

PAOLO BIAVATI

Ordinario dell'Università di Bologna

Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni (*)

SOMMARIO: 1. Dalla logica giuridica all'effettività della tutela. – 2. Sentenza giusta, ordine delle questioni e principio della ragione più liquida. – 3. La ragionevole durata del processo e la visione di sistema nei provvedimenti del giudice. – 4. Estensione e limiti del giudicato implicito. – 5. I recenti interventi delle sezioni unite fra questione di giurisdizione e giudicato implicito. – 6. Profili europei su giudicato, contraddittorio e procedimenti abbreviati. – 7. Ordine delle questioni e autonomia del giudice. – 8. La motivazione riferita all'ordine prescelto e il rischio delle impugnazioni. – 9. Il momento processuale dell'attività ordinante del giudice. – 10. Le scelte del giudice fra strumenti tradizionali e *case management*.

1. - Quando gli organizzatori di questo incontro di studi mi hanno cortesemente suggerito il tema della relazione, mi è venuto alla mente che l'argomento proposto, pur compreso nella dimensione più classica del diritto processuale e del tutto scevro da novità normative, non corrisponde a nessuno di quelli che normalmente si ritrovano negli indici della manualistica. La rapida rilettura di alcuni testi dei più autorevoli fra i *maiores* della nostra disciplina ha confermato questa impressione. In effetti, la stessa locuzione di “ordine delle questioni” non è propria, in senso stretto, del codice di rito, che impiega invece l'avverbio “gradatamente” quando, all'art. 276, comma 2°, disciplina l'attività decisoria del collegio⁽¹⁾.

Certo, sulla scorta della disposizione appena citata, appartiene alla comune lezione che vi sia un ordine logico-giuridico di trattazione e che le questioni pregiudiziali (proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio, circa la sussistenza dei presupposti processuali o delle

(*) Questo articolo sviluppa la relazione presentata il 20 febbraio 2009 a Roma nell'incontro di studi organizzato dal Consiglio superiore della magistratura sul tema “Ordine delle questioni, struttura del processo e della decisione”.

(¹) Soltanto nelle disposizioni di attuazione del codice, all'art. 118, comma 2°, si legge che nella sentenza “debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio”.

condizioni dell'azione) debbano essere decise prima del merito⁽²⁾.

In tutta franchezza, se ci si dovesse limitare ai profili di logica giuridica, ben poco vi sarebbe da aggiungere rispetto ad un problema ampiamente solcato: così solcato da risultare in qualche modo incorporato nella struttura del processo e da non richiedere un'autonoma visualizzazione nei testi esplicativi.

In realtà, un approccio diverso può presentarsi, se dalla geometria euclidea dell'ordine logico-giuridico delle questioni⁽³⁾ si passa alla geometria sferica dell'effettività della giustizia civile. In uno scenario troppo drammaticamente inadeguato ai bisogni del nostro paese perché qui sia il caso di sostarvi, ogni contributo di razionalità merita spazio ed attenzione. Per questo, tenterò di avvicinarmi al tema proposto sulla base di alcune premesse che, senza dimenticare gli aspetti classici, si muovono tuttavia su di un piano parzialmente diverso.

2. - Una prima premessa.

La giurisdizione, si legge all'art. 111 della carta costituzionale, si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. La riflessione su questo punto ha portato a chiarire che la finalità del processo civile è di pervenire ad una sentenza giusta⁽⁴⁾.

Il rapporto fra questioni di rito e questioni di merito non si può esaurire in un profilo di ordine. La sostanza della lite è ciò su cui si esercita la domanda sociale di giustizia, ciò su cui si confrontano il torto e la ragione, ciò per cui è necessario l'intervento sostitutivo del giudice. A nessuno sfugge l'importanza del rito ed il metodo del contraddittorio ha rilevanza costituzionale⁽⁵⁾: tuttavia, è doveroso ricordarsi che il rito ha una funzione soltanto strumentale ed è una condizione di garanzia per il corretto esercizio dialettico della funzione decisoria, che però tende alla risoluzione del conflitto sul merito.

Una sentenza che non pervenga al merito non assolve il suo compito di essere giusta.

⁽²⁾ V. da ultimo TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, p. 111 ss.

⁽³⁾ Ordine che si fonda, oltre che sul citato art. 276, sugli artt. 187, 277 e 279 c.p.c.

⁽⁴⁾ V. ampiamente TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, ora in *Sui confini*, Bologna, 2002, p. 219 ss.; COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, p. 156 ss.; CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in questa rivista, 2008, p. 142 ss.

⁽⁵⁾ Le citazioni sono superflue: per tutti, v. ancora COMOGLIO, *op. cit.*, p. 62 ss.

Certo, potrà e dovrà essere conforme a legge ed applicherà correttamente il diritto processuale, ma, nondimeno, resterà un prodotto incompiuto⁽⁶⁾.

Si può aggiungere, sempre in chiave di stretta lettura costituzionale, che non è completamente giusta una pronuncia che non rispetti il criterio della ragionevole durata del processo, nel senso che l'efficacia decisoria si misura, nel suo impatto con la realtà, non solo sul terreno dell'esatta soluzione giuridica del caso, ma anche su quello di una sufficiente prossimità fra il momento dei fatti e quello della soluzione giurisdizionale⁽⁷⁾. Vi è poi la seconda premessa.

L'ordine delle questioni, al di là della priorità logica delle pregiudiziali, non è uno schema assoluto. Vi sono in realtà situazioni in cui si ha piuttosto un allineamento di questioni. La concessione di una misura cautelare richiede la verifica della sussistenza sia del *fumus* che del *periculum*: basta l'accertamento in negativo per uno dei due punti per giustificare un'ordinanza reiettiva, che non si occupi dell'altro. La domanda con cui una parte chiede l'eliminazione di un atto dal mondo giuridico può essere proposta sulla base di una serie di motivi, ciascuno dei quali genera una questione: ma è sufficiente che per uno di questi motivi l'atto debba essere espunto dall'ordinamento per rendere non necessario l'esame degli altri⁽⁸⁾.

All'interno, poi, delle questioni pregiudiziali, non si può individuare con certezza un ordine nelle decisioni. I tentativi effettuati non sono sempre convincenti e, del resto, anche ammesso che un ordine vi sia, non vi è alcuna sanzione per la sentenza che risolva il caso senza seguirlo⁽⁹⁾.

Non sempre sorretto da una stringente esigenza logica, l'ordine delle questioni può poi essere sovvertito anche da una valutazione applicativa, che ha riguardo al contenuto del

⁽⁶⁾ Distinguere fra giustizia e mera legalità è un punto essenziale di qualsiasi ragionamento sul diritto che non voglia arrestarsi a schemi di logica formale. Nel contempo, la teoria del processo deve evitare di interporre eccessivi diaframmi all'ottenimento della giustizia sostanziale: le tesi sul c.d. accertamento di rito appaiono accoglibili solo nel senso che la pretesa di merito viene svolta all'interno di un involucro processuale, dalla cui corretta gestione dipende l'esatta applicazione della norma sostanziale alla fattispecie concreta, ma non certo nel senso che ne risulti svuotato il nesso finalistico che lega il rispetto delle regole del gioco alla giusta decisione nel merito.

⁽⁷⁾ V. ad esempio Cass., s.u., 28 febbraio 2007, n. 4636, in *Rep. Foro it.*, 2007, "Giurisdizione civile", n. 165.

⁽⁸⁾ Sulla tipologia delle questioni, v. di recente DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino, 2008, spec. p. 12 ss. e p. 66 ss.

dibattito giudiziario e alla sostanza del caso. Alludo al principio della c.d. ragione più liquida, secondo il quale si decide prima (temporalmente) una questione (logicamente) più a valle, se tale decisione è più agevole e se risolve nello stesso senso la materia del contendere⁽¹⁰⁾.

Il principio della ragione più liquida, che sostituisce un profilo di evidenza a quello dell'ordine logico, ha poi una precisa ricaduta, nel senso che è coerente con esso la negazione dell'idea di giudicato implicito⁽¹¹⁾.

La terza premessa.

Il dovere decisorio del giudice è descritto e limitato dalle domande di parte, che però vanno intese come pretese di merito. Non si sottrae al dovere decisorio e non omette dunque alcuna pronuncia il giudice che accoglie o respinge la domanda di merito, anche se non esamini tutte e singole le questioni e gli argomenti di diritto che appartengono alla materia del contendere. Questo dovere sorge soltanto se la questione (in senso proprio) sia stata espressamente sollevata dalle parti, oppure (ed evidentemente) rilevata d'ufficio dal giudice.

Ora, il potere del giudice di rilevare d'ufficio le questioni pregiudiziali di rito si declina secondo modalità discrezionali, non suscettibili di critica impugnatoria (giacché le parti, se volevano, potevano introdurre la questione di loro iniziativa) e oggetto di una legittima scelta di gestione del processo. L'obiettivo della sentenza giusta si coniuga con quello del razionale impiego delle risorse giudiziarie, che suggerirà al giudice di sollevare d'ufficio (pur nell'ambito di un più ampio potere) solo determinate questioni, che, nel caso di specie, risultino funzionali e non contrastanti rispetto allo scopo della decisione nel merito.

3. - La quarta, ultima e forse più importante premessa.

⁽⁹⁾ V. TURRONI, *op. cit.*, p. 239 ss.

⁽¹⁰⁾ V. LUISO, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 4° ed., 2007, p. 63. L'a. citato porta l'esempio di una controversia, in cui A domandi a B il pagamento di somme, allegando la natura del loro rapporto come di lavoro subordinato e in cui B si difenda, sia negando tale natura, sia eccependo comunque la prescrizione. Se la sussistenza della prescrizione è agevolmente accertabile, il giudice può respingere la domanda, senza affrontare a fondo il problema della qualificazione del rapporto.

⁽¹¹⁾ Così, infatti, si esprime LUISO, *op. loc. cit.*

Si sta ampiamente diffondendo l'idea che il giudice debba diventare, quanto più possibile ed in dialogo con le parti, un efficace organizzatore del processo. E' questa la filosofia fondamentale del *case management* britannico, che riguarda non solo un più attivo intervento del giudice nel singolo processo, ma anche l'equilibrio delle risorse fra la trattazione di ogni singolo caso e l'intero sistema giudiziario⁽¹²⁾. La nozione di economia processuale, invalsa e talvolta fin troppo utilizzata, assume qui una valenza diversa, nel senso che esce da una visione atomistica dei processi e conduce ad una considerazione della globalità del carico di lavoro.

Ora, è opportuno domandarsi se la considerazione complessiva delle risorse e delle esigenze del sistema, come orientamento per il giudice (anche) al momento di scegliere la trattazione delle questioni, abbia uno specifico fondamento normativo.

A me pare che questo fondamento non soltanto esista, ma abbia perfino valenza costituzionale. L'art. 111, comma 2°, cost., quando ci ricorda che la legge assicura la ragionevole durata di ogni processo, non si riferisce, evidentemente, soltanto a leggi future e successive rispetto alla novella del 23 novembre 1999, n. 2, anche se il riferimento corre subito alla c. d. legge Pinto⁽¹³⁾. Al contrario, si riferisce ad ogni legge, anteriore e successiva, che non voglia essere incostituzionale. Fra queste leggi, la prima a venire in gioco è il codice di procedura civile.

Nella nostra disciplina, all'indomani della modifica dell'art. 111 cost., si aprì un vasto e fruttuoso dibattito sulla nozione di giusto processo e su quella di ragionevole durata⁽¹⁴⁾. Dal primo angolo di prospettiva, l'opinione prevalente andava nel senso di ritenere che, a ben guardare, la novella poco o nulla aggiungesse ad un sistema di garanzie già ancorato sull'art. 24 cost. e sull'interpretazione progressivamente fornita alla norma

⁽¹²⁾ Per tutti, ZUCKERMAN, *Civil procedure*, Oxford, 2003, p. 350 ss. In lingua italiana, v. DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management giudiziale*, in LANFRANCHI-CARRATTA, *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, 2005, p. 515 ss.

⁽¹³⁾ Su cui v. DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, 2002, *passim*.

⁽¹⁴⁾ V. fra gli altri TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in questa rivista, 2001, p. 398 ss.; TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 1 ss.; COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie*, in CIVININI-VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile"*, Milano, 2001, p. 255 ss.; BOVE, *Art. 111*

dalla Consulta⁽¹⁵⁾). Dal secondo punto di vista, la legge Pinto ha finito per attirare le attenzioni prevalenti, nel senso di immaginare che l'attuazione del precetto sulla ragionevole durata (ove non reputato puramente esortativo) si debba realizzare per mezzo di strumenti processuali *ad hoc*, ovvero attraverso modifiche strutturali all'ordinamento giudiziario. Sullo sfondo, stava la consapevolezza che l'art. 111 era stato modificato soprattutto pensando al processo penale, traendone quindi la deduzione che le ricadute sul processo civile fossero di minore momento.

Se, dal punto di vista statico, queste posizioni sono certamente condivisibili, mi sembra però che, da un profilo dinamico, l'efficacia innovativa dell'art. 111, comma 2°, meriti ancora di essere coltivata e riscoperta. Basta provare a rileggere le disposizioni del codice di rito, nell'ottica costituzionalmente orientata della durata ragionevole⁽¹⁶⁾).

Sulla scorta di queste premesse, è opportuno sostare sul concetto di giudicato implicito.

4. - La nozione di giudicato implicito è una creazione giurisprudenziale, che, a

Cost. e "giusto processo civile", in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 479 ss.; LANFRANCHI, "Giusto processo civile" e riforme incostituzionali, in *La roccia non incrinata*, 2° ed., Torino, 2004, p. 607 ss.

⁽¹⁵⁾ V. Corte cost. 12 luglio 1965, n. 70, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 1265 ss.; 27 giugno 1968, n. 74, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2056 ss.; 5 luglio 1968, n. 87, *ivi*, 1968, I, c. 2042 ss.; 30 giugno 1971, n. 151, *ivi*, 1971, I, c. 2132 ss.; 1 marzo 1973, n. 22, *ivi*, 1973, I, c. 1344 ss.; 27 novembre 1974, n. 267, *ivi*, 1975, I, c. 7 ss.; 10 luglio 1975, n. 202, *ivi*, 1975, I, c. 1575 ss.; 3 agosto 1976, n. 223, in *Giur. it.*, 1977, I, c. 788 ss.; 6 dicembre 1976, n. 238, in *Foro it.*, 1977, I, c. 278 ss.; 14 dicembre 1989, n. 543, *ivi*, 1990, I, c. 366 ss.; 23 dicembre 1989, n. 573, *ivi*, 1990, I, c. 365 ss.

Per qualche cenno al dibattito di quegli anni, specie intorno all'impiego del procedimento camerale in materia di diritti soggettivi, v. fra gli altri CIPRIANI, *Procedimento camerale e diritto alla difesa*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 189 ss.; COMOGLIO, *Garanzie costituzionali e prove atipiche nel procedimento camerale*, in questa rivista, 1976, p. 1150 ss.; MALTESE, *Giurisdizione volontaria, procedimento camerale tipico e impiego legislativo di tale modello come strumento di tutela dei diritti soggettivi*, in *Giur. it.*, 1986, IV, c. 127 ss.; DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in questa rivista, 1987, p. 325 ss.; CERINO CANOVA, *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, p. 431 ss.; PAGANO, *Contributo allo studio dei procedimenti in camera di consiglio*, in *Dir. e giur.*, 1988, p. 11 ss.; FAZZALARI, *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 909 ss.; MANDRIOLI, "Procedimenti camerali su diritti" e ricorso straordinario per Cassazione, *ivi*, 1988, p. 921 ss.; MONTESANO, "Dovuto processo" su diritti incisi da provvedimenti camerali e sommari, *ivi*, 1989, p. 915 ss.; LANFRANCHI, *La cameralizzazione del giudizio su diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 34 ss.; ID., *I procedimenti camerali decisori nelle procedure concorsuali e nel sistema della tutela giurisdizionale dei diritti*, in questa rivista, 1989, p. 905 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss.; GRASSO, *I procedimenti camerali e l'oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 35 ss.

differenza del principio della ragione più liquida, rispetta in modo rigoroso l'ordine logico-giuridico delle questioni, portandolo anzi alle sue conseguenze estreme⁽¹⁷⁾.

Si parla, come è ben noto, di giudicato implicito per affermare che il giudicato “copre” (per usare un'espressione invalsa) non solo l'oggetto diretto della pronuncia, ma anche tutto ciò che ne rappresenta il fondamento logico-giuridico, anche se non sia stato discusso in causa.

E' anche noto che la dottrina, basandosi specialmente sull'art. 34 c.p.c., offre del fenomeno una lettura parzialmente diversa. Si rileva, in particolare, che le pregiudiziali di merito sono coperte dal giudicato solo se, per legge o per volontà delle parti, il giudice vi abbia esteso la sua diretta cognizione; diversamente, si tratterebbe di valutazioni rilevanti *incidenter tantum*. Altra dottrina, assumendo una posizione intermedia, rileva che è sempre comunque coperta la “pregiudizialità logica” (distinta da quella meramente “tecnica”), che comprende tutte le questioni, la soluzione delle quali in modo non coerente con la decisione sul merito ne avrebbe impedito la pronuncia. D'altra parte, è proprio il rilievo della piena autosufficienza del giudicato esplicito a rendere inutile, secondo taluni, la stessa nozione del giudicato implicito⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Per aperture in questo senso, v. COMOGLIO, *Etica e tecnica*, cit., p. 8 ss.; OLIVIERI, *La “ragionevole durata” del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, secondo comma, Cost.)*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 251 ss.

⁽¹⁷⁾ V. ad es., Cass., 28 ottobre 2005, n. 21096, in *Rep. Foro it.*, 2005, “Cosa giudicata civile”, n. 21. La dottrina è sempre stata scettica sul punto: si veda lo studio di ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, II, p. 250. Più di recente, fra gli altri, CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, spec. p. 227 ss.; ZIINO, *Disorientamenti della Cassazione in materia di giudicato “implicito” e di rilevabilità del giudicato esterno*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1392 ss.; A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.*, 2001, II, p. 1292 ss.

⁽¹⁸⁾ Offrire un compiuto riferimento bibliografico su questi aspetti sfugge dai limiti di queste note. Si possono tuttavia elencare, senza pretesa di esaustività, MENESTRINA, *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano, 1963, rist., *passim*; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*, Napoli, 1928, p. 1153 ss.; CARNELUTTI, *In tema di accertamento incidentale*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, II, p. 17 ss.; SATTA, *Accertamenti incidentali, intervento e principi generali del diritto*, in *Foro it.*, 1947, I, c. 29 ss.; MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale e di limiti del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 331 ss.; ID., *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Pregiudizialità e connessione nel processo civile – Atti del XVI convegno nazionale*, Rimini, 1989, p. 9 ss. e in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 299 ss.; DENTI, voce *Questioni pregiudiziali*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 676 ss.; PROTO PISANI, voce *Questioni pregiudiziali*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 69 ss., spec. p. 71 ss.; TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, p. 522 ss.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 87 ss.; ID., *Il giudicato civile*, 2° ed., Torino, 2002, pp. 46

Il tema del giudicato implicito va posto in relazione con due aspetti: la tutela del contraddittorio e il diverso *modus operandi* delle pregiudiziali di rito e delle preliminari di merito.

Dal primo angolo prospettico, non vi è dubbio che le posizioni della giurisprudenza, certo dettate da motivi di economia processuale, portano ad estendere al massimo la forza del giudicato, con l'obiettivo di rendere non più discutibili tutte le questioni logicamente anteriori a quelle decise. Sennonché, si viene a generare un effetto espansivo del giudicato, che va oltre ciò che è stato oggetto di effettivo dibattito fra le parti.

Dal secondo punto di vista, è diverso il ruolo delle questioni pregiudiziali di rito rispetto alle preliminari di merito⁽¹⁹⁾. Riguardo alle preliminari di merito, l'apporto delle domande delle parti (anche nella logica dell'art. 34 c.p.c.) è in definitiva l'unico limite al dovere decisorio del giudice e, quindi, lo lascia più libero di applicare il criterio della ragione più liquida, all'unica condizione di avere dato risposta a tutte le domande, per le quali vi sia l'obbligo di pervenire all'efficacia di giudicato.

Per quanto riguarda, invece, le pregiudiziali di rito, è maggiore il numero di casi in cui l'eventuale pretermissione apre la strada non soltanto ad un'impugnazione, ma anche ad un rilievo officioso del giudice superiore. Mi sembra decisivo, al riguardo, distinguere fra questioni di rito che porterebbero alla decisione della causa nello stesso senso del merito e questioni di rito di segno opposto. Occorre poi tenere conto dell'appartenenza o no delle questioni al novero di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c. Su entrambi i punti ritornerò nella seconda parte della relazione.

5. – Il tema del giudicato implicito ha conosciuto, di recente, un importante approfondimento, che, a mio avviso, getta luce sull'argomento ben oltre lo stretto profilo trattato, vale a dire quello del rilievo dell'eccezione di giurisdizione.

Alcune recenti sentenze delle sezioni unite hanno affermato che ogni pronuncia di

ss. e 55 ss.; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in questa rivista, 1990, p. 475 ss.; RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, p. 91 ss.

(¹⁹) V. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali*, cit., p. 9 ss.

merito, ancorché non accompagnata da alcuna espressa statuizione sulla giurisdizione, implica di regola la preventiva verifica della *potestas iudicandi* da parte del giudice che la ha emessa. Ne segue che, data una sentenza di primo grado, la mancata proposizione in appello della questione di giurisdizione implica un comportamento incompatibile con la volontà di dedurre il difetto di giurisdizione. Questo comportamento va valutato come acquiescenza, suppone la formazione del giudicato sul punto della giurisdizione e ne preclude sia la proponibilità sia la rilevabilità d'ufficio in Cassazione⁽²⁰⁾.

E' importante capire che il campo di battaglia su cui queste sentenze muovono non è quello del giudicato o dell'ordine delle questioni – argomento che occupa il nostro dibattito odierno – ma piuttosto quello della forza della questione di giurisdizione. La Cassazione ha di mira l'interpretazione dell'art. 37 c.p.c., affermando che la rilevabilità del difetto di giurisdizione, anche d'ufficio e in qualsiasi stato e grado del giudizio, deve tenere conto dei principi (di peso costituzionale) di economia processuale e di ragionevole durata del processo, con una serie di conseguenze, fra le quali è saliente quella che permette il rilievo officioso della giurisdizione soltanto fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato, anche implicito⁽²¹⁾. E' a questo punto che il ragionamento della Cassazione incontra l'argomento che oggi discutiamo.

Certo, la suprema corte accede alle opinioni che vedono la giurisdizione sempre meno come espressione della sovranità statale e sempre più come un servizio reso alla comunità dei cittadini, per garantire la tutela dei diritti⁽²²⁾. Nello stesso tempo, essa sta costruendo un complesso di alternative alla perdurante situazione di giurisdizione ripartita, oggetto di perplessità in vasti settori della dottrina⁽²³⁾: la sentenza n. 4109 del

⁽²⁰⁾ Cass., s.u., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 1459; Cass., s.u., 30 ottobre 2008, n. 26019, *ivi*, 2008, p. 1539; Cass., s.u., 18 dicembre 2008, n. 29523, in *Rep. Foro it.*, 2008, "Giurisdizione civile", n. 119.

⁽²¹⁾ Si veda, al riguardo, il commento (fortemente critico) di VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in www.federalismi.it.

Per la soluzione classica al problema (ora messa in discussione dalle decisioni citate), v. per tutti PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 386 ss.

⁽²²⁾ V. sul punto PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, *passim*. Mi permetto anche un richiamo a BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, p. 318 ss.

⁽²³⁾ V. ad es., PROTO PISANI, *Intervento breve per il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 781 ss.; ID., *Verso il superamento della giustizia amministrativa ?*, in *Foro it.*, 2001, V, c. 21 ss.; CONSOLO, *Il processo amministrativo fra snellezza e "civilizzazione"*, in *Corr. giur.*,

22 febbraio 2007, in tema di *translatio iudicii*, ne è un evidente esempio⁽²⁴⁾. E non vi è dubbio che appare quanto meno singolare che, nel mondo globalizzato, i percorsi di deroga della giurisdizione interna a favore di giudici o arbitri stranieri siano più agevoli rispetto al passaggio fra giudice ordinario e giudice amministrativo. Non sorprende, dunque, che sul punto dell'attacco alla giurisdizione ripartita o per lo meno alla gravità degli effetti dell'inosservanza delle norme che la governano, le posizioni della suprema corte siano contrastate dal Consiglio di Stato, che dell'autonomia strutturale della giurisdizione amministrativa è geloso e zelante custode⁽²⁵⁾.

Chiarito, dunque, che il tema del giudicato implicito è soltanto l'occasione, e non l'oggetto diretto, della politica giudiziaria della Cassazione, resta il fatto che le pronunce sopra riferite ne hanno ridelineato l'ambito, prendendo espressa posizione sul tema dell'ordine delle questioni.

La Cassazione, dunque, ha affermato che “il giudicato implicito sulla giurisdizione può formarsi tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione”. Appartengono a questa categoria le decisioni in cui “l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito “per saltum”, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito”⁽²⁶⁾.

Mi pare che da questo principio di diritto discendano una lezione di metodo e almeno quattro corollari.

La lezione di metodo è che il diritto processuale (qui, la rilevabilità d'ufficio della questione di giurisdizione) richiede sempre un'interpretazione costituzionalmente

2000, p. 1265 ss.; QUERZOLA, *Il reclamo cautelare approda ai giudizi innanzi ai tribunali delle acque, tra processo civile e processo amministrativo*, in questa rivista, 2001, p. 1239 ss.

⁽²⁴⁾ Cass., s.u., 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 398, su cui rimando al mio breve commento *Translatio iudicii e unità della giurisdizione*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, p. 602 ss.

⁽²⁵⁾ V. l'aperto dissenso manifestato, rispetto alle recenti scelte delle sezioni unite, da Cons. Stato, V, 5 dicembre 2008, n. 6049, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 2, p. 180.

⁽²⁶⁾ Così, testualmente, Cass., s.u., 18 dicembre 2008, n. 29523, cit.

orientata, che fa perno sui precetti (perché di precetti normativi si tratta) del giusto processo e della sentenza giusta, dell'efficace tutela dei diritti, del contraddittorio, della ragionevole durata. *Nihil novi sub sole*: ma troppi istituti sopravvivono, senza essere stati investiti da un profondo ripensamento.

Vediamo i corollari. Il primo è che la nozione di giudicato implicito acquista maggiore complessità e quindi minore facilità di applicazione. Il secondo è che il giudice deve seguire l'ordine logico-giuridico delle questioni, come condizione per acquisire, anche sulle questioni non apertamente discusse, l'efficacia del giudicato implicito. Il terzo è che la "progressione logica" riguarda solo il rapporto fra questioni di rito e questioni di merito e non anche fra diverse questioni all'interno del giudizio di merito. Il quarto, forse il più interessante, è che non vi è nessuna sanzione per il giudice che decida in base "all'evidenza di una soluzione", se non quella del rischio dell'impugnazione e della possibilità che il giudice superiore sollevi d'ufficio determinate questioni di rito.

6. - Mi sembra che, a questo punto del ragionamento, siano sul tavolo gli elementi utili per tentare un percorso ricostruttivo. Prima però di esaminare come l'ordine nella trattazione delle questioni si ripercuota sulla sentenza di merito di prima istanza, mi pare utile un breve intermezzo europeo. Le norme, la prassi e le decisioni delle corti europee di Lussemburgo, se non possono costituire direttamente un modello per le soluzioni interne, rappresentano tuttavia un punto di riferimento che apre numerose suggestioni.

Intanto, è utile segnalare che i regolamenti di procedura della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, in relazione alla deliberazione in camera di consiglio, fanno menzione *expressis verbis* dell'ordine delle questioni⁽²⁷⁾.

I giudici europei, al pari di ogni altro giudice, possono trovarsi ad affrontare questioni pregiudiziali di rito, che per lo più rientrano nella categoria dell'irricevibilità: l'ordine logico, naturalmente, ne impone la trattazione preventiva. Eppure, è giurisprudenza costante della Corte di giustizia che il giudice possa prescindere dall'esame della questione di ricevibilità quando sia facile statuire l'infondatezza del ricorso nel

⁽²⁷⁾ Art. 27, par. 6°, reg. proc. Corte; art. 34, par. 6°, reg. proc. Trib.

merito⁽²⁸⁾).

Il criterio della “buona amministrazione della giustizia” presiede ed orienta, in modo pratico, le decisioni delle corti europee. In questo senso, esse si ritengono libere di esaminare a propria scelta, in sede cautelare, con criterio di anteriorità, la sussistenza di questo o di quello dei requisiti per la concessione della misura richiesta; e, pur nella consapevolezza che la questione di ricevibilità del ricorso va discussa nel merito e non in sede d’urgenza, si orientano normalmente a negare le misure urgenti domandate, se la non ricevibilità nel merito appaia evidente. E’ anche bene segnalare che i giudici dell’Unione possono decidere in ogni momento di pronunciare la manifesta infondatezza o la manifesta irricevibilità di un ricorso, senza seguire il normale *iter* procedurale.

Non priva di significato è anche l’elaborazione intorno alla nozione di giudicato. Senza sviluppare in queste note un argomento che merita ben altra attenzione, mi limito a due cenni. Il primo è che secondo i giudici del Kirchberg l’autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto effettivamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui si tratta⁽²⁹⁾. Il Tribunale di primo grado ha avuto modo di prendere posizione specifica sui limiti oggettivi del giudicato, mettendo in luce che l’eccezione di cosa giudicata può comportare l’irricevibilità di un secondo, successivo ricorso, solo quando le due controversie riguardino le stesse parti, abbiano il medesimo oggetto e (si noti) i due ricorsi siano basati sugli stessi motivi⁽³⁰⁾. Da questo angolo prospettico, si assiste ad una sottile erosione dell’area del giudicato.

La seconda riguarda la nota pronuncia Lucchini del 18 luglio 2007, in cui la Corte di giustizia (seppure in circostanze e in una materia del tutto particolari) ha affermato il

⁽²⁸⁾ V. BIAVATI, *Diritto processuale dell’Unione europea*, Milano, 2005, 3° ed., p. 89, con i relativi riferimenti.

⁽²⁹⁾ Corte giust., ord., 28 novembre 1996, causa C-277 P, *Lenz c. Commissione*, in *Racc.*, 1996, I, p. 6109 ss.; Trib., 20 aprile 1999, cause riunite T-305/94 e altre, *Limburgse Vinyl Maatschappij c. Commissione*, ivi, 1999, II, p. 931 ss., quest’ultima confermata da Corte giust., 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P e altre, ivi, 2002, I, p. 8375 ss.; Trib., 13 febbraio 2003, causa T-333/01, *Meyer c. Commissione*, ivi, 2003, II, p. 117 ss.

⁽³⁰⁾ Trib., 5 giugno 1996, causa T-162/94, *Nmb France c. Commissione*, in *Racc.*, 1996, II, p. 427 ss. Nella specie, si trattava di due ricorsi per annullamento, diretti contro atti diversi, anche se basati su motivi in gran parte coincidenti. V. in punto QUERZOLA, *Spunti sui limiti oggettivi del giudicato comunitario*, in questa rivista, 1998, p. 332 ss.

principio secondo cui l'art. 2909 c.c. contrasta con il diritto comunitario, se l'applicazione della norma interna "impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva"⁽³¹⁾. Ciò che qui mi interessa rimarcare è che il giudicato non è più un *totem* e che il problema del contrasto con il diritto comunitario era – per dirlo in termini italiani – una questione pregiudiziale su cui i giudici non si erano pronunciati.

7. - Vengo, ora, al cuore del problema, che, come ripeto, è quello dell'influenza dell'ordine di trattazione delle questioni nella struttura della sentenza di primo grado. A questo proposito, cercherò di rispondere ad alcune domande e cioè: a) il giudice deve sempre seguire l'ordine logico-giuridico delle questioni ? b) il giudice deve dare una motivazione circa l'ordine di trattazione scelto in concreto ? c) come il giudice deve valutare il rischio dell'impugnazione ? d) come si traducono queste opzioni nel dispositivo ? e) in quale fase processuale va compiuta la scelta della trattazione ? Inizio con la prima, indubbiamente centrale nel contesto della discussione di oggi.

Sarebbe molto interessante che la suprema corte venisse ad offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 276, comma 2°, c.p.c.⁽³²⁾. Ma forse, in qualche misura, le recenti pronunce sull'estensione del giudicato implicito, pure se riferite in specifico al punto del rilievo officioso della giurisdizione, offrono già una prima indicazione. La decisione di una questione a valle, di facile e risolutiva evidenza, trascurando le questioni a monte, non è illegittima. Essa lascia però scoperto il fianco a possibili impugnazioni e a interventi officiosi del giudice superiore. Ora, a me pare che

⁽³¹⁾ Corte giust., 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini S.p.a.*, in *Guida al dir.*, 2007, n.35, p. 106 ss. V. al riguardo i commenti di CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e specie del nostro ?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225 ss.; NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1217 ss.; M.T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato ?*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2007, p. 733 ss.; BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 2007, p. 1591 ss.

⁽³²⁾ In dottrina non mancano voci che negano valore precettivo alla disposizione in oggetto: così FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, p. 66 ss.

il problema vada affrontato operativamente, sotto il profilo che, di volta in volta, il rapporto delle questioni viene ad assumere.

Come prima anticipavo, è necessario individuare quali conseguenze si avrebbero per la decisione finale di merito evitando la trattazione di tutte le questioni secondo l'ordine logico-giuridico. L'approccio che qui scelgo, dunque, non è quello classico, ma quello dell'efficacia complessiva del sistema: naturalmente, senza violare le norme.

La prima ipotesi è quella di un'eccezione di rito e di una difesa di merito, entrambe volte ad ottenere il rigetto della domanda. Non vedo alcuna difficoltà se il giudice respinge la richiesta dell'attore sulla sola base del punto di merito, specie se di più agevole soluzione. Qui l'unica controindicazione è data dalla possibilità che il convenuto appellato sia costretto a sollevare di nuovo la questione di rito, se del caso nelle forme di un appello incidentale condizionato: e francamente, ciò non mi pare grave, anche perché non vi è alcuna certezza che impugnazione vi sia. Per contro, si forma una pronuncia sulla sostanza del problema, che, a mio avviso, può essere di notevole impatto pratico nel disincentivare un'impugnazione. L'analisi costi-benefici è dunque ampiamente a favore dell'autonomia del giudice nella scelta dell'ordine delle questioni⁽³³⁾.

La seconda ipotesi è invece quella di due difese contrapposte. Ad una domanda dell'attore pianamente accoglibile nel merito, fa riscontro una complessa ed incerta eccezione di rito del convenuto. Qui il giudice può orientarsi, caso per caso, secondo tre parametri: l'esigenza di dare una decisione giusta nel merito; il livello di obiettiva incertezza della questione di rito; l'appartenenza o no della questione di rito ai casi in cui il giudice d'appello non può decidere nel merito, ma deve rimandare il processo in primo grado.

Tuttavia, il giudice, proprio per assicurare l'effettività della tutela, non deve rischiare che una decisione affrettata finisca poi per allungare a dismisura i tempi di soluzione della lite: un'eccezione di rito, che potenzialmente precluda al giudice d'appello di

⁽³³⁾ La dottrina si esprime, secondo le corde tradizionali, in modo diverso. Ad esempio, secondo TURRONI (*op. cit.*, p. 121), se, a fronte delle questioni pregiudiziali sollevate sussistono ragioni sia di rito che di merito per respingere la domanda, il giudice deve limitare alle prime la propria attività decisoria e senz'altro definire il giudizio "in rito".

decidere nel merito, in base agli artt. 353 e 354 c.p.c., richiede particolare attenzione. Inoltre, il rispetto per il diritto di difesa delle parti renderà più plausibile la trattazione espressa, dapprima, della questione di rito e poi dell'esame del merito. Insomma, su questo terreno i rischi in caso di scostamento dall'ordine logico-giuridico di rito/merito sono decisamente maggiori.

Più semplice è invece il caso di una pluralità di questioni di merito. Qui siamo al di fuori della rigorosa antecedenza logica fra rito e merito; non sempre, come si è visto, può parlarsi di una vera e propria sequenza delle questioni, ma talora di un semplice allineamento; il criterio della ragione più liquida trova ampia facilità di applicazione, con il solo limite della risposta alle domande delle parti.

Così pure, nel caso di più questioni pregiudiziali di rito, almeno una delle quali sia chiaramente fondata, il giudice può risolvere il caso decidendo solo la suddetta questione, mentre le altre rimangono, come si dice, "assorbite".

Con queste precisazioni, a me sembra però che sussistano spazi significativi per il giudice nel fissare il percorso che lo porta, in tempi ragionevoli e nel rispetto del contraddittorio, alla sentenza giusta⁽³⁴⁾.

8. – Le domande su motivazione, dispositivo e rischio dell'impugnazione vanno considerate insieme.

Va esaminato, prima di tutto, l'obbligo di motivazione della scelta ordinante del giudice. A me pare che la motivazione debba essere data soprattutto in riferimento alla sostanza della decisione, di rito o di merito che sia. Tuttavia, la trasparenza della pronuncia (altro valore che va sempre salvaguardato, specialmente nell'odierna società complessa) suggerisce che una seppure breve spiegazione sia data. La scelta dovrà essere messa in relazione con la pronuncia sul merito: così, l'evidenza della soluzione prescelta, in grado di definire l'intera controversia, sarà ragione sufficiente per non

⁽³⁴⁾ Può essere di qualche interesse riflettere sul dibattito sorto in dottrina circa il ruolo del giudice nel quadro dell'accertamento pregiudiziale ex art. 64, d.lgs. n. 165 del 2001. Infatti, si tende a leggere la norma nel senso che il rinvio all'Aran della questione pregiudiziale non sia automatico, ma debba avvenire solo se la questione appare seria e non dilatoria (v. ad esempio AMOROSO, *In tema di interpretazione autentica dei contratti collettivi nel lavoro privatizzato*, in *Dir. lav.*, 2003, p. 63; perplessità anche in PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4° ed., Napoli, 2002, p. 800).

avere trattato altre questioni, la cui esatta determinazione sarebbe comunque stata irrilevante rispetto alla pronuncia finale.

Ancòra. Ci possiamo chiedere se il giudice di prime cure debba compiere o no una valutazione prognostica circa la possibilità di un'impugnazione e se, nel redigere la sentenza e la motivazione, debba preoccuparsi della tenuta della propria pronuncia in sede di gravame. E' un aspetto forse non sufficientemente sviluppato, ma non irrilevante ai fini di un efficace funzionamento del processo civile. L'impugnazione resta in ogni modo un pieno diritto della parte soccombente, ma non vi è dubbio che una motivazione molto convincente diminuisce la propensione ad impugnare (e, per converso, motivazioni affrettate o superficiali incrementano la tendenza al gravame). Ora, nello specifico del compimento di scelte che alterano l'ordine logico-giuridico delle questioni, una motivazione accurata che metta in luce al contempo la ragionevolezza del percorso prescelto e l'evidente fondatezza dei profili di merito che supportano la decisione, appare un contributo sicuramente importante.

Del resto, l'ordinamento conosce altre situazioni in cui il giudice, autorizzato ad alterare l'ordine logico delle questioni, si dà carico del rischio di una diversa valutazione da parte di un organo superiore e lo risolve secondo un criterio probabilistico. Penso (non a caso, sempre in materia di giurisdizione) alla decisione se sospendere o no il processo in caso di proposizione *medio tempore* del regolamento preventivo, di cui all'art. 41 c.p.c. L'art. 367 c.p.c. affida al giudice gli strumenti della valutazione di manifesta infondatezza della questione o di manifesta inammissibilità dell'istanza. Di fatto, il giudice che decide di non sospendere espone il processo al rischio di una diversa impostazione da parte della Cassazione. Ebbene, l'esperienza dimostra che, privato del suo carattere automaticamente sospensivo e non più utilizzabile come strumento dilatorio, il regolamento di giurisdizione, seppure non scomparso, si è notevolmente rarefatto nelle aule civili⁽³⁵⁾.

In questa fattispecie, è vero che il giudice *a quo* esamina l'eccezione di giurisdizione e ne compie una delibazione, prima di passare all'esame del merito. E' anche vero però

che, restando l'ultima parola in argomento ad un giudice superiore, il rigoroso rispetto dell'ordine logico-giuridico avrebbe imposto la sospensione necessaria, come del resto era previsto prima della riforma attuata con la l. 26 novembre 1990, n. 353. Qui è il legislatore che, per motivi di efficienza, conferisce al giudice di prima istanza un potere che, nei fatti, suppone la facoltà di modificare l'ordine delle questioni.

Quello della stesura del dispositivo mi sembra, infine, un falso problema. Come ho anticipato, il giudice deve decidere sul merito, accogliendo o respingendo la domanda. Se perviene a decidere sul merito, lasciando da parte questa o quella questione pregiudiziale o preliminare, il dispositivo farà riferimento solo al merito: sarà la motivazione a dare conto (e lo si è visto) dei vari passaggi. Se, invece, il giudice deciderà in base ad un'eccezione pregiudiziale di rito, accogliendola, sarà la pronuncia su questo capo della materia del contendere ad occupare il dispositivo (ad esempio, con la dichiarazione di carenza di giurisdizione del giudice adito).

9. – Resta da rispondere alla domanda, relativa al momento processuale in cui il giudice può attuare la propria autonomia nella fissazione dell'ordine delle questioni.

Come ricorda l'art. 276 c.p.c., il momento finale è quello della sentenza: quando, precisate le conclusioni, il giudice (usualmente monocratico, sebbene la norma sia dettata pensando al collegio) trae le fila del discorso: sia che ciò avvenga dopo una pausata riflessione, sia che il dispositivo e le concise ragioni di fatto e di diritto vengano immediatamente esposte, a seguito di trattazione orale, *ex art. 281-sexies c.p.c.*

Tuttavia, almeno due importanti motivi inducono ad anticipare questo momento.

In primo luogo, la moderna sensibilità estende il principio del contraddittorio (sulla cui rilevanza costituzionale non ritorno) anche all'individuazione chiara dei passaggi che il giudice reputa essenziali per giungere alla decisione. Le decisioni a sorpresa sono certo estranee ai più recenti sviluppi della cultura giuridica ed appaiono sostanzialmente ripudiate dal legislatore, come emerge dall'art. 384, comma 3°, c.p.c. e, seppure meno

⁽³⁵⁾ Sul punto degli abusi del regolamento preventivo di giurisdizione, v. Cass., s.u., 23 aprile 1980, n. 2647, in *Foro it.*, 1980, I, c. 1285 ss., con nota di CIPRIANI (a. al quale si deve un meritorio e costante lavoro di critica sull'utilità dell'intero istituto).

nettamente, dall'art. 183, comma 4°⁽³⁶⁾. La Cassazione ha ormai completamente sviluppato l'orientamento secondo cui il giudice, qualora ritenga di decidere la lite in base ad una questione rilevabile d'ufficio su cui non si sia verificato il contraddittorio fra le parti, deve astenersi dal pronunciarsi senza confronto, ma deve procedere alla segnalazione della questione, riaprendo su di essa il dibattito e dando spazio alle attività consequenziali: in caso contrario, si avrebbe violazione del diritto di difesa⁽³⁷⁾. E' quindi certamente preferibile che le determinazioni sull'ordine delle questioni da trattare emergano in tempo utile per consentire alle parti di formulare i loro rilievi, il che necessariamente impone che ciò si collochi in un momento anteriore alla decisione.

In secondo luogo, è evidente che la fissazione dell'ordine delle questioni (se del caso, con i limiti sopra accennati, alterando la rigorosa successione logico-giuridica) può avvenire, in chiave costituzionale, solo in vista del raggiungimento degli obiettivi virtuosi di fondo del processo civile. Ora, a poco varrebbe l'energica soluzione della causa in base al criterio della ragione più liquida, se ciò fosse stato preceduto da una lunga trattazione, anche istruttoria, di questioni preliminari di merito. In altre parole, il problema non è solo quello di una motivazione più essenziale, ma anche di un risparmio di forze nello sviluppo del processo.

Qui è evidente che dalla struttura della decisione si passa ad un delicato intreccio con complessi problemi organizzativi: se non ho certo la presunzione di sciogliere nodi complessi, devo però rilevare che la fissazione di un congruo momento temporale è ineludibile.

La risposta si trova nel codice, quando l'art. 183, comma 4°, immagina un colloquio fra il giudice e i difensori circa i punti della controversia meritevoli di approfondimento e

⁽³⁶⁾ V. CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in questa rivista, 1987, p. 569 ss.; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Dall'azione al giudicato*, Padova, 1983, p. 46 ss.; MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 929 ss.; LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria" ?*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1612 ss.; CAVALLINI, *Eccezione rilevabile d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, p. 105 ss.; DALFINO, *op. cit.*, p. 104 ss.

Un più espresso obbligo dell'attuazione del contraddittorio previamente alle decisioni di terza via sembra essere introdotto dal d.d.l. di riforma del codice di procedura civile, all'esame delle Camere.

⁽³⁷⁾ V. Cass., 21 novembre 2001, n. 14637, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 1973; Cass., 9 giugno 2008, n. 15194, in *Rep. Foro it.*, 2008, "Procedimento civile", n. 124.

l'eventuale esigenza di trattare questioni d'ufficio. In ogni caso, esaurita la fase delle deduzioni istruttorie, l'art. 187 c.p.c. fissa il momento delle scelte, con gli eventuali sbocchi su sentenze non definitive o sulla trattazione delle questioni pregiudiziali.

La prassi giudiziaria italiana e il carico di lavoro degli uffici giudiziari rendono, però, debolmente operative queste norme-chiave. Il risultato è quello di troppe istruttorie inutili e, per quello che concerne il tema odierno, di una minore capacità per il giudice di orientarsi in modo autonomo circa l'ordine delle questioni: se non altro, perché avere lasciato coltivare le prove su taluni aspetti della materia del contendere, rende poi improponibile una soluzione decisoria che non li passi in rassegna.

Il mio suggerimento è che le modalità di trattazione (e quindi, l'ordine delle questioni) siano discussi e impostati in una fase del processo la più anticipata possibile. La ribadita consapevolezza delle difficoltà organizzative non mi esime dal ricordare che soluzioni di questo genere sono concretamente realizzabili, forse sulla base di protocolli di intesa fra giudici e avvocati (sulla scorta, ad esempio, dei contratti di procedura francesi)⁽³⁸⁾.

Può essere questo il momento per una brevissima digressione su uno dei possibili esiti della scelta circa l'ordine delle questioni: vale a dire, se adottare o no una decisione non definitiva affermativa di un dato presupposto processuale⁽³⁹⁾. Se, nel caso di composizione decisoria collegiale, questo sbocco può essere la conseguenza di un orientamento della maggioranza del collegio di segno opposto a quello del giudice istruttore, laddove (come nella maggior parte dei casi), il giudice di prima istanza sia

⁽³⁸⁾ Come è noto, in Francia la prassi di molti organi giudiziari, prendendo le mosse da norme che obiettivamente facilitano una trattazione elastica del singolo caso, ha introdotto la possibilità di fissare un programma di attività ed una scansione di termini difensivi, concordato, per una data causa, fra il giudice (che terrà conto del proprio calendario di impegni) e i difensori delle parti (che terranno conto delle esigenze di esposizione delle rispettive difese). Il decreto del 28 dicembre 2005 ha poi novellato il codice francese all'art. 764, commi 3°, 4° e 5°, attribuendo a questo sistema forza di legge. Si vedano, fra gli altri, FERRAND, *The Respective Role of the Judge and the Parties in the preparation of the Case in France*, in TROCKER-VARANO (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in comparative perspective*, Torino, 2005, p. 16 ss. e p. 21; CADIET, *D'un code à l'autre: de fondations en refondation*, in CADIET-CANIVET, *De la commémoration d'un Code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Paris, 2006, p. 13 ss.; CROZE, *Les procédures civiles avec ou sans professionnels: une nouvelle dimension de la conception française du procès civil ?*, ivi, p. 116; CADIET, *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation de règlement de litiges*, in questa rivista, 2008, suppl. *Accordi di parte e processo*, p. 7 ss.

⁽³⁹⁾ E' ovvio che se la decisione fosse negativa, si avrebbe una sentenza definitiva in rito, che respinge la domanda.

monocratico questa soluzione è spiegabile soltanto in rapporto alla volontà del giudice di isolare un aspetto della pronuncia e di permettere alla parte in dissenso un'eventuale impugnazione immediata.

Se guardiamo al problema nella logica dell'effettività, dobbiamo essere consapevoli che normalmente (fatte salve le peculiarità della sentenza sulla competenza) la parte dissenziente può limitarsi a proporre riserva d'appello: con la conseguenza che tutta la materia del contendere potrà, se le parti lo vorranno, essere devoluta al giudice superiore. Insomma, la sentenza non definitiva positiva non diminuisce il rischio dell'impugnazione e non contribuisce necessariamente a fare immediata chiarezza. Ne segue che il giudice monocratico dovrà essere decisamente cauto nell'optare per questo tipo di pronunce.

10. – Infine, ritengo di dover esprimere alcune perplessità sull'utilizzo del concetto di giudicato implicito a finalità semplificatorie. Come anticipato, la Corte di cassazione ne amplia l'impiego per mettere al riparo dal controllo officioso dei giudici superiori talune tipologie di scelte ordinanti dei giudici di prime cure. Lo scopo, ne possiamo convenire, è apprezzabile, ma ciò non toglie che la suprema corte corra il rischio di brandire un'arma impropria.

Il giudicato non esiste *in rerum natura* e la sua ampiezza oggettiva deriva molto più da letture tradizionali che dal testo delle norme. L'Europa lo ridimensiona e l'esperienza giuridica nordamericana informa che esistono precisi vincoli fra l'effettiva discussione delle questioni e l'estensione del giudicato⁽⁴⁰⁾. Cresce lo spazio per provvedimenti decisori stabili, che al giudicato non pervengono, ma che al giudicato neppure ambiscono⁽⁴¹⁾. Insomma, e per dirla in una parola, ci dobbiamo chiedere se il bisogno di certezza sia il medesimo per la società fondiaria di secoli or sono e per l'attuale economia informatica e globalizzata.

⁽⁴⁰⁾ V. di recente VOLPINO, *L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana*, Padova, 2007. V. poi il fondamentale saggio di TARUFFO, "Collateral estoppel" e giudicato su questioni, I, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 651 ss. e II, *ivi*, 1972, p. 272 ss.

⁽⁴¹⁾ MENCHINI, *Nuove forme di tutela e nuovi modi di risoluzione delle controversie: verso il superamento della necessità dell'accertamento con autorità di giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 869 ss.; E.F. RICCI, *Verso un nuovo processo civile ?*, *ivi*, 2003, p. 211 ss.

Non so se le mie osservazioni colgano o no una linea di tendenza: tuttavia, mi sembra che i tempi non siano adatti per letture che espandono il giudicato. A me pare invece che si debba tenere in conto la dinamica degli interessi delle parti e della loro reale volontà di sollevare e discutere determinate questioni. Non è grave se una questione, eventualmente trascurata, è riproposta davanti a un giudice superiore e non è l'attesa del soccorso del giudicato implicito a dover guidare l'autonomia del giudice nell'ordine delle questioni. Sarà invece la forza della decisione, la sua persuasività, la sua capacità di convincere a funzionare da deterrente nei confronti di impugnazioni, che richiedono tempi lunghi e costano denaro. Sarà la forza dell'interesse delle parti il vero banco di prova.

Vi è, però, un aspetto che il criterio dell'interesse non riesce a governare: il potere del giudice di sollevare le questioni d'ufficio, tutte le volte che la legge lo consente. E' proprio per sterilizzare questo potere che la Cassazione fa ricorso ad un concetto, come il giudicato implicito, che altrimenti, con ogni probabilità, sarebbe superfluo.

Il *case management* entra, allora, prepotentemente in gioco. I nostri manuali raccontano agli studenti di un processo solo, con un solo attore, un solo convenuto, un solo giudice, tutti impegnati ad applicare ed impiegare ogni raffinatezza del diritto processuale. Anche talune trattazioni scientifiche indulgono a studiare i problemi – spesso, in modo accurato e pregevole – senza calcolarne il peso concreto. La realtà smentisce questo quadro e ci parla invece di pesanti carichi giudiziari, di automobili cariche di fascicoli che il magistrato porta a casa per lavorare il pomeriggio, di cancellerie che scoppiano, di ritardi indescrivibili. Ecco che il giudice deve realisticamente domandarsi se sollevare una data questione d'ufficio, specie se pregiudiziale rispetto al merito, sia operazione meritevole di apprezzamento.

Certo, non è mia intenzione assumere una prospettiva unilaterale che, per ciò solo, risulterebbe insoddisfacente. Il principio di ragionevole durata non opera in modo isolato, ma nel quadro costituzionale di un processo giusto (e quindi, con la corretta applicazione del diritto), svolto nel pieno rispetto del contraddittorio, governato da un giudice terzo ed imparziale. Non si tratta neppure di svuotare la regola *iura novit curia*, quasi imponendo alle corti di dimenticare le norme, pur di arrivare a decidere presto. Il

punto è invece quello di una ragionevole selezione dei tempi e dei momenti di intervento officioso del giudice nel sollevare le questioni e di costruire una corretta *policy* che tenga conto delle esigenze complessive del sistema⁽⁴²⁾.

Se il rilievo d'ufficio di questioni di diritto sostanziale è ineludibile, perché collegato strutturalmente alla giustizia della decisione di merito⁽⁴³⁾, diverso mi sembra l'atteggiamento che il giudice deve tenere nell'applicare le regole del gioco, vale a dire le disposizioni processuali.

Talora il rilievo officioso sarà necessario: quando vengono in gioco valori essenziali del processo, come il rispetto del diritto di difesa o la protezione della parte più debole, o quando si tratti di dare spazio a norme fondamentali, costituzionali od europee. In altri casi, invece, il giudice potrà rendersi conto che nessuna delle parti ha interesse a sollevare quel profilo, proprio perché le difese si sono consapevolmente articolate su altri aspetti del contendere e fanno ragionevolmente desumere che il silenzio non dipenda da trascuratezza dei difensori. Nel contempo, potrà verificare che il punto, potenzialmente oggetto di un rilievo, non riguarda aspetti realmente decisivi, non solo per il merito, ma per la stessa correttezza del processo: penso a situazioni come la competenza per materia, la validità formale della procura alle liti o il previo espletamento di procedure conciliative⁽⁴⁴⁾.

Se, in queste condizioni, il giudice saprà limitare all'essenziale il suo potere e se saprà resistere alla tentazione di alleggerire il proprio ruolo, ma scaricando un lavoro non fatto sul tavolo di un collega di un altro organo giudiziario, avrà reso alla giustizia un importante servizio.

A questo proposito (e ripetendo ciò che rammentavo in un incontro di studi, in questa

⁽⁴²⁾ E' utile, in questo senso, la tesi sviluppata da DALFINO (*op.cit.*, p. 222), secondo cui non può ammettersi la libera riemersione della questione di diritto in fase di impugnazione, in assenza di motivi di doglianza delle parti.

⁽⁴³⁾ E' interessante, ad esempio, il punto del rilievo d'ufficio della pregiudiziale europea ex art. 234 tr. Ce (che diverrà l'art. 267 tr. Fue, dopo la rinumerazione conseguente al trattato di Lisbona). V. per tutti RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 172 ss. Nel contempo, è ormai orientamento dominante nella giurisprudenza della Corte di giustizia quello della rilevanza d'ufficio dell'applicazione del diritto europeo da parte dei giudici nazionali.

⁽⁴⁴⁾ V., ad esempio, il profilo dell'improcedibilità ex art. 412-bis c.p.c., su cui per tutti NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007, p. 263 ss.

medesima sede, pochi mesi fa), è sempre utile rileggere l'art. 1 delle *Civil procedure rules* inglesi del 1998, che ricorda come il giudice deve governare il processo in modo da “deal with cases justly”⁽⁴⁵⁾. E' forse questa la chiave per passare da un approccio di rigorosa logica giuridica, ad un altro diverso, che, senza negare le norme, anteponga lo scopo di offrire ai cittadini una giustizia credibile.

⁽⁴⁵⁾ Secondo la Rule 1(1) delle *Civil Procedure Rules* 1998, “the Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly. Dealing with a case justly includes, so far as is practicable, (a) ensuring that the parties are on equal footing; (b) saving expenses; (c) dealing with the case in ways which are proportionate (i) to the amount of money involved; (ii) to the importance of the case; (iii) to the complexity of the issues; and (iv) to the financial position of each party; (d) ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases.”