

SULLA RILEVABILITÀ D'UFFICIO DELL'ECCEZIONE DI COSA GIUDICATA(*)

1. - Non è da oggi che dottrina e giurisprudenza sono radicalmente discordi su questo tema: i nostri migliori processualisti⁽¹⁾ affermano ed il Supremo Collegio⁽²⁾, nega la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di giudicato, formatosi in diverso processo.

Così era anche sotto l'impero dell'abrogato codice di procedura civile ed in mancanza di una norma espressa⁽³⁾, la controversia permane.

(*) Da «Rivista di diritto processuale», 1953, II, pp. 168 ss.

Lo scritto annota la seguente massima:

CORTE DI CASSAZIONE, sez. II, 13 luglio 1952, Pres. Brunelli, Est. Marletta, Costioli c/ Averoldi:

«La eccezione di cosa giudicata è rimessa alla iniziativa della parte e non è rilevabile d'ufficio».

(¹) In tal senso: CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*³, Napoli, 1923, p. 915; LESSONA, nel *Foro it.*, 1904, I, c. 351 ss.; GATTI, *Dell'autorità del giudicato civile*, 1902, nn. 181 ss.; BETTI, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, p. 230 nota; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935, p. 42; ID., *Sulla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, pp. 359 ss.; ID., *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1952, p. 239; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*², II, Napoli, 1945, p. 426; D'ONOFRIO, *Commento al Codice di procedura civile*, I, Torino, 1951, p. 509; MICHELI, *Sulla natura giuridica dell'eccezione di cosa giudicata*, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, pp. 81 ss.

Contro: Rosso, *Limiti dell'eccezione di cosa giudicata*, Roma, 1935, pp. 3 ss.; CASATI, voce *Regiudicata civile*, in *Nuovo digesto italiano*, t. XI, pp. 291 ss.

(²) Fra le decisioni più recenti: Cass. Sezioni Unite, 11 dicembre 1948, *Giur. it.*, 1949, I, 1, p. 456; Cass., 25 marzo 1949, in *Rep. giur. it.*, 1949, voce *Regiudicata civile*, n. 4; 14 luglio 1949, ivi voce cit., n. 1; 22 luglio 1949, ivi voce cit., n. 8.

(³) Anche in quella germanica non v'è una norma espressa. Nel regolamento processuale austriaco era prevista la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione.

Il giudizio formulato dalla giurisprudenza, che continua a subire l'influenza della meno recente dottrina francese⁽⁴⁾, si può riassumere così: «l'eccezione di cosa giudicata sul bene dedotto in giudizio, in quanto opera fuori del processo, a garanzia della parte, che ne ottenne il giudiziale riconoscimento o disconoscimento, è relativa cioè non rilevabile d'ufficio; mentre quella derivante da sentenza, pronunciata nello stesso processo, attenendo al regolare svolgimento della funzione giurisdizionale, ben può essere sollevata d'ufficio dal giudice»⁽⁵⁾.

Fu osservato in contrario dalla dottrina, sulle orme di quella germanica⁽⁶⁾, che la cosa giudicata sostanziale opera la consunzione dell'azione e quindi anche la carenza del potere di giurisdizione nel giudice, nuovamente adito⁽⁷⁾; si rilevò anche che le parti possono rinunciare agli effetti del giudicato, ma non pretendere una nuova decisione su un rapporto, già deciso⁽⁸⁾.

La distinzione tra giudicato, formatosi nel medesimo od in diverso processo, accolta dalla giurisprudenza, non ha il suffragio di alcun argomento né logico, né positivo, mentre, d'altro canto, l'ammissione di una deroga nega la tesi di principio⁽⁹⁾.

A favore della rilevabilità d'ufficio è stato anche invocato l'art. 395, n. 5 c.p.c.⁽¹⁰⁾, onde, esclusa la preclusione, viene meno lo stesso carattere di eccezione in senso proprio.

Tutti questi argomenti meritavano un'attento esame e c'era da attendersi una esauriente confutazione.

Leggendo le motivazioni delle più recenti pronunzie della Suprema Corte, sembra piuttosto che essi siano stati non di rado trascurati colla conseguenza che le massime relative appaiono sovente affermazioni apodittiche.

(4) POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, n. 850, p. 909, *Opere*, I, *Presunzioni*, Livorno 1835; DEMOLOMBE, *Cours de code civil*, XIX, Bruxelles, 1874, p. 111; LACOMBE, *De l'autorité de la chose jugée*, Paris, 1866; LAURENT, *Principes de code civil*, XIX, Bruxelles, 1878, p. 204; MERLIN, *Rep. V Chose jugée*, p. 20; PLANIOL, *Droit civil*, III, 1912, p. 20.

(5) CASATI, *op. cit. loc. cit.*

(6) BUELOW, *Absolute Rechtskraft in Archiv f. d. civ. Praxis*, 1983, p. 1; WEISS, *Rechtskraft und Einrede*, in *Festschrift für Wach*, II, 1913, p. 203; BOETTICHER, *Beiträge zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, pp. 220 ss.; ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Berlin, 1943, p. 262.

(7) BETTI, *op. cit.*, p. 155.

(8) CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 915.

(9) BETTI, *op. cit.*, p. 230; MICHELI, *op. cit. loc. cit.*

(10) LIEBMAN, *Sulla rilevabilità d'ufficio*, ecc. cit.

2. - Un argomento di carattere testuale, a favore della rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di cosa giudicata, è offerto dall'art. 39 c.p.c.

Mentre l'art. 104 dell'abrogato codice di rito, sulle orme di quello napoleonico, rimetteva all'iniziativa di parte l'eccezione di litispendenza, al contrario il cit. art. 39 del vigente codice ne prevede espressamente la rilevabilità d'ufficio in qualunque stato e grado del processo.

Il mutamento di indirizzo legislativo, annunciato dalla stessa Relazione Ministeriale⁽¹¹⁾, va tenuto presente anche nella nostra questione.

Ora, non vi è alcuna ragione plausibile perché l'eccezione di litispendenza sia rilevabile d'ufficio ed al contrario non lo sia l'eccezione di cosa giudicata⁽¹²⁾.

La rilevabilità officiosa della lite implica quella della fine della lite e la cosa giudicata rappresenta, per l'appunto, la *finis litis*.

La *ratio* che giustifica l'eccezione di litispendenza, nonché la sua rilevabilità d'ufficio è la medesima che sta alla base dell'eccezione di giudicato.

Gli autori sono concordi nell'individuare l'una e l'altra «nell'esigenza di evitare che una medesima ragione venga sottoposta a giudizio più di una volta per modo di formare oggetto di successivi accertamenti definitivi ed eventualmente contraddittori»⁽¹³⁾.

Sotto questo profilo si può ben dire che l'eccezione di litispendenza è il *prius* logico dell'eccezione di cosa giudicata.

Il nesso tra le due eccezioni fu sempre affermato dai vari ordinamenti giuridici: così era anche ai tempi del diritto romano classico, in cui si discorreva un'unica *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

Il fondamento era anche allora unico sia che lo si vedesse nell'efficacia consuntiva della *litiscontestatio* formulare, sia che lo si vedesse teleologicamente nel principio *bis de eadem re ne sit actio*⁽¹⁴⁾.

Né riesce a persuadere che una sentenza non definitiva abbia maggior tutela di una definitiva, quando la stessa invocata dottrina francese pretendeva di derivare, errando, la *exceptio iudicati* anche della prima⁽¹⁵⁾.

⁽¹¹⁾ Rel. Ministeriale al c.p.c., n. 12.

⁽¹²⁾ Sul rapporto tra le due eccezioni: MORTARA, *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1906, pp. 173 ss.; ID., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano 203, p. 292, nota; CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 615; CASTELLARI, *App. tit. XI, libro XI*, 3750-752 del *Commentario delle Pandette* del Glück.

⁽¹³⁾ BETTI, *op. cit.*, p. 155.

⁽¹⁴⁾ BETTI, *Diritto romano*, Padova, 1935, pp. 604-605.

⁽¹⁵⁾ POTHIER, *op. cit.*; MARCADÉ, *Spiegazione teorico-pratica del Codice di Napoleone*, III, Palermo, 1858, pp. 118-119; contro: ZACHARIAE, *Handbuch des französischen*

Per concludere su questo punto dalla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione litispendenza deriva necessariamente la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione cosa giudicata.

3. - La tesi giurisprudenziale sembra errata nella sua premessa: che l'autorità del giudicato si esaurisca fuori del processo in una funzione di garanzia degli interessi della parte avvantaggiata e da essa tragga la sua *ratio*.

Una simile concezione è quanto mai antistorica: nega la funzione pubblicistica del processo e rimette alla parte non solo l'interesse pubblico alla eliminazione delle liti, ma anche la dignità stessa dello Stato, che si esprime nella giurisdizione.

Corollari di essa sarebbero: a) la rinunciabilità del giudicato; b) la proponibilità dell'*exceptio* solo dalla parte, a cui favore opera il giudiziale riconoscimento o disconoscimento.

È strano che la giurisprudenza ammetta che la verità ed il relativo accertamento giurisdizionale non possono formare oggetto di contrattazioni e rinuncie⁽¹⁶⁾, senza trarne la indefettibile conseguenza del carattere assoluto dell'eccezione di cosa giudicata.

È peraltro inspiegabile come si possa ammettere che la regiudicata faccia stato *inter partes et non secundum litis eventum*, onde consentire ad entrambe le parti l'esperibilità dell'*exceptio*, senza convenire anche nella sua rilevabilità d'ufficio⁽¹⁷⁾.

Ben altrimenti logica e coerente era l'opposta opinione dei giuristi del diritto comune⁽¹⁸⁾, seguita anche dalla dottrina francese⁽¹⁹⁾, che osservavano: «*Regula est hanc exceptionem nocere eis, contra quos iudicatum est*» giacché «*iniquissimum esset proficere rei iudicatae exceptionem ei contra quem iudicatum esset*».

Invero se si ammette che perfino chi ebbe torto possa opporre l'eccezione di fronte ad una nuova *conventio in iudicium* per l'identica domanda, si nega che il giudicato sia in funzione degli interessi della parte avvantaggiata e quindi da essa rinunciabile.

Privatrechts, V, p. 474; DURANTON, XIII, pp. 150, 454, 455.

⁽¹⁶⁾ Cass., 4 aprile 1950, n. 907, in *Rep. giur. it.*, 1950, c. 2115, n. 23.

⁽¹⁷⁾ CASATI, *op. cit.*

⁽¹⁸⁾ ZANGERUS, *Tractatus de exceptionibus*², Francoforte, 1598, pp. 511, 523, nn. 34-35.

⁽¹⁹⁾ BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, II, Paris, 1888, p. 898; ALLARD, *Etude sur la chose jugée*, Paris, 1875, p. 345.

SUL PROCESSO DI COGNIZIONE E SUI PROCEDIMENTI SPECIALI

Nel caso ipotizzato che la parte vincitrice proponga la medesima domanda, dovrà ammettersi che il giudice possa rilevare d'ufficio almeno la carenza di interesse (art. 100 c.p.c.).

In tal caso rileverà d'ufficio anche il giudicato che determina la mancanza di interesse.