tutte.

In altri termini, l'art. 34 c.p.c. lega alla domanda di parte la formazione della cosa giudicata nel rispetto di principi (tuttora fondamentali), quali quelli che gli artt. 2907 c.c. e 99 c.p.c. esprimono a chiare lettere; tuttavia, il sistema conduce verso lidi diversi, non del tutto opposti ma senz'altro tali da imporre una rilettura della norma al punto da descrivere i confini della cosa giudicata indipendentemente dall'iniziativa personale di chi fa valere in giudizio un diritto, a tutela di interessi pubblicistici posti a base della più ampia estensione oggettiva dell'accertamento giudiziale.

---

596

Certo, rispetto al tradizionale modo di intendere la regola dell'antecedente logico necessario (che conduce alla formazione di un giudicato "pieno"), l'applicazione della teoria zeneriana "alla maniera delle sentenze gemelle" sfocia nella produzione di effetti deminuti rispetto al giudicato<sup>95</sup> (che si vogliono qualificare, sia come preclusione extraprocessuale, sia come mero divieto di trascrivibilità della decisione sul punto<sup>96</sup>); si tratta però di una distinzione a valle che non toglie valore all'esigenza comune di assicurare una qualche preclusione che oltrepassi i vincoli dell'art. 34 c.p.c.

Detto questo, sarebbe azzardato (e controproducente) fare pronostici intorno al futuro evolversi dell'interpretazione sistematica che vorrà offrire la giurisprudenza intorno alla norma nell'alternanza tra pregiudizialità logica e tecnica: se vorrà confermare l'impostazione delle sentenze gemelle (così svincolandosi dai rigidi schemi della domanda di parte, pur senza il coraggio di ricondurre alla cosa giudicata gli effetti conseguenti ad

---

<sup>94</sup> *Retro* § 2.

<sup>95</sup> Il che – come da tempo rileva C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 227 – finisce per fare la differenza.

<sup>96</sup> Sul tema già *retro*, § precedente.

un accertamento giudiziale non preceduto da domanda di parte o previsione di legge), ovvero ulteriormente svilupparla, superando il guado dei limiti oggettivi del giudicato (riconoscendo che l'accertamento contenuto in una decisione su questioni che costituiscono antecedente logico necessario formi giudicato pur in mancanza di domanda di parte), ovvero ancora – in direzione contraria – se vorrà tornare sui suoi passi collocando in posizione centrale il principio della domanda (così proponendo un'equazione – comunque mai perfetta – tra oggetto della domanda, oggetto della decisione ed oggetto del giudicato).

È presto per dirlo.

#### **7. - Art. 34 c.p.c., pregiudizialità logica e giudicato implicito.**

L'intervento delle sentenze gemelle desta l'attenzione su un problema che finisce per rivelarsi il peggior *vulnus* della teoria dell'antecedente logico necessario.

Affermare che la decisione sulla questione dedotta in giudizio formi giudicato anche sul rapporto giuridico fondamentale ogni qualvolta questo abbia costituito un "antecedente logico necessario" del ragionamento svolto dal giudice per decidere la causa significa ammettere che il giudicato destinato a prodursi sull'esistenza del rapporto sia "implicito", *id est*, non dichiarato ma desumibile dalla decisione finale <sup>97</sup>.

Applicata la regola all'eccezione di nullità del negozio nell'azione di risoluzione, il giudicato implicito era già stato evocato dalle precedenti Sezioni Unite del 2012 <sup>98</sup>: «il giudicato sulla validità del contratto, secondo il paradigma ormai invalso (cfr. Cass. sez. un.. n. 24883 del 2008; n. 407 del 2011; n. 1764 del 2011), potrà formarsi tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione sia stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della validità del contratto» <sup>99</sup>. In quella decisione, la Corte ebbe così ad aderire

---

<sup>97</sup> Sul punto già S. MENCHINI, *I limiti*, cit., 115.

<sup>98</sup> Cass. n. 14828 del 2012, cit.

<sup>99</sup> Su quest'ultima precisazione non ci soffermeremo, rinviando alla distesa motivazione delle sentenze gemelle (punto 5.5. ss. della motivazione).

in pieno alla teoria del giudicato implicito<sup>100</sup>, individuandola – purtroppo non a torto – quale realtà attuale del sistema, in ragione, soprattutto, della (non divisibile) opzione interpretativa costruita intorno all'art. 37 c.p.c.<sup>101</sup>, a cui ha fatto seguito una costante adesione, non solo della giurisprudenza, ma anche della legislazione<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Un principio da tempo oggetto di intense riflessioni presso la teorica, per lo più con risvolti critici. Per tutti, E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.*, 1938, II, 245; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., vol. I, 130; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., vol., XVIII, 865; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova, 1973, 162; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., vol. III, 68; L. MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 26; C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., vol. I, 221; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, 1973, Vol. I, 2, 1060; S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, 414; Id., *Il giudicato civile*, Torino, 1988, 279; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, cit., 180; D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 126; F. LANCELLOTTI, *Variazioni dell'implicito rispetto alla domanda, alla pronuncia ed al giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 465; S. RECCHIONI, *Pregiudizialità*, cit., 94; A. A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, II, 1292; S. ZUINO, *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato implicito e di rilevabilità del giudicato esterno*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1392.

<sup>101</sup> Non è questa la sede per affrontare *funditus* il discorso. Si tratta tuttavia di tema che oltrepassa i confini della questione di giurisdizione e l'art. 37 c.p.c. Basti qui solo limitarsi – per chiarezza espositiva – a riportare la massima di Cass. sez. un. 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Giur. it.*, 2009, 406, con note di R. VACCARELLA e A.M. SOCCÈ; *ivi*, 2009, 1460, con nota di A. CARRATTA; *Riv. dir. proc.*, 2009, 857, con nota di L. PICCININI; *ivi*, 2009, 1085, con note di E.F. RICCI e V. PETRELLA; *Foro it.*, 2009, 3, I, 806, con nota di G.G. POLI; *Giust. civ.* 2009, I, 47, con nota di A. NAPPI; *Corr. giur.*, 2009, 380, con note di R. CAPONI e F. CUOMO ULLOA; *Giusto proc. civ.*, 2009, 263, con nota di G. BASILICO, che – in applicazione del giudicato implicito – non ha esitato a riscrivere l'art. 37 c.p.c. e con ciò ad imporre un totale ripensamento intorno al rilievo del difetto di giurisdizione: «Qualsiasi decisione di merito implica la preventiva verifica della *potestas iudicandi* che, in assenza di formale eccezione o questione rilevata d'ufficio, avviene comunque implicitamente e acquista visibilità nel solo caso in cui la giurisdizione del giudice adito venga negata; pertanto, il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti o rilevato d'ufficio dal giudice fino a quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado ovvero può essere fatto valere mediante impugnazione del relativo capo della sentenza di primo grado, in assenza della quale si determina il passaggio in giudicato della relativa questione». Per una ricostruzione della vicenda, sia consentito rinviare a R. TISCINI, *Il rilievo del difetto di giurisdizione e l'art. 37 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO-R. MARTINO-A. PANZAROLA-B. SASSANI (a cura di), *Studi in onore di Nicola Picardi*, Roma, 2016, in corso di pubblicazione; Id., *Delle modificazioni*, cit. 378 ss.

<sup>102</sup> Il riferimento è all'art. 9 c.p.a. che – nel descrivere il rilievo del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo – ha integralmente recepito l'insegnamento delle Sezioni Unite intorno all'art. 37 c.p.c. Sul tema, per tutti, C. CONSOLO, *Translatio iudicij e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza sCOORDINATA del nuovo "codice della giustizia amministrativa"*, in *Corr. giur.*, 2010, 758 ss., spec. 770; Id., *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 808; S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio: il codice di rito e il nuovo codice di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, I; R. TISCINI, *Il rilievo*, cit.

C. Consolo<sup>103</sup> non mancò, all'epoca, di evidenziare le criticità che ruotano intorno al "giudicato implicito"<sup>104</sup>, soprattutto quando costruito su questioni di merito<sup>105</sup>. Nella lettura allora privilegiata dalle Sezioni Unite, "vi troviamo, e non stupisce, l'eco testuale evidente della famosa giurisprudenza sul giudicato sulla giurisdizione, cioè su una pregiudiziale di rito, ma – a parte pur la sua ardentosità – qui versiamo in un contesto giuridicamente molto diverso poiché siamo nel campo del "merito"<sup>106</sup>.

*Nulla quaestio*, se si trattasse di una opzione apprezzabile già nel contesto che l'ha vista nascere, il rito (la sua forza espansiva anche al merito potrebbe pure leggersi *in bonam partem*). È questa, invece, una opzione già criticabile e criticata ove applicata a questioni di rito; vieppiù deplorabile essa si mostra, perciò, se invocata in relazione al merito. «Potenza dell'implicito, verrebbe da dire; ripudio della verbosità e gran forza del silenzio»<sup>107</sup>.

A seguire, le sentenze gemelle del 2014 (prima ancora l'ordinanza di rimessione<sup>108</sup>) prendono le distanze dal precedente del 2012. Che si possa contemplare un giudicato implicito su questioni di merito è conclusione a cui conduce *in primis* il principio generale secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile, il quale a sua volta si conforma al criterio dell'ordine logico delle questioni; il tutto, con i temperamenti prodotti dal principio della ragione più liquida (su questa esatta linea si collocano le sentenze gemelle<sup>109</sup>).

Il fatto è che un abuso del giudicato implicito rischia di sfociare nella

---

<sup>103</sup> C. CONSULO, *Postilla di completamento*, cit., 185.

<sup>104</sup> Criticità, d'altra parte, già evidenziate in un'epoca storica in cui – pur non avendo l'evoluzione giurisprudenziale ancora condotto ad effetti così perversi – si avvertiva l'esigenza di intendere la formula per cui il giudicato «copre il dedotto ed il deducibile» entro i giusti limiti, «e non quale ponte per dare ingresso alla inaccettabile figura del cd. giudicato implicito su situazioni giuridiche soggettive sostanziali diverse da quelle che costituiscono oggetto di domanda» (G. FABBRI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in *Studi in memoria di Furno*, Milano, 1973, 245 ss., spec., cit., 280).

<sup>105</sup> Come non mancò di evidenziare i profili problematici della teoria del giudicato implicito all'indomani del *grand arrêt* del 2008 (per tutti, C. CONSULO, *Travagli "costituzionalmente orientati" delle Sezioni Unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1141 ss.

<sup>106</sup> C. CONSULO, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, in *Corr. giur.*, 2013, 184 ss., spec. 185.

<sup>107</sup> C. CONSULO, *Postilla di completamento*, cit., 185.

<sup>108</sup> Cass. 3 luglio 2013, n. 16630, cit.

<sup>109</sup> Si rinvia per un maggiore approfondimento al punto 5 della motivazione.

patologia con effetti pregiudizievoli per le parti. Dire che, qualora il giudice abbia deciso la causa nel merito – ad esempio (per restare alle Sezioni Unite del 2012) sulla risoluzione del contratto – la sentenza è destinata a produrre un giudicato implicito sulla validità del negozio, significa ammettere che la cosa giudicata si produca su questione, non solo non dedotta in giudizio dalle parti, ma neppure rilevata d'ufficio dal giudice <sup>110</sup>, né resa oggetto di discussione.

Così facendo, se da un lato si produce il vantaggio di estendere la potenziale stabilità della decisione oltre la domanda di parte (pure su questioni non discusse, ma oggetto implicito del ragionamento logico giudiziale) – evitando che di validità del contratto si torni a discutere in futuro – dall'altro, si sacrifica il diritto di difesa delle parti, vincolate ad una decisione su questioni mai trattate in corso di causa.

L'obiezione non è diversa da quella che si può muovere al principio dell'antecedente logico necessario <sup>111</sup>: il quale, se da un lato, ha il pregio di assicurare stabilità alla pronuncia, dall'altro, finisce per vincolare le parti senza che esse si siano consapevolmente difese su profili implicitamente esaminati, ma mai dichiarati (né in dispositivo, né in motivazione, si direbbe nel linguaggio delle sentenze gemelle).

A siffatti profili di criticità, le Sezioni Unite del 2014 cercano di porre rimedio, ma con soluzioni non a tenuta stagna <sup>112</sup>.

Le sentenze impongono l'“obbligo” per il giudice, non solo di rilevare d'ufficio la questione di validità del negozio (ove ritenuta potenzialmente fondata), ma anche di assicurare il contraddittorio sul punto per tutto il corso del processo (in applicazione degli artt. 183 comma 4, 101 comma 2, 111 Cost.: punto 5.10. della motivazione) <sup>113</sup>. Dovrebbe escludersi – stando a questa ricostruzione – che vi siano questioni che il giudice abbia esami-

---

<sup>110</sup> È questa la conclusione a cui si giunge oggi per l'eccezione di difetto di giurisdizione dopo la riscrittura dell'art. 37 c.p.c. offerta da Cass. sez. un. n. 24883 del 2008.

<sup>111</sup> Critica su cui si orienta C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato*, cit., 224.

<sup>112</sup> D'altra parte, ciò conferma che anche la ricostruzione in termini di “vincolo al motivo portante” si lega agli effetti del giudicato implicito in misura non dissimile da quanto avviene seguendo la teoria dell'antecedente logico necessario. Per altri argomenti a favore dell'assimilabilità – *mutatis mutandis* – tra vincolo al motivo portante ed antecedente logico necessario, vd. *retro* § precedente.

<sup>113</sup> Con la conseguenza di abilitare la parte a proporre la domanda di accertamento incidentale lungo tutto il corso del giudizio.



nato in via ufficiosa e su cui le parti non siano state chiamate a contraddire (questioni su cui, in applicazione del “vincolo al motivo portante”, vi sarà mera dichiarazione in motivazione, ove non rese oggetto di domanda di parte). Sicché, “così rettammente interpretato il nuovo itinerario endoprocessuale disegnato dalla riforma del 2009 [ndr. il riferimento è all’introduzione del nuovo art. 101 comma 2 c.p.c. che colloca tra i principi generali il “divieto del giudizio della terza via”], perdono in larga misura di significato molte delle riserve e delle obiezioni mosse all’idoneità di una pronuncia a costituire cosa giudicata anche a prescindere dalle conclusioni rassegnate dalle parti” (punto 5.11.6. della motivazione).

Questa lettura – ove universalmente condivisa – consentirebbe di superare (non tutti ma) alcuni dei vizi genetici del giudicato implicito e di annacquare taluni degli effetti perversi dell’interpretazione sull’art. 37 c.p.c. (realizzata con Cass. n. 24883 del 2008). Essa porrebbe rimedio anche alle critiche mosse alla teoria dell’antecedente logico necessario, a cui si addebita (come visto <sup>114</sup>) la conseguenza di vincolare le parti ad una decisione su questioni non esaminate né discusse.

D’altra parte, pure a volerne offrire una lettura circoscritta alle sole questioni di merito (non estendibile dunque ai casi in cui il giudicato implicito si forma su questioni di rito), l’opzione in esame avrebbe comunque il pregio di distinguere le une dalle altre – in accoglimento delle osservazioni di Consolo <sup>115</sup> – così almeno facendo salvo il “merito” dagli effetti del giudicato (implicito) senza domanda, né rilievo officioso.

Tuttavia, due forti dubbi inducono a guardare con scetticismo alla soluzione prospettata dalle Sezioni Unite.

Il primo. Un limite alla funzione garantista dell’art. 101 comma 2 c.p.c. – nel caso di rilievo ufficioso dell’invalidità nelle azioni di impugnativa negoziale – è insito nell’argomentare delle stesse Sezioni Unite. Dopo aver riconosciuto il “dovere” del giudice di rilevare in via ufficiosa la nullità del contratto (così provocandone il contraddittorio tra le parti), le sentenze gemelle (punto 7.3. – B – 1. Del quadro riassuntivo) contemplan la possibilità della “mancata rilevazione *ex officio* della nullità da parte del giu-

---

<sup>114</sup> *Retro*, §§ precedenti.

<sup>115</sup> C. COSSOLO, *Postilla di completamento*, cit., 185. *Retro*, nel testo.

dice”, descrivendo vari esiti del processo, a seconda che il giudice accolga o rigetti la domanda, in entrambi i casi riconoscendo che “la pronuncia è idonea alla formazione del giudicato implicito sulla validità del negozio” (salvo che, in ipotesi di rigetto della domanda, abbia operato il principio della ragione più liquida e la validità del contratto non sia stata esaminata dal giudice). *In cauda venenum*, si direbbe!

Torna alla ribalta l'ipotesi in cui una questione non sia stata discussa tra le parti, né (esplicitamente) rilevata d'ufficio e, tuttavia, su di essa si sia formato il giudicato implicito. Nulla di nuovo, quindi, rispetto alle conseguenze deteriori che tale forma di giudicato ha prodotto di recente e (stando ai principi che ruotano intorno all'antecedente logico necessario) in tempi passati.

Il secondo. Pure a voler ammettere che il potere di rilievo ufficioso vada sempre accompagnato dall'obbligo per il giudice di assicurare il contraddittorio, pure a voler leggere l'art. 101 comma 2 c.p.c. come garanzia contro gli effetti distorsivi del giudicato implicito, è difficile pensare che esso sia veramente risolutivo di tutte le conseguenze che ne derivano. Il problema si sposta sul tasso di applicazione che di questa norma sta facendo la giurisprudenza ed all'eventuale sanzione che dovesse derivare dalla sua inosservanza, anche in termini di impugnazione dell'eventuale decisione con essa confliggente <sup>116</sup>. Problemi ben più generali (solo in parte risolti dall'esplicitazione nello stesso art. 101 comma 2 c.p.c. del divieto del giudizio

---

<sup>116</sup> Sulle potenzialità innovative dell'art. 101 comma 2 c.p.c. per tutti, C. CONSOLO-F. GODIO, *Commento all'art. 101*, in *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 2012, 22 ss., spec. 27-28; F.P. LUISO, *Poteri d'ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 65; S. CHIARLONI, *Sulla rilevabilità in sede di gravame della nullità ex art. 101, comma 2, c.p.c.*, *ivi*, 2011, 59; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento alla legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 749 ss., spec. 800; G. COSTANTINO, *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1012; E. FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro it.*, 2009, V, 266; F.P. LUISO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 15 ss.; Id., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *www.judicium.it.*; B. SASSANI-R. TISCINI, *Commento all'art. 101*, in A. SALETTI-B. SASSANI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2010, 63-65; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 22; E. FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corr. giur.*, 2009, 1162; M. FORNACIARI, *Il contraddittorio a seguito di un rilievo ufficioso e la non contestazione (nel più generale contesto della problematica concernente allegazione, rilievo e prova)*, in *www.judicium.it.*; D. BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2, c.p.c. Sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 399; Id., *Il principio del contraddittorio nei rapporti tra parti e giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 399; M. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della «terza via»*, *ivi*, 2010, 826.

di terza via), su cui non vale la pena qui indugiare, ma che certo inducono a pensare – con un certo scetticismo – che la soluzione delle Sezioni Unite necessiterà di qualche ulteriore intervento chiarificatore.

Ancora una volta, comunque, è bene allo stato sospendere il giudizio in attesa di più consapevoli valutazioni sull'effettiva tenuta delle regole alla luce dell'esperienza.