

## Il giudicato e l'efficacia preclusiva (\*)

di ANTONIO BRIGUGLIO

SOMMARIO: 1. L'idea dell'"efficacia preclusiva" in Angelo Falzea. — 2. ...nel frattempo i processualisti: teoria sostanziale e teoria processuale del giudicato; solo parziale sovrapposibilità, da angolo visuale più ristretto, alla alternativa classica in tema di efficacia (costituzione/dichiarazione). — 3. Falzea ed il giudicato dei processualisti: Liebman snobbato (a torto nei modi; a ragione nella sostanza almeno sul piano teorico-generale). — 4. I processualisti e Falzea: la efficacia preclusiva non solo supera l'alternativa tradizionale, a livello di teoria generale, fra dichiarazione e costituzione, ma rende inutile il classico dibattito sull'operare del giudicato nel secondo processo. — 5. L'efficacia preclusiva offre la più semplice spiegazione possibile della copertura del dedotto e del deducibile, nonché della impermeabilità del giudicato allo *ius superveniens*. — 6. La considerazione assiologica della teoria dell'efficacia preclusiva applicata al giudicato: A) sul piano della assiologia della cultura; la concretezza della teoria. — 7. (*Intermezzo*). L'efficacia preclusiva applicata alla prescrizione: smentita lessical-normativa, ma conferma empirica. — 8. Segue: B) la valenza ideologica della efficacia preclusiva; la relativizzazione assiologica del giudicato rispetto al solo valore della certezza. — 9. (*Secondo intermezzo*): giudicato e transazione nel quadro dei valori (due chiose: sentenza e negozio; efficacia preclusiva e precedente). — 10. L'efficacia preclusiva di fronte alle evoluzioni del giudicato: A) rilevabilità d'ufficio; B) crisi del giudicato. — 11. Efficacia preclusiva, costituzione e condanna: ciò che è dentro e ciò che è fuori dal giudicato.

(\*) Questo scritto riproduce sostanzialmente la relazione svolta nel corso delle "Giornate di studio in ricordo di Angelo Falzea" (Reggio Calabria-Messina, 23-24 ottobre 2024) e lì intitolata "Angelo Falzea ed i dilemmi dei processualisti".

Ho inteso conservare il tono colloquiale della esposizione orale, seppure per forza di cose allora e nella occasione congressuale ben più sintetica. Ed è perciò che l'apparato di note è limitato allo stretto indispensabile e dunque ed ovviamente del tutto sproporzionato rispetto a ciò che il tema del giudicato avrebbe richiesto, così come sono rinviati a successivi ritorni in argomento i molteplici approfondimenti e svolgimenti critici che alcuni passaggi della esposizione richiederebbero.

## 1. L'idea dell'“efficacia preclusiva” in Angelo Falzea.

L'idea dell'“efficacia preclusiva” appare — insieme al raffinato congiungersi ed intrecciarsi dei rilievi metodologici sulla teoria generale della efficacia con quelli apicali sul concetto stesso di diritto — la parte di gran lunga più originale e nuova della complessa costruzione falzeiana sulla efficacia giuridica, sviluppatasi fra l'incompiuto volume *Teoria della efficacia giuridica* del 1951 e la Voce enciclopedica *Efficacia giuridica* del 1965, per il tramite tutt'altro che secondario dell'altra Voce *Accertamento* del 1958 <sup>(1)</sup>.

Se la parte “metodologica” avrà compiutezza solo nella Voce del 1965 <sup>(2)</sup>, quella sulla “efficacia preclusiva” si affacciava in sé già compiuta nel Falzea del 1951 e rimaneva pressoché invariata nelle successive elaborazioni. E se nella parte “metodologica” la teoria generale dialoga con sé medesima, nella parte sulla “efficacia preclusiva” la teoria generale parla anche e soprattutto al giurista positivo e con questi vorrebbe dialogare, e quando all'ambito della nuova categoria si riconduce il giudicato è scontato che il dialogo sia anche e soprattutto con il processualista.

Credo che la idea della efficacia preclusiva applicata al giudicato si riveli ancor oggi proficua e operativa, nonché meritevole di rinnovata attenzione o meglio di attenzione maggiore di quanto non ebbe forse, all'epoca, dai giuristi positivi. Autentico uovo di Colombo dagli svolgimenti semplici quanto utili, essa è come il Bolero di Ravel: bastava avere l'idea, ma per l'appunto ci voleva qualcuno che l'avesse e la prospettasse con l'energia teorica di Angelo Falzea.

La tradizione inveterata che questi aveva davanti a proposito della efficacia degli atti o fatti giuridici, ed in particolare a proposito di ciò che Falzea nella parte conclusiva della voce *Efficacia*

<sup>(1)</sup> Le due Voci menzionate sono state pubblicate rispettivamente nella *Enciclopedia del Diritto* (Giuffrè-Milano), I, 1958 e XIV, 1965. Dopo varie ripubblicazioni, esse sono state ricomprese, insieme all'incompiuto saggio *Teoria della efficacia giuridica* del 1951, nei due volumi di *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997 (I, 42 ss.: *Teoria della efficacia*; II, 195 ss.: *Accertamento*; II, 1 ss.: *Efficacia*). Di qui innanzi le citazioni dei tre scritti si riferiscono all'ultima edizione di tali volumi.

<sup>(2)</sup> II, 15 ss.

definirà trasformazioni giuridiche <sup>(3)</sup>, voleva che questi fatti o atti intervenissero sulla realtà sostanziale pregressa o per innovarla e modificarla e dunque con efficacia costitutiva (il cui regno era evidentemente, oltre alla attività legislativa <sup>(4)</sup>, l'autonomia negoziale dei privati <sup>(5)</sup>), ovvero per dichiararla e confermarla in modo che ciò avesse una qualche rilevanza ma senza innovazioni e dunque con efficacia dichiarativa.

In entrambi i casi postulare la efficacia e distinguerla fra i due tipi opposti comporta invariabilmente il confronto con la situazione pregressa e cioè il guardare alle spalle verso quella.

Tuttavia — comincia ad osservare Falzea — dinnanzi alla incertezza oggettiva sulle situazioni e sui rapporti giuridici, dovuta o al trascorrere del tempo accoppiato alla inerzia ovvero al dubbio ed alla controversia, l'utile fluire della esperienza giuridica non può accontentarsi dei due tipi tradizionali di efficacia e della necessaria concatenazione ininterrotta tra passato, presente e futuro che corrisponde al dispiegarsi di quei due tipi tradizionali di efficacia.

Occorre una frattura <sup>(6)</sup>.

E questa frattura con il passato, atta a rimuovere l'incertezza, è data da un terzo tipo di efficacia giuridica — l'*efficacia preclusiva* appunto — e cioè dai fatti o atti il cui effetto non può dirsi né dichiarativo/conservativo né costitutivo/innovativo, perché esso, se si guarda al passato, ammette e ricomprende come vere o false

<sup>(3)</sup> II, 143.

<sup>(4)</sup> Sebbene vada rammentato che nella teoria generale di Falzea anche la efficacia delle norme si articola secondo svolgimenti più vari e complessi rispetto alla semplice efficacia costitutiva (v. *Efficacia giuridica*, II, 97 ss.).

<sup>(5)</sup> Assunto questo che secondo me può dirsi proprio anche di Falzea, nonostante la sua divergenza con Lorenzo Campagna, ben evidenziata da M. LA TORRE (nella sua *Introduzione* all'ultima ripubblicazione della Voce *Efficacia giuridica* di Falzea, per i tipi della Rubettino, Catanzaro, 2024, LXIV), divergenza che è più che altro ascrivibile alla idea non "normativa" ma solo "programmatica" che Falzea aveva del negozio (cfr. *Atto reale e negozio giuridico*, in *Ricerche di teoria generale*, cit. II, 720 ss., spec. 801).

<sup>(6)</sup> Falzea evoca altrimenti lo spauracchio *della probatio diabolica* (v. già *Teoria delle efficacia*, I, 152 s.), in pagine che a me sono sommessamente sempre parse le più deboli della sua elaborazione, ed anche le più inutili perché la teoria della efficacia preclusiva si regge già per logica interna, per capacità semplificatoria e, come vedremo, anche per aderenza alla realtà concreta.

entrambe le possibilità (alla stregua del principio di indeterminazione di Heisenberg) (7), ma se si guarda al futuro consiste proprio nel prescindere da entrambe le possibilità e nel precludere lo sguardo al passato. Sicché, nel prosieguo della esperienza giuridica, il fatto o atto ad efficacia preclusiva opera di per sé, e ad esso bisogna conformarsi, non in quanto abbia creato situazione nuova o abbia modificato o estinto la precedente e neppure in quanto la abbia confermata (8). E ciò perché da un lato “*la condizione di validità dell’effetto*” non è data, come nel caso della efficacia dichiarativa, dalla “*coincidenza con lo stato giuridico precedente*” (altrimenti l’incertezza non sarebbe eliminata visto che si protrarrebbe la contestazione su tale conformità); d’altro lato perché la stessa rilevanza giuridica dell’effetto non necessita per nulla della sua portata innovativa sullo stato precedente.

Alla nuova categoria della efficacia preclusiva sono ricondotti da Falzea la prescrizione e l’usucapione che con quella efficacia elidono l’incertezza dovuta al trascorrere del tempo, nonché, quanto alla elisione della incertezza da controversia, la transazione ed il giudicato (quest’ultimo per vero al culmine, per complessità di formazione, di una serie di altre dichiarazioni di scienza solo alcune delle quali ad efficacia autenticamente preclusiva ma tutte insieme ed insieme al giudicato atte a spostare tendenzialmente ed in termini generali l’“accertamento” dall’alveo classico della efficacia dichiarativa a quello nuovo della efficacia preclusiva).

Questo spostamento, o meglio svuotamento del contenitore della efficacia dichiarativa, e la corrispondente immaginazione del nuovo tipo della efficacia preclusiva, comportò per Falzea — sia detto *per incidens* — la difficoltà di giustificare il senso permanente della efficacia dichiarativa, che a questo punto rimaneva propria di relativamente pochi fatti e atti, rientranti tutti nell’ambito della privata autonomia, i quali per essere in qualche

(7) Raffronto esplicativo, alquanto scontato, che è mio e non di Falzea.

(8) “Vi sono fatti giuridici” — scrive il Falzea del 1951 (*Teoria della efficacia*, I, 153) — “che producono il loro effetto, qualunque sia il senso dell’effetto giuridico anteriore e che perciò prescindono completamente dal passato”.

modo rilevanti dovevano aggiungere qualcosa alla situazione pregressa, ma affinché essi non travalicassero nella efficacia costitutiva occorreva che l'aggiunta consistesse in uno svolgimento interno (rafforzamento, specificazione, affievolimento secondo le categorie falzeiana) e non in una trasformazione esterna e modifica strutturale della situazione. Rammento che Falzea, già nel 1951 <sup>(9)</sup>, annota: “*la verità è che, all'interno della concezione tradizionale della efficacia, una efficacia non costitutiva è un non senso. Occorre non meno che una revisione dei principi per dare un senso al non senso*”. Ed in effetti se la immaginazione della nuova categoria della efficacia preclusiva è il profilo più appariscente della elaborazione di Falzea, non meno importante è la rivalutazione ed il senso attribuiti alla efficacia dichiarativa, alla quale pure era in larga misura sottratto dallo stesso Falzea l'accertamento ed in particolare l'accertamento giudiziale.

Ma questi erano problemi di Falzea teorico generale e non dei processualisti.

## **2. ...nel frattempo i processualisti: teoria sostanziale e teoria processuale del giudicato; solo parziale sovrapposibilità, da angolo visuale più ristretto, alla alternativa classica in tema di efficacia (costituzione/dichiarazione).**

All'epoca in cui Falzea elaborava queste congetture, i processualisti italiani si concentravano più sul contenuto e l'estensione del giudicato e cioè sui suoi limiti oggettivi e soggettivi <sup>(10)</sup> (si sarebbe imposto alla attenzione solo dopo il problema dei limiti

<sup>(9)</sup> A. FALZEA, *Teoria della efficacia*, I, 53.

<sup>(10)</sup> Si pensi, per limitarci solo ai fondamentali contributi precedenti o più o meno coevi o di poco successivi rispetto alle elaborazioni di Falzea, ad E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano 1935, E. HEINIZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, Id. *Considerazioni attuali sui limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Giur. It.*, 1955, I, 1, 756 ss., E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, 1306 ss., V. DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1959, 1326 ss., G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, e poi F. CARPI, *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milano, 1974.

temporali, e sarebbe diventato solo dopo di crescente attualità, per via soprattutto della applicazione concreta dell'art. 111 Cost. e del ricorso straordinario in Cassazione, il problema dei provvedimenti diversi dalla sentenza idonei al giudicato sostanziale, e poi ancora quello della rilevabilità d'ufficio o meno del giudicato esterno, e quanto a quello interno sarebbe sopravvenuta la avventurosa stagione della ipertrofia del giudicato implicito).

Non che la esatta ricostruzione della efficacia del giudicato sostanziale, e cioè di come esattamente operasse — quanto all'“accertamento contenuto nella sentenza”, divenuta inimpugnabile con mezzi ordinari e perciò passata in cosa giudicata formale — il “far stato ad ogni effetto” nel prosieguo della esperienza giuridica, fosse trascurato. Ma a livello pratico cosa fosse e *come* operasse il “far stato” più o meno lo sapevano tutti, giudici e avvocati, mentre le questioni più spinose, anche pratiche, riguardavano il *fra chi* (di là della cerchia nominata nell'art. 2909 c.c.) e *su cosa* quel “far stato” operasse.

E così a livello teorico ai processualisti di allora bastava, salvo eccezioni, prescegliere e se del caso implementare (o dissentire da) una delle due note polarizzazioni, quella della efficacia sostanziale e quella della efficacia solo processuale della cosa giudicata<sup>(11)</sup>; entrambe giustamente concepite rispetto alla attuazione giudiziale e cioè rispetto a ciò che accadeva o che dovesse accadere nel *secondo processo* in cui fosse fatto valere il precedente giudicato; dico giustamente perché la attuazione spontanea del giudicato come è ovvio esiste, ma altrettanto ovviamente non è con facilità monitorabile e descrivibile.

Secondo la polarizzazione della teoria sostanziale o materiale del giudicato questo opererebbe appunto sul piano sostanziale

(11) Nel primo senso v. soprattutto E. ALLORIO, *La cosa giudicata*, cit. 16 ss., A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 1-47, 184-224, M. VELLANI *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958, 88 ss.. Nel secondo senso v. soprattutto A. SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1960, 295 ss., E. HEINITZ, *I limiti oggettivi*, cit., 20 ss., E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, cit. 1324, C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963, 110 ss., G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1969, XVIII, 835.

conformando innovativamente e costitutivamente un diverso assetto del rapporto, che il secondo giudice dovrebbe dunque nuovamente accertare nel merito per come esso è conformato dal giudicato. In termini generali, e prescindendo dal limitato sebbene fondamentale angolo visuale operativo del *secondo processo*, una tale polarizzazione richiede all'evidenza che quella del giudicato sia ricondotta alla categoria tradizionale della efficacia costitutiva.

Secondo la polarizzazione della teoria processuale del giudicato sostanziale, quest'ultimo opererebbe solo sul versante processuale imponendo al secondo giudice una sentenza di rito dichiarativa di inammissibilità o improcedibilità per carenza di un presupposto processuale idoneo alla (nuova) pronuncia di merito.

Nei cennati termini generali, prescindenti dal *secondo processo*, questa seconda polarizzazione, sebbene evidentemente più armonica rispetto alla riconduzione della efficacia del giudicato alla mera dichiarazione, non è incompatibile con una, generale appunto, affermazione delle efficacia innovativo/costitutiva del giudicato sul versante dell'assetto sostanziale dei rapporti (che esima dunque dall'angoscia del chiedersi se per avventura la "dichiarazione" e l'"accertamento" siano una *fictio* a fronte dell'ipotesi della c.d. sentenza ingiusta, o se si vuole della verità processuale disgiunta da quella reale, così che invece la verità processuale si volga sempre, e fuori dalla ipocrisia, in innovazione sostanziale). E questa teorica compatibilità fra modalità puramente "processuale" dell'operare del giudicato nel secondo processo e generale efficacia innovativo/costitutiva del giudicato è possibile confinando appunto quella modalità operativa a ciò che il secondo giudice potrebbe e dovrebbe fare — pur prendendo atto che il giudicato ha innovato il quadro sostanziale — per ragioni economicistiche che renderebbero inutile una nuova cognizione di merito su quel rinnovato quadro.

Senonché le due polarizzazioni, relative al limitato ambito dell'operare del giudicato nel secondo processo, sono entrambe illusorie a confronto con la realtà, e sono entrambe di poco valore euristico.

Nessun giudice quando accoglie, o oggi rileva anche d'ufficio, l'eccezione di giudicato emana o può emanare o crede davvero di emanare (di là da eventuali formule tralaticie e non meditate) una autentica sentenza di rito in termini di improcedibilità o inammissibilità. In primo luogo potrebbe far ciò solo nei limiti in cui l'oggetto del secondo processo, promosso dal soccombente nel primo, coincida almeno specularmente con quello del giudicato e dunque solo nel caso della integrale applicazione del *ne bis in idem* rispetto a nuova domanda radicalmente incompatibile col giudicato <sup>(12)</sup>; o altrimenti, nel caso in cui l'oggetto sia solo parzialmente coincidente e dunque la seconda decisione solo parzialmente dipendente dalla prima, il secondo giudice, in moltissimi casi, non potrebbe neppure separare le cause e dovrebbe emanare una sentenza per metà di rito e per metà di merito, il che non sarebbe una tragedia, ma risulterebbe confusionario e scombinato, e una teoria vede senz'altro scemare il suo valore euristico se determina confusioni e inestetiche complicazioni. In secondo luogo e soprattutto, se davvero si trattasse di una sentenza di rito in termini di inammissibilità o improcedibilità, essa non costituirebbe a sua volta giudicato sostanziale <sup>(13)</sup>, il che è assurdo perché è invece ben concepibile che sulla interpretazione ed applicazione al caso concreto del precedente giudicato nel secondo giudizio si formi a sua volta il giudicato (di merito) che impedisca un esito diverso in un eventuale terzo giudizio. In realtà l'unica possibile ipotesi di sentenza davvero di rito fondata sul precedente giudicato è quella della sentenza che respinge per difetto di interesse la domanda assolutamente identica riproposta dall'attore già vincitore nel precedente processo; ma questo è un caso assolutamente di scuola e sommamente irrealistico.

<sup>(12)</sup> Vedi oggi le chiare precisazioni di C. CONSOLO, riguardo alla teoria processuale del giudicato, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Torino, 2017, I, 120-121.

<sup>(13)</sup> Secondo acquisizione tradizionale quanto insuperata (nonostante il noto ed approfondito tentativo di C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Riv. Dir. Proc.* 1966, 419 ss.): v. per opportuna illustrazione e riferimenti S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 287 ss..

Ma non è neppure vero che il secondo giudice faccia o debba fare una sentenza di merito nuovamente accertativa del nuovo rapporto sostanziale e per come esso è stato innovativamente conformato dal precedente giudicato. Per rendersi conto subito ed in concreto, di là di ogni critica astratta, della illusorietà di una simile impostazione basta confrontare una qualsiasi motivazione, giustamente il più possibile sbrigativa (salve le eventuali difficoltà di interpretazione del giudicato), con cui il giudice in qualsiasi caso (identità o parziale identità di oggetto) decide nel merito applicando il giudicato, con altre ben più complesse in cui il giudice accerta il rapporto sostanziale avvalendosi anche del contenuto di una precedente sentenza che però, per limiti oggettivi o soggettivi o perché ancora impugnabile, non vale come giudicato bensì come semplice mezzo di prova soggetta alla libera valutazione <sup>(14)</sup>.

### **3. Falzea ed il giudicato dei processualisti: Liebman snobbato (a torto nei modi; a ragione nella sostanza almeno sul piano teorico-generale).**

Ebbene Falzea ha soprattutto di fronte, scrivendo da civilista e da teorico generale, la tradizione culturale propria dei rispettivi ambiti della cultura giuridica e che egli intende completare ed anzi scardinare: quella del necessario raffronto di ogni atto o fatto giuridico con la situazione sostanziale retrostante per verificare se i suoi effetti siano conservativi e dichiarativi ovvero innovativi e costitutivi, e perciò quella dell'apicale binomio efficacia dichiarativa/efficacia costitutiva.

Gli interessa assai poco polemizzare con i processualisti e con l'alternativa teoria sostanziale/teoria processuale del giudicato, gli interessa piuttosto poco quella alternativa <sup>(15)</sup> e tutto sommato

<sup>(14)</sup> Secondo il noto insegnamento liebmaniano ormai recepito in giurisprudenza (v. a solo titolo di es. Cass., 27 aprile 2001, n. 9384, Cass., 7 febbraio 2019, n. 2643, Cass., 6 dicembre 2019, n. 31969), della efficacia "naturale", e perciò della considerazione della sentenza alla stregua di prova libera soggetta al "prudente apprezzamento" ex art. 116 c.p.c.

<sup>(15)</sup> Ma si vedano le brevi ma illuminanti considerazioni contenute in proposito già in *Teoria della efficacia* del 1951, I, 162 ss.

anche il fatto che alcuni processualisti siano rispetto ad entrambi i suoi corni sempre più insoddisfatti <sup>(16)</sup>. Non gli interessa tanto, insomma, il limitato ambito processualcivilistico riguardo a come il giudicato operi nel secondo processo, bensì quello generale del posizionamento del “far stato” nel quadro delle trasformazioni giuridiche.

Il suo discorso — che oltretutto intende collocare, nella nuova terza categoria della efficacia preclusiva, non solo il giudicato ma anche altri fatti o atti sotto vari profili assai diversi ed assai diversi fra loro — si svolge schiettamente nel solco della generale teoria della efficacia giuridica.

Ed è perciò che egli attinge immancabilmente, ed in fin dei conti alquanto sbrigativamente, da Chiovenda pressoché tutti i materiali “processualistici” che gli servono per occuparsi del giudicato, e che l’unico processualista che egli prende di petto, riguardo al giudicato, è Liebman <sup>(17)</sup>. La stroncatura di Liebman, per vero assai laconica e per questo forse un po’ troppo sprezzante, unita ad altre specificazioni non proprio organiche perché a macchia di leopardo ed in parte slegate fra loro, ma sicuramente chiare, serve a Falzea per mettere anzitutto ordine concettuale prima di collocare il giudicato nel suo nuovo quadro generale della efficacia giuridica.

La formula celeberrima di Liebman, che Falzea trova “*approssimativa e confusa*” <sup>(18)</sup>, è quella del giudicato che “*non è un effetto bensì una qualità degli effetti della sentenza, consistente nella loro irretrattabilità*”. Questa formula, per altri versi fortunata, serviva in realtà a Liebman come viatico per la sua ricostruzione degli effetti naturali della sentenza prescindenti dal — ed anche precedenti il — giudicato (ma non era affatto essenziale a

<sup>(16)</sup> V. ad esempio A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, cit., 201, ma anche il secondo E. ALLORIO, *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 53 ss.

<sup>(17)</sup> A. FALZEA, *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., *passim*.

<sup>(18)</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, II, 187.

questo scopo <sup>(19)</sup>), ed aveva anche il pregio di superare entrambe le alternative dei processualisti su come il giudicato determini l'esito dei successivi processi. Ma lo faceva in fin dei conti al prezzo di svilire la cosa giudicata sostanziale, e cioè l'art. 2909 del codice civile, e di ridurre l'operatività del giudicato alla sua formazione e cioè alla cosa giudicata formale o inimpugnabilità e dunque solo a ciò che è ancillarmente previsto dall'art. 324 del codice di procedura.

Troppo facile. Falzea vuol anzitutto considerare il giudicato nel quadro canonico e ordinato della efficacia giuridica, e perciò vuol considerare il giudicato (formale) e cioè la sopravvenuta inimpugnabilità della sentenza come fatto produttivo di un effetto, il "far stato" dell'art. 2909, e cioè la cosa giudicata in senso sostanziale, la quale è dunque un effetto della complessiva attività giurisdizionale di cognizione culminante irrettrabilità della sentenza. Il giudicato — par di poter obiettare a Liebman sviluppando ciò che è *in nuce* nella critica di Falzea — è certamente un effetto della sentenza, per la buona ragione che seguendo la imprescindibile linea causale che anima le trasformazioni giuridiche, se una sentenza (e tutto ciò che ad essa sta dietro) non vi fosse non vi sarebbe il giudicato. Ma è esso pure produttivo di una sua precipua efficacia (e non di semplice stabilizzazione degli effetti già propri della sentenza, semplice stabilizzazione che lo ridurrebbe appunto al rango di predicato qualitativo di effetti altrui), e cioè produttivo: *a*) di effetti che prima non vi erano, nonché *b*) della cancellazione per sopravvenuta inutilità di effetti puramente processuali che prima vi erano (ad esempio la sospensione per

<sup>(19)</sup> Per la semplice ragione — e cerco di dirlo ovviamente con minor sufficienza e sbrigatività di quelle che all'epoca Falzea si poteva (forse) permettere nei confronti dell'insigne collega milanese — che la sentenza prima o dopo il giudicato ha sempre il medesimo contenuto, ma se essa opera, nel prosieguo della esperienza giuridica, in modo diverso prima e dopo (come è evidente al solo constatare i disposti degli artt. 336, 337, 295, 474 ecc. c.p.c., 2909 c.c. ecc. e quelli solo in parte analoghi, ma sufficienti alla bisogna, dell'epoca in cui Liebman scriveva), ciò vuol dire che il suo operare prima del giudicato (formale) corrisponde per l'appunto alla efficacia "naturale" della sentenza in quanto tale, non bisognevole di particolare né complicata dimostrazione.

pregiudizialità necessaria e la esecutività “provvisoria”). Le conseguenze effettuali *sub a*) si riassumono nel “fare stato” dell’art. 2909 c.c. e ad esse il teorico generale Falzea dedica ovviamente attenzione per collocarle fuori dall’alternativa tradizionale costituzione/dichiarazione; quelle *sub b*) sono complementari alle prime sul versante del solo processo ed il non processualista Falzea non se ne occupa minimamente, senza però che esse, in quanto appunto complementari e coesenziali al “fare stato”, possano alterare la collocazione teorico generale della complessiva efficacia del giudicato. Ma proprio nella diversità fra *a*) e *b*) sta a mio avviso la ragione della intuitiva, e pur esagerata nei modi, ripulsa di Falzea nei riguardi di Liebman.

Da un lato infatti proprio le conseguenze effettuali *sub b*) ed altre, che pure discendono, “naturalmente” nell’ottica di Liebman, dalla sentenza ancora impugnabile, ben lungi dall’acquisire con il passaggio in giudicato una “qualità” stabilizzante semplicemente evaporano perché non servono più a niente.

D’altro lato il passaggio in giudicato determina nel prosieguo della esperienza giuridica conseguenze effettuali che dianzi non esistevano e che orientano (il “fare stato ad ogni effetto” appunto) le condotte del secondo giudice, delle parti ed in qualche caso dei terzi come prima la sola sentenza in quanto tale, o come dopo la sola sentenza in quanto tale che non possa però valere quale giudicato per limiti soggettivi o oggettivi, non riusciva e non riuscirebbe a fare.

Proprio tali conseguenze effettuali nuove e diverse presuppongono la irretrattabilità (visto l’imprescindibile coordinamento normativo fra l’art. 324 c.p.c. e l’art. 2909 c.c.); la quale irretrattabilità non può dunque per definizione essere una semplice loro “qualità” perché esse (e perciò il “fare stato”) prima della sopravvenuta irretrattabilità semplicemente non esistevano e perché di esse la irretrattabilità è il presupposto.

Ed è perciò che su tali conseguenze effettuali nuove e diverse, e cioè sulla efficacia del giudicato, è opportuno che il teorico generale indaghi per chiedersi, con Falzea, se esse siano riconducibili alla (e cioè se le condotte dei soggetti astretti dal giudicato

siano orientate in modo vincolante dalla) dichiarazione della situazione precedente o della costituzione di situazione nuova ovvero da un fenomeno diverso dall'una o dall'altra.

In questa mia estrema sintesi vi è un'eco anche della ambivalenza falzeiana — proprio a proposito dell'*accertamento* in generale ed espressa ad esempio in un breve ma denso e complesso paragrafo della relativa Voce enciclopedica — consistente nel riguardare un medesimo fenomeno insieme quale fatto e quale effetto <sup>(20)</sup>. Ma vi è anche che questa sintesi, nell'individuare in ciò che i processualisti chiamano giudicato formale un fatto produttivo dell'effetto preclusivo del giudicato sostanziale e cioè del “far stato”, non corrisponde del tutto al lessico concettuale di Falzea, perché non è semplice ricondurre — e Falzea stesso non mi pare lo tenti — questo particolare fenomeno alla classificazione falzeiana <sup>(21)</sup> di fatti, atti materiali e atti volontari: mentre la transazione quale fonte causale della corrispondente efficacia preclusiva è sicuramente un atto negoziale, quanto invece alla fonte causale (e cioè alla formazione del giudicato formale) che produce l'effetto preclusivo del giudicato si dovrebbe forse dire che si tratta di una situazione complessa integrata da fatti, atti materiali e atti volontari delle parti e del giudice.

La novità di Falzea è appunto e comunque che a questo “far stato”, a questo effetto, si attribuisce al pari che ad altri natura e portata diverse rispetto a quelle tradizionali della dichiarazione e della costituzione, e cioè natura e portata preclusive.

#### **4. I processualisti e Falzea: la efficacia preclusiva non solo supera l'alternativa tradizionale, a livello di teoria generale, fra dichiarazione e costituzione, ma rende inutile il classico dibattito sull'operare del giudicato nel secondo processo.**

Ora a me è sempre sembrato, ma posso naturalmente sbagliarmi, che l'unica piena adesione dell'epoca alla teoria dell'ef-

<sup>(20)</sup> A. FALZEA, *Accertamento*, II, 206.

<sup>(21)</sup> Da ultimo A. FALZEA nella voce *Fatto giuridico* del 1967, sempre in *Ricerche*, II, 329 ss.

ficacia preclusiva del giudicato sia stata quella di Busnelli (non un processualista) già nel saggio del 1961 e dunque dopo il Falzea della Voce *Accertamento* del 1958 (22).

L'atteggiamento dei processualisti (salve le poco pertinenti critiche di Vocino (23) quelle in definitiva solo lessicali di Pugliese

(22) F.D. BUSNELLI, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1961, 1334.

Altre adesioni di non processualisti (a parte quelle piuttosto scontate dei “messinesi”) sono menzionate dallo stesso Falzea nella nota 112 della Voce *Efficacia* (II, 168-169): M.S. Giannini, A. Querci, S. Piras, nonché il Mauro Cappelletti costituzionalista del saggio sul controllo di costituzionalità delle leggi: tutte però alquanto generiche.

(23) C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963, 58. Vocino, nella sostanza, confonde il contenuto della sentenza che passa in giudicato, e cioè l'accertamento in senso per così dire tradizionale ed innegabile di ricostruzione della situazione preesistente, con l'efficacia che si produce necessariamente *pro futuro* dopo il passaggio in giudicato e cioè l'efficacia stessa del giudicato in quanto tale, la quale per Falzea è efficacia eminentemente sostanziale ma consiste nell'impedire qualunque indagine sulla situazione retrostante e sulla conformità o non conformità ad essa dell'accertamento contenuto nella sentenza; confonde cioè — ci si passi la semplificazione — quel che il giudice fa per giungere al giudicato con gli effetti, necessariamente successivi, di quest'ultimo.

Quando Vocino, riferendosi espressamente a Falzea, scrive che “un particolare effetto preclusivo” da “ricollegarsi a questo” e cioè all'accertamento “è sicuramente qualcosa che *extrinsecus venit* e ne lascia concettualmente immutata la sostanza” si ha la dimostrazione della suddetta confusione: è ovvio che l'accertamento inteso nel senso statico di contenuto della sentenza sia per definizione dichiarativo (su di esso potendosi poi innestare all'occorrenza la condanna o la costituzione), ma è altrettanto ovvio che in senso dinamico e prospettico la efficacia preclusiva — non della sentenza ma — della sentenza passata in giudicato è qualcosa che *extrinsecus venit* proprio perché non discende da ciò che il giudice ha fatto ma da ciò che il legislatore vuole che i futuri giudici e tutti gli altri soggetti vincolati dal giudicato facciano di fronte ad esso: ossequiarlo, del tutto a prescindere dal carattere dichiarativo della cognizione giudiziale. Che l'efficacia preclusiva di Falzea nulla o ben poco abbia a che vedere con il modo in cui si forma il fatto o atto che la produce è dimostrato, del resto, se si guarda a quella riconnessa da Falzea alla transazione, anch'essa come il giudicato dotata di efficacia preclusiva al fine di rimuovere l'incertezza dovuta alla controversia e al dubbio, ma che quella efficacia preclusiva produce pur se ovviamente nulla vi sia di cognizione e di accertamento a monte della transazione (v. anche oltre il § 9).

(24) ed i ben più significativi rilievi di Attardi e Ferri (25)) è stato di rispettosa ed elegante indifferenza, o di rispettosa ed elegante perplessità, forse perché la teoria della efficacia preclusiva, volando in cieli così alti e generali, non sembrava suggerire direttamente ed apparentemente nulla quanto ai problemi dei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato o ad altri specifici.

Non si è colto appieno invece che proprio la teoria della efficacia preclusiva, in primo luogo, annichiliva e sostituiva entrambe le alternative che si andavano rivelando entrambe sempre più insoddisfacenti circa il modo di operare del giudicato sostanziale nel succes-

(24) G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, cit., 827-828. In estrema sintesi Pugliese appare in realtà sedotto dalla teoria delle efficacia preclusiva applicata al giudicato (“suggestiva tesi”, “si può ammettere che il giudicato operi una soluzione di continuità nel divenire giuridico”) e comprende bene che Falzea è in realtà lontano dalla teoria processuale del giudicato cara ad alcuni processualisti precedenti e coevi, nonché comprende ed approva l’insistenza di Falzea sui connotati “sostanziali” della efficacia preclusiva, e comprende altresì che questi connotati sostanziali non consistono nella innovazione o costituzione rispetto alla situazione retrostante ma per l’appunto nell’impedire che ad essa si guardi. Sol che ritiene che ciò spieghi “solo una faccia del fenomeno” o che Falzea abbia usato per lo meno un aggettivo ingannevole — “preclusivo” appunto — perché esso non indica un dovere positivo dei soggetti vincolati del giudicato, compresi i futuri giudici, bensì soltanto un impedimento. Basterebbe però replicare (anche se la critica lessicale è tutt’altro che peregrina ed è significativo il raffronto fra la “preclusione” falzeiana e l’*estoppel* di *common law*) che proprio dall’impedimento dello sguardo al passato — il quale per Falzea è formula (in una con l’aggettivo “preclusiva”) intesa a staccare definitivamente l’efficacia del giudicato dalla alternativa dichiarazione/costituzione — emerge in positivo la regola di condotta imposta dall’efficacia preclusiva: per le parti vincolate dal giudicato, le quali non conoscono ovviamente la scissione fra attività di rito e attività di merito, quella regola di condotta consisterà, puramente e semplicemente, nel conformarsi al giudicato indipendentemente dal suo essere o poter essere dichiarazione del passato o innovazione sul passato; per il futuro giudice essa consisterà nel pronunciare conformemente al giudicato con sentenza di merito senza necessità però che questa debba considerarsi il frutto della cognizione su un nuovo rapporto conformato del giudicato (si veda a riguardo subito oltre al termine del paragrafo ed alla nota 30).

(25) Le critiche di C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale*, cit. 435 e di A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, cit., 25 ss. (il primo oltretutto nell’ambito del suo particolare tentativo di contestare la correlazione necessaria fra cosa giudicata sostanziale e cognizione di merito: v. *supra* alla nota 13) si collocavano anch’esse a metà fra i dubbi semantici e la difficoltà di accettare il carattere “sostanziale” della efficacia preclusiva (pur fortemente ribadito da Falzea) nonchè la stessa impostazione logica (oltre che lessicale) della teoria delle efficacia preclusiva, ragione per la quale (e pur contenendo quelle critiche spunti ancor più significativi rispetto a quelli di Pugliese, ma che richiederebbero una analisi complessa e lunga) può qui convenientemente rinviarsi alla nota precedente.

sivo giudizio: quella della operatività solo processuale in termini di inammissibilità o improcedibilità dell'azione e quella della efficacia costitutiva del giudicato con la conseguenza della successiva sentenza di merito accertativa della nuova situazione da questo creata. Per la verità in alcune meditate ricognizioni dovute a moderni studiosi del processo la idea di Falzea viene considerata più prossima o imparentata con la teoria processuale del giudicato <sup>(26)</sup>. Il che può anche essere vero, perché — come si è visto al paragrafo precedente — la teoria processuale finisce col postulare un divieto di nuovo esame nel merito della “situazione pregressa” siccome già accertata, e cioè per l'appunto la preclusione dello sguardo all'indietro. Ma la preclusione dello sguardo all'indietro è, con qualche solo apparente maggior sforzo, un postulato anche della teoria materiale del giudicato, derivante in quel diverso contesto da ciò che la innovazione costitutiva arrecata dal giudicato sul piano sostanziale costringe il secondo giudice ad accertare nel merito tale innovazione piuttosto che la situazione pregressa che non è più o è stata modificata.

In realtà la idea di Falzea le toglie di scena entrambe perché elide in radice, sul piano generale della efficacia, il presupposto non del tutto imprescindibile ma prevalente della teoria processuale e cioè che il giudicato spieghi efficacia puramente dichiarativa (che era però il primario insegnamento chiovendiano), come pure il presupposto, questa volta imprescindibile, della teoria materiale e cioè che il giudicato spieghi efficacia costitutiva.

Insomma, chiunque voglia può intravedere un effetto “preclusivo” di sapore falzeiano nella sceneggiatura concreta e particolare del *secondo processo*, vuoi se questa sceneggiatura sia assemblata dal processualcivilista secondo il copione della teoria processuale del giudicato, vuoi che essa sia assemblata secondo l'opposto copione della teoria materiale. Senonché, tosto che l'osservatore riguadagni i piani alti della *Allgemeine Theorie*, dovrà rendersi conto che quell'effetto preclusivo sarebbe allora un *effetto indiretto*, e

<sup>(26)</sup> V. anche di recente C. CONSOLO, *Codice di procedura civile – Commentario*, Milano, 2018, I, 101.

cioè un *effetto*, nel secondo processo, dell'*effetto che al giudicato si ascrive sul piano del diritto sostanziale*: la dichiarazione vera per definizione oppure la innovazione accettabile per definizione. A misura cioè che prevalga la riconduzione della efficacia immediata del giudicato ad una o all'altra delle due classiche alternative della dichiarazione o della costituzione, si orienta nei modi concreti la sceneggiatura di ciò che il secondo giudice deve fare: il secondo giudice non guarda indietro perché un accertamento vero e non ripetibile è stato già compiuto e dunque pronuncia in rito; oppure il secondo giudice non guarda indietro perché nel frattempo il giudicato ha mutato la situazione sostanziale e questa, e non altra che non vi è più, egli è ora chiamato ad accertare nel merito.

Ora, di fronte a questo quadro, chiunque sia animato da spirito pratico — il quale vorrebbe il più possibile semplici le teorie giuridiche — si avvede che è semplice ed insieme semplificatorio elidere del tutto un passaggio, piuttosto che desumere dalla efficacia sostanziale del giudicato i suoi ulteriori effetti nel secondo processo.

E per l'appunto nella originale idea di Falzea (per tutti grande e pindarico teorico generale, ma per chi ha avuto la fortuna di frequentarlo uomo pratico quanto altri mai) l'effetto preclusivo, e cioè il divieto di guardare alle spalle per verificare se vi sia stata "dichiarazione" o "innovazione", è il prodotto *diretto ed immediato* del giudicato e rappresenta la sua *diretta efficacia*. Sicché oso, un tantino presuntuosamente, credere che Falzea, se avesse voluto ridiscendere alle dinamiche processuali più concrete, dalle quali *non aveva* preso le mosse, avrebbe concluso nel senso che è proprio questa (culturalmente nuova categoria di) diretta efficacia — e nulla invece di retrostante che possa dirsi "dichiarazione" o "innovazione" (perché né dell'una né dell'altra è dato discorrere quando la sentenza passa in giudicato) — ad orientare la sceneggiatura del secondo processo. E lo fa liberandola del tutto dalla alternativa obbligata dichiarazione/innovazione, e perciò in un modo diverso e ben più lineare e soddisfacente di quanto non accada alla stregua delle teorie processuale o materiale del giudicato così care, su opposti fronti, alla maggioranza dei processualisti o almeno ai processualisti dell'epoca.

Se infatti si traggono, con riguardo al secondo processo, le conseguenze logiche della efficacia preclusiva si ha:

- (i) che la sentenza di accoglimento della eccezione di giudicato non può essere una sentenza di rito perché la efficacia preclusiva è (come Falzea non manca di ricordare più e più volte<sup>(27)</sup>) una efficacia “sostanziale”<sup>(28)</sup>;
- (ii) ma si ha anche che la sentenza di merito che accoglie l’eccezione di giudicato o che si fonda sul giudicato invocato dall’attore non accerta affatto la nuova situazione giuridica o il nuovo rapporto che il giudicato ha costituito sul versante sostanziale, non guarda alla situazione sostanziale precedente nel suo complesso scorgendovi la innovazione costitutiva apportata dal giudicato, bensì si limita il più sbrigativamente possibile a conoscere, nel merito, del giudicato in quanto tale e del suo effetto preclusivo che impedisce qualsiasi accertamento sulla situazione che c’era e qualsiasi accertamento su di una situazione nuova che non si sa se c’è perché sulla precedente situazione è impedito lo sguardo. Sicché la effi-

(27) V. ad esempio A. FALZEA, *Efficacia*, II, 186.

(28) Falzea parla occasionalmente alla fine del paragrafo sul giudicato della Voce *Efficacia*, ingenerando qualche apparente confusione, di “inammissibilità”. Ma non si tratta della inammissibilità in senso tecnico della domanda o della eccezione nel secondo processo, bensì di inammissibilità in senso generico della cognizione di ogni questione retrostante al giudicato.

In realtà la sua critica alla visione puramente “processualistica” del giudicato è assai chiara ad esempio, e già in *Teoria dell’efficacia* del 1951 (I, 163): “Ma è proprio qui, nella negazione di ogni contatto tra il terreno processuale, in cui si dice di esaurire la propria efficacia la cosa giudicata, e il terreno sostanziale, non intaccabile dal giudicato, che sta il momento di maggiore debolezza della teoria processuale. La indipendenza tra i due campi, sostanziale e processuale, del diritto dà luogo, infatti, fatalmente alla coesistenza di una duplice e contraddittoria realtà: quella sostanziale, in cui le situazioni giuridiche continuano a vivere ed a svolgersi con il loro originario contenuto nonostante l’eventuale diverso accertamento che ne abbia fatto la sentenza; quella processuale, in cui le situazioni giuridiche, invece, vivono e si svolgono con il solo contenuto accertato nella sentenza. Due verità, dunque: la verità sostanziale e la verità processuale; e due verità, che, sebbene eventualmente opposte, appaiono entrambe nel medesimo tempo e nel rispettivo campo, come verità giuridiche”.

Sul carattere “sostanziale”, e non meramente processuale, della efficacia preclusiva di Falzea e sulla perplessità (a mio sommesso avviso comprensibile ma non giustificabile), che questo predicato ha destato, vedi *retro* le note 24 e 25.

cacia preclusiva sostanziale del giudicato, che è perciò sicuramente oggetto di accertamento di merito, ha bensì una valenza anche “processuale” ma non nel senso di postulare una sentenza di rito bensì nel senso di orientare una modalità motivazionale e decisoria della pronuncia di merito.

Ed è perciò che la impostazione più prossima a quella della efficacia preclusiva di Falzea, se si ha come campo eminentemente operativo di osservazione quello del secondo giudizio, credo di ritrovarla semmai in un processualcivilista attuale come Augusto Chizzini <sup>(29)</sup> con la idea di una *lex specialis* che il giudicato rappresenta *pro futuro* e per i futuri giudici nei successivi casi concreti <sup>(30)</sup>: “*una nuova norma di diverso* [rispetto alla superiore norma di legge], *in quanto non generale, contenuto*”; posizione questa su cui mi paiono convergere le Sez. Unite n. 5633 del 21 febbraio 2022 con l’affermazione della sindacabilità piena, nel giudizio di legittimità, della interpretazione del giudicato esterno siccome “legge del caso concreto”.

### **5. L’efficacia preclusiva offre la più semplice spiegazione possibile della copertura del dedotto e del deducibile, nonché della impermeabilità del giudicato allo *ius superveniens*.**

E così l’efficacia preclusiva spiega nel modo più idoneo e lineare il principio, sempre carissimo ai processualisti italiani e

<sup>(29)</sup> A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, 57. V. altresì, in senso parzialmente analogo, A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 64.

<sup>(30)</sup> Sebbene Chizzini non si richiami determinatamente alla “efficacia preclusiva” di Falzea, la vicinanza, a tanti lustri di distanza, mi pare offerta da due elementi: a) anche Chizzini libera il giudicato dalla imprescindibile esigenza della sua riconduzione, o meglio della riconduzione della sua efficacia alla alternativa dichiarazione/costituzione; b) la idea di Chizzini della *lex specialis* incorporata nel giudicato sostanziale, e però sottratta al principio *lex posterior derogat priori*, finisce con il coincidere, di là dai termini adoperati, con ciò che ad alcuni (v. sempre note 24 e 25) — non a me — è parso difettare nella teoria della efficacia preclusiva di Falzea, e cioè il suo *côté* positivo (oltre a quello asseritamente solo negativo dell’impedimento dello sguardo al passato), vale a dire con la regola di condotta che *pro futuro* i soggetti vincolati dal giudicato devono seguire e che il giudice del secondo processo, ove anch’esso vincolato dal giudicato, deve enunciare con sentenza *di merito*, senza però che ciò derivi dall’essere l’efficacia del giudicato costitutiva rispetto al passato.

giustamente inossidabile, della copertura del dedotto e del deducibile<sup>(31)</sup>.

Perché se la prima sentenza passata in giudicato dichiara che Caio è tenuto a pagare a Tizio il prezzo del quadro, dopo aver verificato in via istruttoria la validità formale e sostanziale del contratto e che il quadro è stato effettivamente consegnato il 12 aprile 2021 a casa di Caio, ebbene nel secondo processo la immancabile reiezione della domanda di ripetizione di indebito, proposta da Caio sulla base del rilievo, non dedotto ma deducibile prima della formazione del giudicato, che il quadro è fatto da me e non da Picasso e perciò è *aliud pro alio*, sarebbe difficilmente spiegabile:

(i) sia se si dicesse che il giudicato ha creato costitutivamente un nuovo rapporto sostanziale (teoria materiale del giudicato) per definizione valido ed efficace che prima poteva anche non esistere fra Tizio e Caio, comprensivo sì del riconoscimento della dedotta ed esaminata già avvenuta consegna del quadro quale presupposto dell'ancora dovuto pagamento del prezzo<sup>(32)</sup>, ma non della non dedotta e non esaminata sua

<sup>(31)</sup> V. a riguardo anche le riflessioni di A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti*, cit. 69 ss., dalle quali ben si percepisce (sulla scia di parte della dottrina tedesca) la difficoltà di giustificare la copertura del deducibile senza "aggiungere" alla efficacia del giudicato l'effetto preclusivo (sennonché esso per Falzea non rappresenta una aggiunta complementare risultante dalla efficacia del giudicato, bensì questa stessa).

<sup>(32)</sup> Questo nuovo rapporto creato dal giudicato nel mondo del diritto sostanziale consisterebbe dunque in una sorta di negozio di ambito più "ridotto" rispetto al precedente, comprensivo del riconoscimento della tempestiva consegna del quadro e del residuo impegno, accettato dalla controparte, a pagare un determinato importo a titolo di prezzo. Il che dà prova tangibile — in questo ma *mutatis mutandis* in numerose altre possibili serie di esempi — di tutta la artificiosità della teoria materiale del giudicato e più in generale della riconduzione della efficacia del giudicato alla categoria della efficacia costitutiva.

Ma nell'esempio in discorso (come in altri possibili) più ancora che la artificiosità si nota anche la inettitudine di quell'approccio teorico a giustificare interamente perfino la copertura del dedotto. Infatti il nuovo rapporto costituito dal giudicato non può che essere omogeneo rispetto a quello su cui il giudicato ha pronunciato (sebbene appunto innovativo) e perciò nel nostro caso negoziale. Ma se esso è nuovo e diverso dal precedente, come può la verifica della validità ed efficacia del precedente, che pure corrisponde al "dedotto" nel pregresso giudizio, impedire che si metta in dubbio proprio la validità ed efficacia del nuovo rapporto negoziale costituito dal giudicato? Nel testo — e per semplificare l'esempio — si dice che esso è valido ed efficace "per definizione" e cioè perché costituito dal giudicato, ma si tratta evidentemente di una ipostatizzazione aprioristica non spiegata dal-

- autenticità; in altre parole: attribuita efficacia sostanziale costitutiva al giudicato, la copertura del deducibile non sarebbe giustificabile sulla base di quella efficacia costitutiva, ma sarebbe solo ipostatizzabile a monte e del tutto a prescindere da quella efficacia;
- (ii) sia se si dicesse che quella reiezione è una pronuncia di rito giustificata da ciò che il giudicato ha semplicemente dichiarato (efficacia dichiarativa del giudicato) riguardo alla situazione retrostante (teoria processuale del giudicato), perché la autenticità picassiana del quadro non sarebbe stata affatto accertata nella prima sentenza, e risulterebbe esteticamente indigeribile, a fronte di ciò, un diniego di accertamento di merito quale si incorpora in ogni sentenza di rito; più in generale, ed anche in disparte dalla teoria processuale come descrizione del modo di operare del giudicato nel secondo processo, ancor qui, e seppure in senso diverso, il deficit euristico rispetto alla “copertura del deducibile” mi pare evidente: se la portata della efficacia è quella dichiarativa, non ci si può che limitare a ciò che è stato effettivamente dichiarato ed accertato della situazione retrostante senza ricomprendervi ciò che avrebbe potuto essere accertato se fosse stato dedotto, al cui riguardo potrà solo dirsi che ogni successiva indagine è preclusa; affermazione tuttavia apodittica perché proprio questo impedimento o divieto di indagine sta evidentemente fuori dalla presunta efficacia dichiarativa.
- (iii) Mentre quella reiezione della domanda di ripetizione di indebito, fondata su una circostanza a suo tempo deducibile ma non dedotta, è molto più agevolmente spiegata dalla teoria della efficacia preclusiva: si prende sbrigativamente “l’ac-

la, ed anzi contrastante con la supposta efficacia costitutiva del giudicato. Occorrerebbe allora dire che ciò che nasce dal giudicato non è in realtà un nuovo rapporto omogeneo ma innovativo rispetto al precedente (e perciò, nel nostro caso, negoziale) bensì una *lex specialis* e *sui generis* governante, con l’intrinseco crisma della validità ed efficacia, il futuro rapporto fra le parti, come mi pare voglia ad esempio CHIZZINI (v. *supra* nota 30): con il che si è a mio avviso nella sostanza assai prossimi alla efficacia preclusiva di Falzea.

certamento contenuto nella sentenza” e cioè “Caio deve a Tizio quattro milioni quale prezzo del quadro” ed al giudice è impedita, ai fini di decidere nel secondo processo, qualunque indagine sulla situazione retrostante in tutte le sue componenti, compresa la autenticità del quadro, e perciò non può che rigettare *nel merito* la domanda ripetitoria di Caio (il quale di lì innanzi farà bene a farsi piacere il quadro da chiunque esso sia dipinto).

Discorso analogo, in termini di maggior valenza euristica e semplificatoria della efficacia preclusiva, rispetto a qualsiasi tradizionale costruzione teorica in punto di efficacia, va fatto riguardo ad altra acquisizione pacifica e che ben pochi intenderebbero abbandonare: quella della impermeabilità della cosa giudicata di fronte allo *ius superveniens* retroattivo <sup>(33)</sup>.

La preclusione falzeiana dello sguardo indietro rispetto al passato, prescindente vuoi dalla costituzione di nuova situazione giuridica *inter partes* vuoi dalla mera dichiarazione conforme alla situazione preesistente, giustifica appieno il perché la retroattività di qualunque sopravvenuto evento normativo, pur incidendo *erga omnes* sulla situazione giuridica preesistente non incide sul giudicato, il quale spiega efficacia non confermativa né innovativa rispetto a quella situazione ormai dietro le quinte.

Se invece il giudicato fosse mera dichiarazione rivolta al passato, la dichiarazione contraria implicata da norma retroattiva finirebbe col prevalere siccome sopravvenuta. Ed a più forte ragione la portata invariabilmente costitutiva della norma sopravvenuta finirebbe col prevalere sull'effetto anch'esso costitutivo del precedente giudicato se questo davvero fosse il suo effetto; e

<sup>(33)</sup> La acquisizione è unanime sia in dottrina che in giurisprudenza (al punto da esimere da richiami), salvi i dubbi di recente riaffiorati riguardo al cd. “giudicato incostituzionale” e cioè alla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della disposizione di legge su cui la sentenza passata in giudicato si sia fondata; dubbi che però a mio avviso vanno alquanto ridimensionati, e comunque ricondotti — per ciò che interessa in questo scritto — alla tematica generale della “crisi del giudicato” quale novità con la quale la teoria della efficacia preclusiva deve certamente fare i conti, uscendone però senza danni (se ne dirà oltre §10).

lo farebbe — in virtù della sua sancita retroattività — non solo e come può anche accadere per ribaltare *pro futuro*, a partire dalla sua entrata in vigore ed anche *inter partes*, salvi i diritti quesiti, il permesso o il limite o la pretesa ecc. consacrati dal giudicato (34), ma anche con riguardo al periodo temporale corrente fra il giudicato e la entrata in vigore e cioè incidendo proprio sui diritti quesiti.

Insomma: lo *ius superveniens* quando è retroattivo (altrimenti il problema non si pone) partecipa invariabilmente sia della dichiarazione sia della costituzione; la efficacia preclusiva del giudicato sottrae quest'ultimo vuoi all'ambito della dichiarazione vuoi a quello della costituzione, rendendolo per così dire in radice disomogeneo rispetto al piano effettuale dello *ius superveniens* retroattivo ed eliminando in radice entrambi i terreni di coltura della possibile incidenza prevalente di questo.

## **6. La considerazione assiologica della teoria dell'efficacia preclusiva applicata al giudicato: A) sul piano della assiologia della cultura; la concretezza della teoria.**

Se vogliamo considerare nella dimensione assiologica così familiare a Falzea la teoria della efficacia preclusiva del giudicato, vi sono credo due valori da essa emergenti. Si tratta, soprattutto quanto al primo aspetto, di considerazione assiologica relativa non ad istituto giuridico o ad un portato legislativo o giurisprudenziale, ma ad una teoria giuridica, e dunque si tratta di

(34) Né più né meno insomma di come, non già sul giudicato in quanto tale e sulla sua efficacia, bensì sulla consecutiva e perdurante regolazione del rapporto può incidere, ma solo a partire dalla sua venuta ad esistenza, anche un fatto sopravvenuto, ad esempio il pagamento rispetto alla obbligazione; mentre la incidenza, in senso proprio, sul giudicato dei fatti sopravvenuti dopo l'ultimo momento utile di loro deducibilità in corso di giudizio (in arg. v. soprattutto A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 63 s. e R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, *passim*) va confinata in misura a mio avviso limitata solo alle ipotesi razionalmente ragguagliabili, per come è strutturato il nostro processo, alla sopravvenienza post-giudicato (e tenendo dunque conto anche della fisiologica deducibilità mediante rimessione in termini) o a quelle riconducibili alla revocazione straordinaria.

assiologia della cultura. Perciò non è detto — ed infatti così non è — che il teorico generale Falzea enunci espressamente quali sono i moventi ed i risultati assiologici della sua operazione culturale. Il secondo aspetto (se ne dirà al § 8) coinvolge invece anche la dimensione assiologica in senso proprio e cioè quella riconnessa all'istituto del giudicato se riguardato alla luce della teoria della efficacia preclusiva.

Entrambi questi aspetti mi sembrano in ogni caso tutt'altro che trascurabili.

Il primo aspetto consiste nella valenza empirica della efficacia preclusiva del giudicato, e cioè nella sua aderenza alla concretezza della esperienza quale si forma nelle aule di tribunale e negli scritti degli avvocati e dei giudici (direbbero Alf Ross o i realisti nordamericani, che Falzea avvertiva in definitiva assai vicini).

Falzea, a dispetto delle più epidermiche apparenze, era un giurista ed anche un teorico generale molto pratico e concreto. Che il diritto sia una scienza eminentemente pratica era insegnamento carissimo a Pugliatti ma non meno caro a Falzea. Perfino la teoria generale si giova della esperienza concreta e perfino la teoria generale non può essere in rotta di collisione rispetto a ciò che accade in concreto.

Quel che voglio dire — in una sintesi estrema della quale mi scuso — è che alla fine dei conti se si analizza l'atteggiamento concettuale “normale” della parte e del giudice quando rilevano il giudicato, insomma se si fa opera di sociologia giuridica o semplicemente si fa tesoro spassionatamente di ciò che si vede e si constata sui marciapiedi della giustizia, ebbene la descrizione teorico-generale di gran lunga più combaciante è proprio quella del “non guardare indietro” del “non considerare la situazione giuridica retrostante” implicata dalla efficacia preclusiva.

Certamente la parte e soprattutto il giudice non ragionano e non si esprimono come se il precedente giudicato abbia fotografato la precedente situazione ovvero la abbia innovata creando situazione diversa che deve essere nuovamente ricostruita. Insomma l'esperienza concreta mi sembra lontana sia dalla efficacia dichiarativa sia dalla efficacia costitutiva del giudicato.

Il che ha una plastica evidenza nelle situazioni di c.d. conflitto teorico, ad esempio fra statuizioni giudiziali all'interno dello stesso processo ed in ipotesi di cause scindibili e perfino con parti dei distinti rapporti parzialmente coincidenti (obbligazioni solidali ed altro). Ed a me pare insomma e più in generale che ciò che si è detto per la “copertura del dedotto e deducibile” valga anche, mutato ciò che si deve, per il conflitto teorico fra giudicati <sup>(35)</sup>: la efficacia preclusiva è meglio in grado di giustificarlo razionalmente, sistematicamente e perfino costituzionalmente.

È molto complicato e barocco, non impossibile ma alquanto irrealistico, che il giudice dica: fra Tizio e Caio (non operando il giudicato) accerto la situazione giuridica retrostante come A, mentre fra Tizio e Sempronio sono costretto ad accertare la medesima situazione come B o a considerare che il giudicato abbia modificato A in B. Mentre è molto più semplice che il giudice dica: quanto al rapporto fra Tizio e Caio scrivo pagine di motivazione liberamente ricognitive della situazione retrostante come A, mentre fra Tizio e Sempronio non mi chiedo neppure se B, e cioè l’“accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato”, sia conforme o difforme da A.

Su altro versante, e sempre a proposito della maggiore conformità alla realtà della efficacia preclusiva, ho già accennato prima (§ 2) a come le due opposte e tradizionali visioni care ai processualisti precedenti e contemporanei di Falzea, entrambe sorpassate in via di risultato collaterale dalla teoria della efficacia preclusiva, fossero lontane dalla realtà. Nessun giudice quando decide sulla base del precedente giudicato può seriamente pensare di fare una sentenza di mero rito, e nessun giudice può seriamente pensare di fare una sentenza di merito che abbia come contenuto anche motivazionale un nuovo integrale accertamento di situazione nuova costituita dal giudicato.

<sup>(35)</sup> Sul quale vedi l'amplessima recente indagine di M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, 2020.

### **7. (*Intermezzo*). L'efficacia preclusiva applicata alla prescrizione: smentita lessical-normativa, ma conferma empirica.**

In parentesi vorrei far notare che la teoria dell'efficacia preclusiva applicata alla prescrizione (a differenza di quanto dirò fra poco per il giudicato) ha una smentita normativa clamorosa, sebbene non vincolante per l'interprete in quanto sostanzialmente definitoria, ma ha una altrettanto clamorosa conferma empirica, nel che trovo un segno tangibile del realismo di Falzea e del fatto che per Falzea la teoria generale è stata sempre il miglior modo per coniugare realtà e valori al di sopra di qualunque normativismo di ascendenza kelseniana (affermazione iper sintetica questa della quale trovo tuttavia un riscontro molto complesso e approfondito nella prima parte "metodologica" della voce *Efficacia*).

L'art. 2934 del codice civile dice a chiare lettere che la prescrizione estingue il diritto, assegnandole in apparenza — specie se lo si fa combaciare con l'art. 2908 — una plastica efficacia costitutiva (analogamente, a termini invertiti, l'art. 1158 per la usucapione, altro fatto ad efficacia preclusiva anche se qui il discorso di Falzea mi è sempre parso meno lineare che per la prescrizione; *idem* nel codice del 1865, nel quale all'art. 2105, visto che si contemplava anche la prescrizione acquisitiva, la efficacia costitutiva era descritta a doppio senso).

Senonché nel concreto della esperienza comune la eccezione di prescrizione e la relativa questione sono indubitabilmente "preliminari", anche se ciò non è scritto espressamente da nessuna parte. E nel concreto insomma nessun giudice si pone il problema dell'ordine logico che sarebbe implicato dalla efficacia costitutivo/estintiva della prescrizione, nel senso che non si può prescrivere un diritto inesistente. E qualunque giudice si occupa di solito subito e "preliminarmente" della eccezione di prescrizione. Non è un caso che nella originaria esposizione del 1951 Falzea <sup>(36)</sup> faccia ricorso, come sinonimo dell'effetto preclusivo della prescrizione, ad un lemma tipicamente tratto dalla prassi

(36) A. FALZEA, *Teoria della efficacia*, I, 154-155.

avvocatesca e giudiziale anche di allora, quello di “assorbimento” (non guardo indietro appunto). E nella versione 1965 Falzea considera proprio l’operare della prescrizione nel processo: “*Sebbene sia tradizionalmente inquadrata tra le cause estintive dei diritti soggettivi, non si dubita della giuridica possibilità di invocare la prescrizione anche nel concorso di cause estintive che impegnino una prova più complessa e difficile*”<sup>(37)</sup>.

Semmai non è escluso che nel singolo caso concreto la questione di prescrizione sia essa stessa molto difficile da risolvere, e molto più facile invece il riscontro della inesistenza del diritto. Ma questa non è negazione in concreto della efficacia preclusiva della prescrizione, bensì applicazione della tecnica motivazionale o di economia processuale della “questione più liquida”: il giudice in questo caso guarda indietro, e verifica la situazione sostanziale retrostante al decorso del tempo, sol perché, per convenienza economica consentita dalla prassi, ignora (e poi assorbe al contrario di quanto di solito accade) la eccezione di prescrizione. In diverse parole: proprio la efficacia preclusiva della prescrizione postula come normale e lascia dunque presumere la maggior liquidità della relativa questione; ma ciò non esclude che in concreto il giudice ritenga più liquida la constatazione di precedenti fatti costitutivo/estintivi del diritto; e si dirà allora che la prescrizione con la sua efficacia preclusiva non opera in ragione della scelta di tecnica motivazionale.

Sarebbe pertanto interessante oggi poter discutere con Falzea, teorico generale e grande pratico, del seguente dilemma: che succede se il giudice dice, ed a prescindere dall’ordine motivazionale in cui lo dice, sia che il diritto è prescritto sia che il diritto non esisteva o si era già estinto per altra causa? Quale delle due, alla luce della teoria della efficacia preclusiva, è la statuizione pronunciata *ad abundantiam* e, secondo la nostra Cassazione, *tamquam non esset*<sup>(38)</sup>, non impugnabile per difetto di interesse e dunque

<sup>(37)</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, II, 177.

<sup>(38)</sup> V. solo a titolo di esempio Cass., 18 marzo 2012, n. 8821.

neppure idonea al giudicato sostanziale? E qui credo che la teoria della efficacia preclusiva in quanto applicata alla prescrizione abbia un ruolo solutorio del dilemma, e ciò sulla base del suo stesso fondamento specifico. Se l'effetto preclusivo della prescrizione vale a rimuovere la incertezza dovuta (non alla controversia) ma al decorso del tempo, una volta che la questione di prescrizione sia a sua volta versata in una controversia ed in un giudizio in cui si dubita anche della esistenza stessa del diritto ed il giudice rimuova tale incertezza accertando il diritto inesistente, l'operare della prescrizione non ha più senso e spazio, sicché il giudicato di rigetto si forma utilmente (per i casi in cui la cosa possa avere una utilità rispetto a quella del rigetto per semplice intervenuta prescrizione) sull'accertamento della insussistenza del diritto. Il quale, pur ove il giudice abbia per avventura pronunciato anche sulla prescrizione, non può affatto considerarsi *ad abundantiam* e *tamquam non esset*. O più semplicemente: se la efficacia preclusiva della prescrizione consiste (non nell'estinguere costitutivamente il diritto ma) nell'impedire lo sguardo all'indietro onde verificare se il diritto esistesse o meno, una simile efficacia non può evidentemente operare se contemporaneamente opera l'efficacia anch'essa preclusiva dell'accertamento giudiziale della inesistenza del diritto. Il che è comprovato dal fatto che nel (sempre riaffiorante per utilità esplicativa) secondo processo nessun convenuto avrebbe interesse alla eccezione di prescrizione (che il giudice dunque non dovrebbe esaminare nonostante il suo carattere preliminare) potendosi giovare di un giudicato di accertamento negativo del diritto.

E sarebbe interessante anche chiedere a Falzea perché mai, invece, nulla abbia a che fare con l'efficacia preclusiva — ed infatti Falzea non se ne occupa — la decadenza. Forse Falzea era implicitamente convinto che la decadenza, vuoi quella sostanziale vuoi quella processuale, fosse un fatto privo di efficacia preclusiva sostanziale ed invece sempre ad efficacia esclusivamente processuale; e se così fosse il suo inserimento nel quadro generale della efficacia ed in quello della efficacia sostanziale avrebbe dovuto comportare una considerazione della azione chiovendiana

non solo come situazione soggettiva autonoma ma anche come diritto soggettivo sostanziale: un po' troppo!

### **8. Segue: B) la valenza ideologica della efficacia preclusiva e la relativizzazione del giudicato rispetto al solo valore della certezza.**

Qui il discorso sarebbe molto lungo e devo farlo invece a colpi di sciabola, evitando ovviamente di evocare cose che non so o meglio che non ho l'età per sapere e cioè quali fossero esattamente e come si fossero formate le idee politiche di Angelo Falzea, che ho conosciuto troppo tardi e che comunque era, quando l'ho conosciuto, lontano dall'impegno nella politica attiva (il suo fermo sostegno alla conferma della nuova legge in occasione del referendum sul divorzio mi è allora parso più un fatto di ideologia giuridica che non di orientamento politico nel senso proprio della parola).

Sul piano ideologico (non politico) credo che Falzea fosse un classico liberal, sebbene non certo un veteroliberal come altri grandi giuristi della sua epoca, ma un liberal per l'epoca molto moderno e soprattutto ben consapevole del fondamentale superamento costituzionale della drammatica parentesi autoritaria precedente.

Ma le radici di un liberal molto moderno degli anni '60 e '70 dello scorso secolo affondavano pur sempre nel liberalismo storico.

E, per tornare al giudicato, il liberalismo storico era consacrato negli artt. 1351 e 1352 del codice civile del 1865 (quello che Angelo Falzea aveva davanti da studente), i quali come è ben noto — collocati timidamente fra le disposizioni sulla prova dei fatti giuridici — relegavano espressamente ed altrettanto minimalisticamente l'operare del giudicato alla stregua di una semplice presunzione legale *iuris et de iure*. E proprio questa impostazione la teoria della efficacia preclusiva riguadagna dal passato in contrapposizione con qualsiasi visione iper-statalista ed iper-autoritaria del giudicato e della funzione giurisdizionale.

È vero che la teoria generale non lavora con singole norme, bensì con la realtà complessiva del sistema e con la logica del sistema.

Ma se volessimo trovare un riscontro normativo diretto ed isolato alla efficacia preclusiva di Falzea a proposito dell'operare del giudicato, e cioè a quel non voltarsi indietro e non chiedersi se l'accertamento passato in giudicato sia difforme e innovativo ovvero conforme e dichiarativo rispetto alla situazione sostanziale retrostante, ebbene non vi sarebbe miglior riscontro normativo che non il sommessimo art. 1350 del vecchio c.c.: "La presunzione legale è quella che una legge speciale [leggi: una specifica norma di legge] attribuisce a certi atti o a certi fatti. Tali sono: ...l'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata".

Eravamo ben lontani dalla finale consacrazione dello *iudicare* come potestà di *imperium* statale! E ben lontani dal "*facit de albo nigrum*" (latinetto ideale per scolpire i connotati costitutivi del giudicato); semmai: "*pro veritate habetur*" ma appunto "*pro*" e "*habetur*" (e questo secondo latinetto sarebbe l'ideale per scolpire i connotati dichiarativi del giudicato, se non fosse che una dichiarazione che si sia costretti ad "*habetur pro veritate*" e cioè a non poter dire né falsa né confrontabile con quanto dichiarato, a pena di totale inutilità dell'istituto del giudicato, non ha più niente della dichiarazione; dal che appunto l'idea falzeiana del terzo e nuovo tipo generale di efficacia).

Si può riguadagnare questa prospettiva al cospetto dell'art. 2909 che nell'attuale codice civile è invece posto solennemente in testa alla "tutela giurisdizionale dei diritti" e subito di seguito al proemiale art. 2907: "Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria ecc..."?

Senz'altro sì perché, in fin dei conti, mentre prima l'operatività effettuale del giudicato era espressamente ragguagliata alla presunzione legale, oggi — per enfatica che sia la collocazione sistematica della disposizione — il "far stato ad ogni effetto" di cui essa dice è in odore di forte autoreferenzialità e non impedisce certamente al teorico generale, per riempirla di contenuto, di

recuperare — pur traendola fuori, con la raffinata idea di un terzo e nuovo tipo di efficacia, dall'angusto ambito dell'*evidence* — la impostazione minimalista precedente.

E si consideri che “far stato ad ogni effetto” non è neppure la “forza di legge fra le parti” dispiegata dal contratto. E non lo è *pour cause*: gli atti negoziali trovano la loro verità e giustizia nella privata autonomia e — salva la loro sempre possibile invalidazione o sopravvenuta inefficacia — hanno di regola, come di regola ha la legge, efficacia costitutiva innovando la realtà sostanziale. Tutti tranne alcuni, fra cui guarda caso la transazione, la quale, in quanto negozio solutorio o preventivo rispetto alla lite, sconta assieme al giudicato la coesistente esistenza della *res dubia* e dunque la possibilità che la “soluzione” e cioè lo scioglimento del dubbio sia conforme o difforme rispetto alla situazione retrostante, e funziona, né più e né meno che il giudicato, solo impedendo che nel prosieguo della esperienza giuridica si torni indietro a controllare conformità o difformità.

E teniamo appunto presente che Falzea — quanto a relativizzazione del giudicato — ci mette anche il carico da novanta e cioè l'equiparazione *quoad effectum*, o meglio per lo meno sul piano delle macro-categorie di efficacia, del giudicato alla prescrizione, alla usucapione ed alla transazione (gli altri fatti o atti dotati di efficacia preclusiva, nuova e diversa rispetto al tradizionale binomio costituzione/dichiarazione), e cioè l'equiparazione *quoad effectum* del giudicato al semplice fatto del decorso del tempo e ad un contratto e cioè ad una manifestazione di privata e libera autonomia.

Altro dunque che giudicato come volizione o comando del giudice (come di lì a poco avrebbe principiato energicamente a sostenere ad esempio, fra i processualisti, Elio Fazzalari) <sup>(39)</sup>. Il giudicato non è altro che un saggio ed inevitabile espediente di un ordinamento che per vivere ed essere concreto, e funzionale ai propri scopi, ha bisogno di certezza nella risoluzione delle liti

<sup>(39)</sup> Fino alla “proiezione della volontà del giudice nella sfera sostanziale” dotata *ex lege* di “imperatività” (cfr. E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, 454).

e di certezza non più falsificabile: a dispetto, dunque, e per forza di cose, di qualunque elementare postulato dell'epistemologia scientifica.

Questo genere di sano relativismo — che come slogan si esprime se volete, e secondo contrapposizione sovente ed a vari titoli e fini evocata, nella nozione minimalista di *res iudicata* giusta la tradizione romanistica a fronte dell'enfasi germanista sulla *Rechtskraft*, e che sul piano assiologico comporta la riconduzione del giudicato al solo valore eminentemente relativo della certezza — ha portato in Italia, e deve a mio avviso seguitare a condurre fra i processualisti:

- (i) al rigore pur ondivago e controverso riguardo ai limiti oggettivi del giudicato (non ogni fiato che esce dalla bocca del giudice passa in giudicato <sup>(40)</sup>, e non esageriamo con il giudicato implicito <sup>(41)</sup> che è cosa ben diversa dalla “copertura del dedotto e del deducibile” perché questa protegge giustamente l'intangibilità dell'oggetto diretto ed immediato della pronuncia passata in giudicato, l'altro comporta che si formi un giudicato *a latere* su altro oggetto);
- (ii) e, quanto ai limiti soggettivi (intuitivamente meno giustificabili e perciò più deboli se il giudicato fosse autentica asseverazione del passato o autentica innovazione del rapporto giuridico), al confinamento ai soli casi eccezionali previsti dalla legge della efficacia diretta *ultra partes* del giudicato,

<sup>(40)</sup> Assunto che in termini più aulici si traduce nell'ancoraggio più rigoroso possibile dell'oggetto del giudicato all'oggetto del processo e perciò (trattandosi di processo governato dal principio dispositivo sostanziale) alle domande ed alle eccezioni. Su questo terreno si è posto in epoca recente — a tacer di molti altri — il dialogo in larga misura consonante fra S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987 e C. CONSOLO, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo* in *Riv. Trim. Dit. Proc. Civ.*, 1991, 215 ss. (ed altri scritti anche precedenti), con opportune, pur se parzialmente diversificate, prese di posizione sobriamente rigoriste riguardo altresì alla estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali.

<sup>(41)</sup> Nonché al principio retrostante — astrattamente razionale ma pericolosamente *bon à tout faire* — della ricomprensione nel giudicato dei passaggi motivazionali che costituiscono il presupposto logico necessario della statuizione (“massima giurisprudenziale stereotipa” secondo A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 386 ss., spec. 405.

nonché alla giustificazione della efficacia riflessa sulla base dei semplici nessi di pregiudizialità dipendenza fra rapporti sostanziali, di guisa che il terzo pregiudicato in via riflessa lo sia sol perché sarebbe comunque ed inossidabilmente esposto agli effetti riflessi anche di un atto di autonomia privata *inter alios* (v. il noto caso del sub-conduttore) <sup>(42)</sup> e non per una qualche forza espansiva sacrale del giudicato; (e da ultimo la Cassazione, a far data da Cass. n. 18325/2019 e successive altre, ha cominciato a scardinare la efficacia riflessa, relativizzando il giudicato in nome del diritto di difesa, e continuerà verosimilmente arrendendosi solo alle soglie delle previsioni espresse come appunto quella *ex art.* 1595, u.c., c.c. o quella *ex art.* 1485, primo comma, in materia di evizione, che più modestamente fa derivare dal giudicato *inter alios* effetti riflessi coincidenti con la sola inversione dell'onere della prova a carico del terzo venditore convenuto nel secondo giudizio del compratore, disposizioni espresse queste delle quali sarà però sterilizzata qualunque vocazione alla analogia <sup>(43)</sup>).

(iii) Se, ispirati o meno dal relativismo della efficacia preclusiva falzeiana, si tiene la barra dritta in punto di limiti oggettivi e soggettivi del giudicato, mi pare poi gioco forza riconoscere tuttavia che proprio quel relativismo, ed il connesso perseguimento del valore di certezza giuridica e non altro, consente ed anzi impone di riconoscere alla cognizione di merito del giudice la maggior valenza funzionale possibile e perciò di avversare l'assurda (ma a volte confusamente riaffermata in giurisprudenza) idea secondo cui il giudicato sostanziale non si formerebbe sulla sentenza di rigetto nel merito <sup>(44)</sup>.

<sup>(42)</sup> Secondo la nota ricostruzione di F.P. LUISSO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, *passim*.

<sup>(43)</sup> In fin dei conti convalidandosi, ad anni di distanza, la posizione vigorosamente assunta da G.A. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Milano, 1978, 26 ss. (ove i riferimenti alle plurime e risalenti opinioni opposte).

<sup>(44)</sup> Altro discorso essendo quello della (possibile) maggior ristrettezza dell'ambito oggettivo del giudicato nei casi di rigetto della domanda rispetto a quelli di suo accogli-

(iv) Su un versante diverso ed a me particolarmente caro — quello della equiparazione effettuale fra lodo arbitrale impugnabile e sentenza giudiziale passata in giudicato (equiparazione ormai sancita dall'art. 824-*bis* c.p.c.) — chi la ha negata, fin oltre il momento in cui i dati di diritto positivo consentivano indirettamente, ed anche prima dell'avvento dell'art. 824-*bis*, di affermarla, lo ha fatto intimamente muovendo dal pregiudizio della imprescindibile statualità della giurisdizione e dal connesso pregiudizio secondo cui il problema della pronuncia solutoria della lite ingiusta o sbagliata ma non più falsificabile si supera solo grazie alla investitura istituzionale ed oggi costituzionale del giudice dello Stato ed appunto attraverso un atto finale di imperio che è solo del giudice e dunque di uno dei tre poteri dello Stato <sup>(45)</sup>. Invece il “far stato” dell'art. 2909 ha bisogno di molto meno ed anzi, a rigore, gli effetti del giudicato, in specie nella dimensione relativistica falzeiana, si produrrebbero — per la sentenza come per il lodo — anche se l'art. 2909 ed il “far stato” non vi fossero. E ciò in base ad un semplice postulato: visto che si tratta — in entrambi i casi del lodo e della sentenza — di decisioni solutorie mediante applicazione di norme a fatti in contraddittorio e visto che ad un certo punto (a differenza dei contratti) essi diventano, decorsi invano i termini di decadenza o esperite le impugnazioni assoggettate a quei termini, non più invalidabili, allora delle due l'una: o sono inutili, il che è ovviamente assurdo; oppure la loro irretrattabilità (e cioè quello che i processualisti chiamano giudicato formale) deve necessariamente produrre, nel prosieguo della esperienza giuridica, qualcosa d'altro che se stessa, e dunque deve produrre, anche senza esplicitazione normativa, proprio il

mento (su cui vedi soprattutto C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 503 ss. e A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato*, cit., 406 ss.).

<sup>(45)</sup> Ho riassunto di recente ed assai sinteticamente questo tipo di approccio rammentando il pensiero di Elio Fazzalari (cfr. A. BRIGUGLIO, *Elio Fazzalari e l'arbitrato*, in *Riv. Arb.* 2023, 977, spec. 981 ss.).

“far stato ad ogni effetto fra le parti”, e secondo Falzea l’impedimento a chiunque, in relazione ai futuri rapporti fra parti, eredi e aventi causa, di volgere lo sguardo all’indietro per verificare quale effettivamente fosse la situazione sostanziale consacrata nella decisione solutoria pubblica o privata che essa sia.

**9. (Secondo intermezzo): giudicato e transazione nel quadro dei valori (due chiose: sentenza e negozio; efficacia preclusiva e precedente).**

*Per incidens* — ed anche perché non sembri esagerata la visione relativistica del giudicato che intendo ricondurre alla teoria dell’efficacia preclusiva — vorrei dire che ovviamente nel pensiero di Falzea l’equipollenza transazione/giudicato si ferma al piano funzionale ma estrinseco della costruzione della nuova categoria della efficacia preclusiva.

Quando tuttavia si passa proprio al piano assiologico — fermo l’obiettivo comune del superamento della incertezza — la differenza è ben percepibile. Anzitutto Falzea ha ben presente che la coincidenza con la situazione sostanziale pregressa, e cioè in buona sostanza la giustizia e verità della soluzione della lite, quella coincidenza sulla quale sia transazione che giudicato precludono l’indagine, è comunque una aspirazione imprescindibile quando vi sono di mezzo il processo, il giudice e il giudicato, ed è invece un mero accidente statistico nel caso della transazione. Si è già avuta occasione di avvertire <sup>(46)</sup> circa la necessità di ben distinguere il piano ineluttabilmente prospettico della efficacia preclusiva, comune al giudicato ed alla transazione, dal piano della precedente attività (delle parti o dal giudice) che conduce al giudicato ed alla transazione: cognizione e perciò necessariamente indagine sulla situazione retrostante nel primo caso, volizione già di per sé prescindente dalla comune consapevolezza della situazione retrostante nel secondo. Se si vuole si può anche dire che la stessa ineludibile

<sup>(46)</sup> V. *retro* nota 23.

divaricazione tra funzione giurisdizionale e autonomia privata, fra sentenza e contratto, comporta che la preclusione rispetto al passato prima ancora che effetto del contratto-transazione rappresenti la sua causa determinando le parti alla stipula; mentre quella preclusione non può ovviamente orientare e determinare l'attività del giudice, ma può soltanto rappresentarne l'effetto una volta che questo sia culminato nella formazione del giudicato.

Proprio sul piano statistico, per altro, da un lato Falzea considerava non indifferente la probabilità teorica che le reciproche concessioni riproducessero esattamente la situazione giuridica pregressa, e ciò in ragione della ineccepibile osservazione secondo cui quelle reciproche concessioni erano tali rispetto alle *rispettive pretese*; d'altro lato, per lo meno il Falzea del 1951 appariva singolarmente scettico sulla statistica prevalenza delle decisioni giudiziali giuste: “*Non si può dire che una sentenza o una transazione trasformi la situazione giuridica preesistente, perché in estrema ipotesi può ben darsi il contrario: se il giudice ha emesso la decisione giusta, se le parti attraverso il contrasto delle loro ragioni e pretese sono riuscite a ricostituire e fissare le loro originarie posizioni giuridiche...*” (47).

È singolare insomma che per Falzea anche la decisione giusta del giudice sia una “estrema ipotesi”. Ma a mio avviso ciò non era in Lui, o per lo meno non solo, espressione di pragmatico scetticismo sulla capacità dei nostri giudici, bensì consapevolezza implicita della struttura stessa del processo civile e del suo carattere eminentemente dispositivo. Alla nota 123 della voce *Efficacia* del 1965 Falzea richiama Chiovenda e la nozione di preclusione processuale, da cui aveva tratto ispirazione nominale, per dire che ovviamente la preclusione del giudicato è cosa ben diversa. Ma aggiunge che le preclusioni processuali “servono a preparare e sostenere” l'effetto preclusivo sostanziale del giudicato, pensando però soprattutto ai passaggi da un grado all'altro quali fattori di restringimento fisiologico della ricerca della verità processuale. Falzea giurista prati-

(47) A. FALZEA, *Teoria della efficacia*, cit. I, 151.

co e teorico ha avuto, in larga prevalenza, esperienza del processo civile post riforma del 1952 e fino al 1995 e perciò di un processo di primo grado sostanzialmente senza preclusioni intermedie e di giudizio d'appello ben aperto. Altrimenti, forse, non avrebbe mancato di osservare che sul piano statistico l'ipotesi della difformità fra l'accertamento coperto dal giudicato e la situazione sostanziale pregressa può essere ben dovuta non alla erroneità intrinseca del primo, ma alla tagliola delle preclusioni a carico della parte e soprattutto in materia di prova, le quali dal primo grado trasmigrano a restringere anche l'ambito della cognizione in appello.

Ma soprattutto: quando si esce fuori dalla efficacia giuridica e si passa alla efficacia culturale — e vi sono di mezzo non parti, eredi e aventi causa, bensì gli *omnes* — il giudicato si volge in precedente, ed a siffatta sua efficacia culturale è riconducibile valore ben diverso dal semplice superamento della singola *res dubia*. La transazione resta invece episodio di attuazione spontanea e di attuazione spontanea degli artt. 1965 ss. del c.c. e non certamente delle disposizioni sostanziali che regolavano in ipotesi il rapporto retrostante, le quali tanto meno vengono illuminate dalla transazione quale fatto culturale.

Nel saggio sulla *Prassi nella realtà del diritto* <sup>(48)</sup>, dove si occupa del binomio attuazione spontanea/attuazione giudiziale, ed anche altrove, Falzea è del tutto jehringhiano e pur richiamando la necessità che il giurista positivo non trascuri l'attuazione spontanea e muovendo sempre — insieme ad Enrico Paresce <sup>(49)</sup> e Rodolfo De Stefano <sup>(50)</sup> — dalla ferma idea teorico-filosofica della primazia della attuazione spontanea e della assoluta residualità della attuazione giudiziale, sottolinea più volte che l'attuazione giudiziale in quanto sicuramente tracciabile, documentabile, e perciò anche criticabile e falsificabile quanto ai giudizi di diritto che essa incorpora considerati quali precedenti, è fattore principe di evoluzione

<sup>(48)</sup> Ora anche esso in A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, cit., 425 ss.

<sup>(49)</sup> E. PARESCHE, *La genesi ideale del diritto*, Milano, 1934.

<sup>(50)</sup> R. DE STEFANO, *Norme e interessi*, Milano, 1975 (ed altri scritti).

della scienza giuridica. Una cosa insomma è dire che l'attuazione giudiziale del diritto posto è o dovrebbe essere fisiologicamente residuale rispetto all'attuazione spontanea, compresa quella attuazione spontanea rimessa sempre alla autonomia dei privati, ma a lite insorta o alle viste, che è la transazione; altra cosa sarebbe dire che l'attuazione giudiziale sia assiologicamente e funzionalmente solo un male necessario solutorio di liti singole, e che essa non abbia invece — come ha senz'altro — un preminente valore formativo e prospettico, ciò che nessuna ADR di tipo non aggiudicativo può avere. La cosa a me pare ovvia ma andrebbe sempre rammentata ai tifosi ad oltranza delle ADR non aggiudicative <sup>(51)</sup>.

*Una chiosa:* questa ricostruzione di una ideologia falzeiana relativistica e liberale (nel senso di lontana da qualunque forma di imperativismo, iperstatalismo, autoritarismo) del giudicato quanto alla sua efficacia giuridica e cioè alla sua operatività isolata e nel caso singolo, e però della piena consapevolezza da parte di Falzea della sovraordinazione istituzionale della decisione del giudice, da un lato, e dall'altro della essenzialità della attuazione giudiziale, e cioè del complesso in evoluzione delle decisioni giudiziali, per la cultura e la scienza del diritto (pur essendo esse invece residuali, rispetto alla attuazione spontanea, per la effettività del diritto), mi pare in definitiva in armonia con il Falzea studioso del negozio, per come lo ha ricostruito Massimo La Torre <sup>(52)</sup>, e cioè il Falzea che rifiuta la equiparazione kelseniana del negozio alla sentenza quale fonte di norme individuali. In buona sostanza: onde porre nella scala assiologica la sentenza al di sopra del negozio, non vi è bisogno di essere imperativisti o statalisti ad oltranza, bastando invece immedesimare una concezione sanamente relativistica del giudicato pur sempre entro l'ordine costituzionale nonché alla luce delle garanzie che presiedono all'esercizio della giurisdizione (e direi non solo di quella pubblica).

<sup>(51)</sup> Su ciò vedi, se vuoi, il mio saggio (ispirato allo scritto di Falzea appena menzionato) A. BRIGUGLIO, *Attuazione spontanea, attuazione giudiziale e prassi: rileggendo un saggio di Angelo Falzea*, in AA.VV., *Angelo Falzea* (a cura di G. D'AMICO - A. GORASSINI), Napoli, 2023, 127 ss., spec. 135.

<sup>(52)</sup> M. LA TORRE, Nella sua *Introduzione* cit..

*Altra chiosa*: ci si può chiedere a questo punto se la categoria della efficacia preclusiva o meglio la sua essenziale struttura logica possa essere utile ad inquadrare l'operatività *de facto* o *de iure* del precedente giudiziale. Ma la risposta è no, perché il precedente, anche nei sistemi di *common law*, è sempre falsificabile attraverso l'esercizio della scienza giuridica, e retrattabile; e perché, perfino nei sistemi di *common law* e perfino quando il precedente non è interpretativo di retrostante disposizione scritta, esso è di regola sempre retroattivo e dichiarativo di preesistente (più o meno vago) principio giuridico in relazione al caso concreto. Pertanto la "efficacia" del precedente si svolge sempre secondo le alternative classiche della conservazione/dichiarazione ovvero, e nei casi relativamente eccezionali del *perspective overruling* (come, secondo i più, il nostro mutamento di giurisprudenza in materia processuale) della innovazione/costituzione.

#### **10. L'efficacia preclusiva di fronte alle evoluzioni del giudicato: A) rilevabilità d'ufficio; B) crisi del giudicato.**

Oggi che tanta acqua soprattutto esperienziale, ed in primo luogo normativa e giurisprudenziale è passata sotto i ponti, vale la pena di ripercorrere e confrontare l'efficacia preclusiva con queste nuove esperienze, per verificare se essa regge e se resti euristicamente feconda.

Due di queste nuove prospettive o esperienze mi vengono in mente, in assoluto le più eclatanti, corrispondenti a fenomeni opposti di rafforzamento e di indebolimento del giudicato: A) la ormai pacifica rilevabilità d'ufficio del giudicato esterno e B) la c.d. crisi del giudicato.

Entrambi questi fenomeni lasciano assolutamente intatto il valore euristico della teoria della efficacia preclusiva.

A) La rilevabilità d'ufficio perché essa corre *ab extrinseco*, quale scelta discrezionale del legislatore o della giurisprudenza, rispetto alla relativistica concezione del giudicato che la teoria della efficacia preclusiva esprime nella sua valenza assiologica di semplice rimozione dell'incertezza attraverso l'irrelevanza di ogni ulteriore ricerca

di certezza. Ed anzi la rilevabilità d'ufficio corrisponde, proprio sul piano dei valori anche costituzionali, alla gerarchia valoriale che in Falzea pur sempre si ritrova tra i vari fatti ad efficacia preclusiva, gerarchia nella quale il giudicato occupa l'apice per il tempo, l'accuratezza, le garanzie e il dispendio di energie che la sua formazione richiede. D'altro canto, la connotazione relativistica che secondo me scaturisce dal pensiero di Falzea sul giudicato è comunque confermata se si vuole da ciò, che il giudicato sarà sì rilevabile d'ufficio, il che elide, all'interno del secondo processo, la disponibilità di parte mediante semplice omissione e cioè mediante il mancato rilievo della eccezione, ma nessuno ancor oggi dubita né mai dubiterà che le parti possono nondimeno transigere sul giudicato.

B) La c.d. crisi del giudicato dovuta essenzialmente alla interferenza dei piani sovranazionali (eurounitario e Cedu) rispetto a quello nazionale <sup>(53)</sup>, perché essa o è illusoria, o si risolve nell'operare di limiti oggettivi o soggettivi della cosa giudicata riconducibili comunque al sistema nazionale sia pure interpretato alla luce dei principi sovranazionali (come è accaduto fin dal prototipico caso *Lucchini* e, quanto ai limiti soggettivi, nel recentissimo caso rumeno deciso da Corte di Giustizia 26 settembre 2024, c. 792/22, in materia di processo penale ma esportabile anche al di fuori del processo penale); oppure, se reale ed a prescindere dalla sua (assai poca) condivisibilità o meno, essa corrisponde, sia pure con modalità tecnico-processuali diverse, a quel che vi è sempre stato: le impugnazioni straordinarie e cioè i casi eccezionali in cui il valore della certezza cede rispetto ad altri valori al punto da inibire al fatto-giudicato la produzione di efficacia (così per la recente introduzione normativa della infelice e fortunatamente ben limitata "revocazione da CEDU" ex art. 391-*quater* c.p.c., che si tirerà per altro dietro inevitabilmente una incisiva rimediazione del dogma

<sup>(53)</sup> Di cui la più nitida ed equilibrata rappresentazione mi pare resti (pur destinata ad immancabili aggiornamenti anche di là da venire, ma perdurantemente utile sul piano del metodo ricostruttivo) quella di C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla CEDU a sua volta)*, in *Atti del XXVII Convegno nazionale della AISPC*, Bologna, 2011.

della insensibilità del giudicato alla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità, riflessione già avviata prima della cennata recente modifica normativa da Remo Caponi (con estrema prudenza) e da ultimo da Marco Gradi<sup>(54)</sup>; e che a mio avviso può concludersi semmai solo con la previsione normativa di un ulteriore caso di revocazione parallela a quella ora prevista dall'art. 391-*quater* e non altro<sup>(55)</sup>; così anche nell'ormai famigerato caso delle clausole abusive e del decreto ingiuntivo divenuto definitivo, ove nella peggiore delle ipotesi la Corte di Giustizia del 17 maggio 2022, c. 693/19, seguita ed anzi improvvidamente esacerbata da Cass. Sez. Un. n. 9479/2023, finisce per postulare nella sostanza una sorta di revocazione straordinaria per violazione del diritto dell'Unione da far valere incidentalmente oltre il passaggio in giudicato del decreto ingiuntivo non opposto).

E della situazione delle impugnazioni straordinarie Falzea non si occupava se non minimamente, né doveva occuparsene per la buona ragione che essa è evidentemente indifferente rispetto all'inquadramento teorico della efficacia del giudicato *quando esso è normalmente in grado di produrla*. Così come, *mutatis mutandis*, Falzea non considera la invalidità della transazione su titolo nullo, perché, giustamente, non la reputa interferente con la ricostruzione della efficacia preclusiva della transazione purché valida.

In entrambi i casi — quello della transazione su titolo nullo e quello della revocazione straordinaria in senso tecnico o in un qualche nuovo senso virtuale da crisi del giudicato — il velame

<sup>(54)</sup> Cfr. R. CAPONI, *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri*, in *Giur.it.*, 2009, 2827 ss.; M. GRADI, *Cosa giudicata incostituzionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1190 ss., e poi *L'intangibilità del giudicato civile nella successione tra norme giuridiche*, in AA.VV., *Diritto intertemporale e rapporti civilistici*, Napoli, 2013, 383 ss.

<sup>(55)</sup> Resta fuori dal discorso il tema del giudicato *rebus sic stantibus* e della sottopotesi in cui gli effetti del giudicato dipendono, *pro futuro* e nello svolgersi continuativo del rapporto *inter partes*, non solo dell'accertamento contenuto nella sentenza ma anche del combinato e perdurante operare di una norma di legge (sebbene così come interpretata dal giudice). In tali casi la declaratoria di incostituzionalità della norma e la sua portata di "negative Gesetzgebung" finiscono con l'incidere sull'operare del giudicato *pro futuro* ma in modo per così dire normale, né più e né meno di quanto accadrebbe in caso di formale abrogazione o modifica non retroattiva della norma.

che preclude lo sguardo al passato si squarcia, ma ciò è dovuto alla radicale inibizione della efficacia del fatto-atto (giudicato/transazione) e non è dunque elemento idoneo a falsificare la teoria della efficacia preclusiva.

### **11. Efficacia preclusiva, costituzione e condanna: ciò che è dentro e ciò che è fuori dal giudicato.**

La teoria della efficacia preclusiva del giudicato — in definitiva — consegna al teorico generale ed al giurista positivo del processo molta sana semplificazione, molto su cui ancora riflettere, e — salvo altri — un apparente problema.

Come la mettiamo con le sentenze costitutive, col loro numero chiuso e con l'art. 2908 c.c. che proclama che solo nei casi previsti dalla legge, ma *in quei casi inossidabilmente sì*, il giudice può costituire modificare o estinguere rapporti giuridici?

La risposta è secondo me molto semplice anche se non sempre è percepita dai processualisti di ieri e di oggi, e certamente non dalla *communis opinio* media dei giuristi pratici. Si tratta dunque di risposta, in guisa di corollario alle riflessioni di Angelo Falzea, che arricchisce la nostra consapevolezza sul giudicato.

L'abbrivio lo dà immancabilmente Falzea già scorrendo della efficacia preclusiva della transazione: "*Non deve trarre in inganno, in sede di identificazione del tipo di efficacia della transazione, la possibilità di realizzare la soluzione di compromesso mediante la costituzione, la modificazione o la estinzione di un rapporto giuridico diverso da quello oggetto della contestazione. L'efficacia costitutiva, in questo caso, è logicamente ulteriore rispetto alla efficacia preclusiva, che essa presuppone e su cui si fonda*" (56).

*Mutatis mutandis*, quanto agli effetti costitutivi della sentenza nei soli casi previsti dalla legge, occorre dire che essi stanno a rigore fuori dal giudicato, il quale pure con la sua efficacia preclusiva ne è il presupposto imprescindibile. E lo stesso vale per

(56) A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., II, 103.

la condanna, che è invece non già tipizzata in numero chiuso ed ha anch'essa una portata innovativa sebbene quale semplice concretizzazione giudiziale e *ad personam* del comando generale e astratto della norma. E Falzea, sia pure sinteticamente, perviene nella sostanza anche a tale conclusione nella Voce *Efficacia* <sup>(57)</sup>: “*Questa ambivalenza*” — e cioè la capacità dell'efficacia preclusiva di contenere l'ipotesi della conservazione e l'ipotesi opposta della innovazione — “*non è concepibile né per la condanna né per la costituzione, le quali rappresentano svolgimenti della situazione giuridica accertata e quindi presuppongono già esaurito l'accertamento*”; (veniale imprecisione quest'ultima — direbbe il processualista — o meglio affermazione vera solo sul piano della logica decisoria del giudice, e non su quello degli effetti perché quelli della condanna e forse ed almeno in parte quelli della costituzione per mano di giudice precedono e non seguono l'esaurimento e cioè il giudicato sull'accertamento; il che però, come subito dirò, finisce per confermare ulteriormente la esorbitanza di condanna e costituzione rispetto al giudicato).

Ciò che passa in giudicato — come del resto vuole l'art. 2909 (e Falzea non manca di ricordarlo in una nota 124 della Voce *Efficacia*) — è l'accertamento immancabilmente contenuto in ogni sentenza di accertamento mero, di condanna o costitutiva. E la efficacia preclusiva del giudicato impedisce lo sguardo indietro rispetto ai presupposti della costituzione o della condanna (se davvero esisteva o non esisteva un valido ed efficace contratto preliminare, se davvero esisteva o non esisteva la eccessiva onerosità posta a fondamento della risoluzione, se davvero esisteva o non esisteva il rapporto di debito-credito di cui la condanna rappresenta la concretizzazione, ecc.). Ma per costituzione e condanna non ha senso dire che esse “fanno stato” e cioè svolgono *pro futuro* i loro effetti preclusivi. Per la buona ragione che nel prosieguo della esperienza giuridica il contratto definitivo costituito per mano di giudice può ben essere risolto per inadempimento, la

<sup>(57)</sup> A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., II, 187.

condanna può essere del tutto elisa dall'adempimento coattivo o spontaneo post sentenza; restando fermo l'accertamento presupposto su cui si forma il giudicato. Riferire la efficacia di giudicato anche alla condanna e alla costituzione in quanto tali o vuol dire che anche il capo condannatorio ed il capo costitutivo della sentenza diventano in quanto tali irretrattabili, il che è ovvio ma si risolve nel mero aspetto formale del giudicato (art. 324 c.p.c.), o si risolve pur sempre, sul piano sostanziale, nella irretrattabilità dell'accertamento (accertamento del diritto alla condanna o alla costituzione), oppure, e sempre sul piano sostanziale, è sommarmente inutile perché, ad esempio, per proteggere dalla *condictio indebiti* l'adempimento spontaneo o coattivo della condanna basta il retrostante accertamento della debenza della somma passato in giudicato.

Ed altra faccia della medesima medaglia teorica è che la condanna (come lo stesso Falzea non manca di rilevare occasionalmente nella Voce *Efficacia* del 1965 anche se non allo scopo di trarne esattamente la conclusione che sto enunciando), ed ormai secondo molti anche la costituzione per mano di giudice, operano a prescindere e prima del giudicato e dunque la loro efficacia reversibile sta *a fortiori* fuori da quella del giudicato. Mentre l'accertamento no: o almeno non ha senso discorrere di efficacia preclusiva per la sentenza di primo grado; se l'accertamento in essa contenuto non è del tutto insignificante — e non lo è — certamente però il suo operare nella successiva esperienza giuridica non consiste nella preclusione dello sguardo all'indietro immaginata da Falzea.

ABSTRACT: Il saggio, che riproduce una relazione congressuale, intende rimeditare con riferimento alla *res judicata* la teoria della "efficacia preclusiva", elaborata ed affinata da Angelo Falzea fra il 1951 ed il 1965 e consistente nella riconduzione del giudicato (e così pure della transazione, della prescrizione ecc.) ad un terzo tipo generale di efficacia giuridica diverso sia dalla efficacia costitutiva che dalla efficacia dichiarativa. L'Autore analizza in particolare: la utilità della teoria della efficacia preclusiva del giudicato ai fini della semplificazione e composizione di alcune contrapposizioni teoriche classiche nella dottrina processualciviltistica; le utili sue ricadute in ordine alla soluzione di problematiche di diritto positivo; la sua perdurante

tenuta di fronte a novità quali la rilevabilità d'ufficio della eccezione di giudicato o la cd. crisi del giudicato (derivante dalla sovrapposizione del diritto europeo); la valenza ideologica della teoria della efficacia preclusiva, la quale colloca la *res judicata* in una dimensione relativistica ispirata al solo valore della certezza, così indicando anche al giurista positivo una adeguata considerazione dei limiti oggettivi e soggettivi del giudicato.

**ABSTRACT:** *The paper, which reproduces a conference lecture, aims at rethinking, in respect of the “res judicata”, the theory of “preclusive efficacy (“efficacia preclusiva”), elaborated and refined by Angelo Falzea between 1951 and 1965 and consisting in the reconduction of the “res judicata” (and thus also of the transaction, the statute of limitations, etc.) to a third kind of legal efficacy different from both constitutive and declaratory efficacy. The author analyses in particular: the utility of the theory of the preclusive efficacy of the judgement for the purpose of simplifying and settling some classical theoretical contrasts in civil-procedural doctrine; its useful repercussions with regard to the solution of problems of positive law; its enduring relevance in the face of novelties such as the ex officio detectability of the exception of judgement or the so-called crisis of “res judicata” (resulting from the overlapping of European law); the ideological value of the theory of preclusive efficacy, which places the “res judicata” in a relativistic dimension inspired only by the value of certainty, thus also indicating to the jurist an adequate consideration of the objective and subjective limits of “res judicata”.*