

■ **RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE** ■

Anno LXXII Fasc. 4 - 2018

ISSN 0391-1896

Luiz Guilherme Marinoni

---

**GIUDICATO SULLE QUESTIONI  
NEL DIRITTO BRASILIANO**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

LUIZ GUILHERME MARINONI

Ordinario della Università Federale del Paraná - Brasile

## Giudicato sulle questioni nel diritto brasiliano

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Giudicato sulla questione nel nuovo codice di procedura civile brasiliano. — 3. Giudicato in favore dei terzi nel codice brasiliano. — 4. L'estensione del giudicato ai terzi come conseguenza del giudicato sulla questione. — 5. La percezione che l'interesse per il giudicato non è solo dalle parti e il superamento della regola della *rule of mutuality* nel diritto statunitense. — 6. I differenti modi di vedere la relazione tra giudicato e terzi nel *civil law* e nel *common law*. — 7. Giustificazione del giudicato sulla questione a beneficio dei terzi.

1. — Il nuovo codice di procedura civile brasiliano, entrato in vigore nel marzo del 2016, ha esteso la formazione del giudicato anche alle decisioni sulla questione pregiudiziale. In questo modo il codice ha accantonato il concetto di cosa giudicata tipico dei sistemi di *civil law*, fino ad allora presente nel diritto brasiliano.

La questione concernente l'impossibilità di ottenere una nuova decisione sulla questione pregiudiziale decisa nel corso del processo non riguarda soltanto le parti, che ovviamente non necessitano di avere più di una opportunità per discutere una stessa questione. Tale divieto concerne invece la questione dell'autorità delle decisioni dello Stato e l'efficienza che deve presidiare l'amministrazione della giustizia.

Il presente testo, nell'illustrare come il codice brasiliano ha disciplinato il giudicato sulla questione pregiudiziale, cerca di giustificarne la necessità e, anche, la possibilità della sua invocazione da parte del terzo contro la parte soccombente. L'articolo allude alla trattazione del *collateral estoppel* nel diritto statunitense e termina con un'analisi critica del concetto tradizionale di cosa giudicata che, a dispetto dell'emergere di diritti diffusi e di azioni volte alla tutela di diritti individuali in forma collettiva, rimane ancorato alla regola che il giudicato investe soltanto le parti.

2. — Secondo l'art. 503, § 1º, c.p.c., il giudicato ricade sulla risoluzione della questione pregiudiziale, decisa espressamente e incidental-

mente nel processo, se: *i*) dalla risoluzione della questione preliminare dipende logicamente e giuridicamente la decisione nel merito; *ii*) rispetto a tale questione è stato esercitato un contraddittorio previo ed effettivo (per questo tale regola non si applica in caso di contumacia); *iii*) il giudice ha competenza in ragione della materia e della persona per risolverla come questione principale.

Nel c.p.c. del 1973, l'azione d'accertamento incidentale costituiva l'unica opzione a disposizione di chi volesse vedere la questione pregiudiziale definitivamente risolta. Il nuovo codice ha abbandonato la sistematizzazione di cosa giudicata tipica del *civil law*. In linea con il diritto statunitense, sono stati stabiliti dei criteri che devono essere soddisfatti per la configurazione del giudicato sulla questione. Pertanto, spetta al giudice stabilire se *i*) la questione è stata debitamente decisa; *ii*) c'è stato contraddittorio previo e adeguato; *iii*) il giudizio di merito dipendeva dalla decisione della questione e se *iv*) il giudice che ha deciso aveva competenza in ragione della materia e della persona per trattare della questione in via principale. Quando il giudicato è richiamato in un secondo processo, il soddisfacimento di questi requisiti deve essere verificato al fine di proibire la ridiscussione della questione.

3. — Il c.p.c. del 1973, nel suo art. 472, stabiliva che « la sentenza ha forza di giudicato tra le parti alle quali è data, non beneficiando, né pregiudicando i terzi [...] ». Sancendo l'impossibilità per i terzi di beneficiare degli effetti del giudicato, l'art. 472 supera evidentemente il contenuto dell'art. 2909 c.c. italiano. Ed invero, la norma contenuta nell'art. 472 del codice del 1973 ha raffinatezze che vorrebbero impressionare il più entusiasta dei difensori della regola della mutualità, oggi importante solo per la storia del *common law* statunitense. La norma dell'art. 472 ha impedito che la dottrina e i tribunali brasiliani potessero pensare alla possibilità per il terzo di invocare il giudicato a suo beneficio.

Si ricorda che l'art. 2909 c.c. italiano non ha impedito a Michele Taruffo di sostenere che questa norma non nega la possibilità per il terzo di invocare il giudicato a suo beneficio e contro chi è stato parte. Secondo tale autore, l'art. 2909 c.c., benché si preoccupi di assicurare coloro che subiscono gli effetti del giudicato, non esclude la possibilità per gli altri di avvalersi degli effetti benefici del giudicato, il che significa che il terzo, ancorché non vincolato direttamente al giudicato formato tra le parti, può avvalersi, nel processo in cui litiga con colui che è stato parte, del giudicato da cui trae benefici <sup>(1)</sup>.

In ogni caso, il codice brasiliano del 2015 ha chiarito in maniera esplicita che il giudicato non può pregiudicare i terzi, evidenziando, quindi,

<sup>(1)</sup> TARUFFO, « Collateral estoppel » e giudicato sulle questioni, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 297; PUGLIESE, voce *Giudicato (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, n. 25.

che può certamente beneficiarli (art. 506 c.p.c.). Occorre sottolineare che, secondo il nuovo c.p.c., il giudicato ricade su una questione discussa e decisa, necessaria al giudizio di merito (art. 503 c.p.c.), non potendo riguardare il terzo solo quando può pregiudicarlo (art. 506 c.p.c.).

La legislazione processuale brasiliana, in altre parole, adesso considera l'essenza del giudicato, che non può smettere di essere valida nei confronti di coloro che in contraddittorio sono stati soccombenti sotto pena di perdere autorità e cessare di tutelare la certezza giuridica, oltre a non poter contribuire all'effettività della distribuzione della giustizia e all'efficienza dell'amministrazione della cosa pubblica.

4. — Il giudicato, nel ricadere sulla questione, ha una potenzialità di utilizzo soggettivo molto maggiore di quello del giudicato limitato al *petitum*. Questo è importante per comprendere il giudicato a beneficio dei terzi.

Di regola, il giudicato limitato al giudizio sul *petitum* coinvolge unicamente le parti. È importante comprendere come il giudicato sul *petitum* può interessare i terzi quando riguarda una questione che eventualmente potrebbe essere pregiudiziale. Per esempio, se la domanda è relativa alla dichiarazione di validità di registrazione di un brevetto, il giudicato sul *petitum* riguarda la dichiarazione della (in)validità della registrazione. Così, in caso di rigetto della domanda, il giudicato potrà essere invocato da qualsiasi terzo che subisce un'azione inibitoria, proposta dallo stesso autore, sulla base della registrazione del brevetto già dichiarata invalida. In questo caso, il giudicato sarà invocato al fine di impedire la sentenza di accoglimento della domanda e, quindi, la tutela inibitoria. Ricordiamo che vi è offesa al giudicato quando viene disatteso quello formato su un presupposto da cui dipende la concessione o la negazione della tutela del diritto <sup>(2)</sup>.

Ma nell'ipotesi dell'azione, fondata su un brevetto, volta ad inibire la fabbricazione del prodotto, il giudizio di rigetto della domanda inibitoria, basato sulla premessa che la registrazione del brevetto è invalida, interessa solo il convenuto, al quale non potrà più essere impedito di fabbricare il prodotto. I terzi possono avere interesse solo sul giudicato relativo alla questione dell'invalidità della registrazione del brevetto. Così, se un'altra azione, proposta dallo stesso autore, si fonda un'altra volta sul brevetto, il nuovo convenuto — terzo rispetto al processo in cui il brevetto è stato dichiarato invalido — potrà invocare il giudicato sulla questione a suo favore.

Nell'esempio dell'incidente con alcune vittime, la sentenza di accoglimento, resa nella prima azione risarcitoria, può produrre giudicato sulla domanda di condanna al pagamento del risarcimento e anche sulla questione della responsabilità per il fatto dannoso. In questo caso, l'unico

(2) PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, p. 535.

giudicato che può interessare alle altre vittime è quello che ricade sulla questione della responsabilità; mai il giudicato sulla condanna al pagamento. Quest'ultima interessa solo il vincitore, che è quello a cui è stato dato il risarcimento.

Poiché i terzi possono essere direttamente coinvolti nella questione e, quindi, avere un interesse concreto nella sua soluzione, il loro interesse per il giudicato nasce principalmente dalla decisione della questione pregiudiziale. In realtà, la decisione della questione interessa frequentemente i terzi. Quindi, è corretto affermare che l'ammissione del giudicato relativo alla questione mostra, come mera conseguenza, la necessità della sua estensione a beneficio dei terzi. Si sottolinea che il *nonmutual collateral estoppel* costituisce una specie di seconda fase del *collateral estoppel* statunitense, o meglio, lo sviluppo sperato e quasi naturale del *collateral estoppel* precedentemente limitato alle parti.

La restrizione del giudicato al *petitum* ha una relazione di causa a effetto con la limitazione del giudicato alle parti. Se il giudicato riguarda solo i contendenti, diventa immutabile ciò che (inizialmente) gli interessa, ossia, il giudizio sul *petitum*. Ai terzi (in linea di principio) interessa la questione, in modo che, data l'immutabilità della decisione sulla questione, resta chiaro che il giudicato interessa e può favorire coloro che non hanno partecipato al processo.

In realtà, l'accettazione del giudicato relativo alla questione facilita molto la percezione del fatto che la decisione sulla questione riguarda anche i terzi e che il giudicato, per tale ragione, non può essere limitato alle parti. Da qui, ovviamente, non è un caso la correlazione tra gli artt. 503 e 506 c.p.c. brasiliano.

5. — Prima degli anni quaranta del secolo scorso, prevaleva negli Stati Uniti un principio chiamato di « mutualità » (*mutuality*). In base a tale principio si affermava che una parte poteva invocare il *collateral estoppel* contro l'altra solo se entrambe avessero partecipato al processo in cui il *collateral estoppel* si era formato: X poteva invocare il giudicato sulla questione contro Y quando quest'ultimo, in caso di decisione inversa, avrebbe potuto invocare il giudicato contro X. Quindi, poteva invocare il giudicato in proprio favore solo colui che in caso di soccombenza avrebbe dovuto sopportarne il pregiudizio.

La regola, fondata su un criterio di proporzionalità, limitava il giudicato alle parti, uniformandosi in qualche modo alla regola del *civil law*. Se il *collateral estoppel* può essere invocato soltanto contro coloro che possono anche richiederlo, il giudicato è ovviamente limitato alle parti. È esattamente in questo senso che si è deciso in *Triplett v. Lowell* <sup>(3)</sup>, generandosi il famoso precedente rievocato in *Blonder-Tongue* <sup>(4)</sup> —

<sup>(3)</sup> *Triplett v. Lowell*, Supreme Court of the United States, 297 U.S. 638, 1936.

<sup>(4)</sup> *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

quando la suprema Corte degli Stati Uniti affermò il *nonmutual defensive collateral estoppel*, ossia, la possibilità per il convenuto, senza essere stato parte nel processo in cui il *collateral estoppel* si è formato, di invocarlo contro la parte soccombente —. In *Triplett*, deciso nel 1936, si dichiarò che le regole del *common law* non potevano proibire la ridiscussione della validità di un brevetto perché era già stato dichiarato invalido nell'azione contro un'altra parte <sup>(5)</sup>.

La regola della mutualità venne ripresa dal *Restatement of Judgments* <sup>(6)</sup> del 1942, che disse che chi non è stato parte nell'azione non può essere pregiudicato, ma non può neanche rivendicare i benefici di qualunque decisione di questione nel processo <sup>(7)</sup>.

Prima di ciò, tuttavia, le Corti si erano già pronunciate in maniera contraria alla regola, stabilendo eccezioni alla mutualità. Questo accadeva nei casi in cui, dopo aver accertata giudizialmente l'assenza di responsabilità del conducente dell'automobile, l'attore proponeva una nuova azione contro il proprietario del veicolo. In questa situazione, riconosciuta dalla dottrina statunitense come un esempio nella storia del superamento della regola della mutualità, si concede al proprietario nel secondo processo la possibilità di invocare il *collateral estoppel* per impedire all'attore di discutere nuovamente la questione della responsabilità, decisa nel primo processo <sup>(8)</sup>.

Intanto, la prima — e oggi celebre — decisione che ha messo in discussione la validità della regola, senza pretendere semplicemente di stabilire un'eccezione, fu pronunciata dalla Corte suprema della California nel 1942, in *Bernhard v. Bank of America* <sup>(9)</sup>. Tale Corte statuí che il problema stava nel non comprendere che i criteri per ammettere e proibire l'invocazione del *collateral estoppel* non possono essere equiparati. La mancata percezione della distinzione tra i criteri potrebbe giustificare la proibizione per la non-parte di invocare il giudicato in suo favore, poiché non ci sarebbe motivo logico per esigere che colui che potrebbe avvantaggiarsi del giudicato è stato parte nel processo in cui la decisione è stata pronunciata <sup>(10)</sup>.

<sup>(5)</sup> *Triplett v. Lowell*, Supreme Court of the United States, 297 U.S. 638, 1936.

<sup>(6)</sup> VESTAL, *The restatement (second) of judgments: a modest dissent*, in *Cornell Law Review*, 1981, p. 464.

<sup>(7)</sup> « a person who is not a party or privy to a party to an action in which a valid judgment [...] is rendered [...] is not bound by or entitled to claim the benefits of an adjudication upon any matter decided in the action » (§ 93, *Restatement of Judgments*, 1942).

<sup>(8)</sup> NOTE, *Res judicata - mutuality of estoppel and privity rules in automobile negligence field*, in *New York University Law Quarterly Review*, 1941, p. 565 ss.

<sup>(9)</sup> *Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942.

<sup>(10)</sup> SCOTT, *Collateral Estoppel by judgment*, in *Harvard Law Review*, 1942; CURRIE, *Mutuality of Collateral Estoppel: Limits of the Bernhard doctrine*, in *Stanford Law Review*, 1957.

La Corte suprema degli Stati Uniti dichiarò la validità dell'invocazione del *collateral estoppel* per i terzi in due occasioni: in *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation* <sup>(11)</sup>, deciso nel 1971, e in *Parklane v. Shore* <sup>(12)</sup>, deciso nel 1979. Sebbene la prima decisione abbia affermato il *nonmutual defensive collateral estoppel* e la seconda il *nonmutual offensive collateral estoppel*, ciò che importa è che, in entrambi i casi, si evidenziò la necessità dei tribunali di abbandonare la regola della mutualità.

In *Blonder-Tongue*, la Corte suprema revocò parzialmente *Triplett* — il precedente che affermò, nel 1936, la possibilità per la parte soccombente di tornare ad invocare il brevetto (già dichiarato invalido) contro un altro avversario —, avvertendo che la questione principale coinvolta nella discussione sarebbe quella della razionalità di concedere più di una opportunità per qualcuno di discutere una stessa questione, esigendo più di una decisione dal giudiziario. Affermò poi che concedere molteplici opportunità per la discussione di una stessa questione costituisce un attentato alla logica dell'amministrazione pubblica e un disprezzo ai mali che la litigiosità porta all'economia e agli affari privati <sup>(13)</sup>.

In *Parklane v. Shore*, la Corte suprema si impegnò a delineare il motivo per cui la regola della mutualità si fosse dimostrata ormai superata. Così, ricordò che, sulla base del fatto che sarebbe ingiusto permettere di invocare il giudicato a chi non è soggetto ad esso, si permetterebbe alla parte soccombente di ridiscutere la questione già decisa contro nuovi avversari. Ma presto osservò che questo sarebbe il risultato di una confusione esistente dietro la concezione della regola della mutualità, che rendeva difficile vedere la differenza tra la posizione della parte che ha partecipato al processo e la posizione della parte che non ha avuto tale opportunità. Non eliminare questa confusione, rimuovendo dalla scena la regola della mutualità, implicherebbe continuare a vedere la decisione sfavorevole alla parte come una « non-decisione » o come una autorizzazione a discutere liberamente la questione quante volte si ritiene opportuno <sup>(14)</sup>.

Davanti a ciò, è importante chiedersi perché il diritto statunitense è stato in grado di individuare e superare qualcosa che nella maggior parte dei paesi di *civil law* è ancora un dogma. Il *civil law* ha leggi processuali che vincolano il giudicato alle parti, il che prosciuga l'ossigeno alla dottrina per pensare liberamente e adeguatamente sul tema. Bisogna ricordare che il diritto statunitense può essere liberato dalla regola della mutualità o dalla

<sup>(11)</sup> *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

<sup>(12)</sup> *Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979.

<sup>(13)</sup> *Blonder-Tongue v. University of Illinois Foundation*, 402 U.S. 313, 1971.

<sup>(14)</sup> *Parklane v. Shore*, 439 U.S. 322, 1979. SHAPIRO, *Preclusion in civil actions*, New York, 2001, p. 48; ISSACHAROFF, *Civil Procedure*, New York, 2009, p. 160; FRIEDENTHAL-MILLER-SEXTON-HERSHKOFF, *Civil Procedure - Cases and materials*, St. Paul, 2009, p. 1310 ss.

restrizione del giudicato alle parti in virtù dell'impegno di una dottrina che ha inteso il reale significato del giudicato sulla questione (*collateral estoppel*) e soprattutto di un giudiziario attento all'importanza della certezza giuridica e dell'efficienza nell'amministrazione della giustizia.

6. — Pugliese, quando analizza l'efficacia del giudicato dinanzi ai terzi, tiene conto della classificazione di Allorio<sup>(15)</sup>, richiamando le tre specie di casi da lui considerati: *i*) i casi in cui la situazione decisa nel primo processo è pregiudiziale alla situazione oggetto della domanda del terzo; *ii*) i casi in cui questa seconda situazione è la stessa di quella oggetto della sentenza del primo processo — in cui la parte, in quanto sostituto processuale o co-legittimato, ha il potere di dedurre la situazione di cui il terzo era titolare —; e, infine, *iii*) i casi in cui è stata decisa una situazione affermata dal titolare di una relazione con la stessa origine, lo stesso contenuto e la stessa parte contraria di altre relazioni, di cui sono titolari innumerevoli terzi<sup>(16)</sup>.

Dopo aver osservato che gli ultimi casi sono assimilabili alla *class action*, Pugliese afferma che, tanto nei casi in cui il soggetto che non partecipa al processo è titolare o co-titolare della situazione decisa, quanto in quelli in cui è titolare di una situazione considerata coincidente con quella decisa (*class action*), il soggetto estraneo al processo è parte<sup>(17)</sup>. La preoccupazione di Pugliese è concentrata sul dimostrare che il giudicato può raggiungere tali soggetti senza inficiare la norma dell'art. 2909 c.c. italiano. Seguendo questa logica si cerca solo di spiegare, partendo dal concetto di cosa giudicata, la sua incidenza di fronte a situazioni particolari.

Negli Stati Uniti, tuttavia, la logica utilizzata per l'estensione del giudicato ai non partecipanti al processo è stata abbastanza differente<sup>(18)</sup>. Il problema del giudicato nella *class action* è strettamente correlato con il « diritto a un giorno davanti alla Corte » (*day in Court*). Si ricorda che nel famoso precedente affermato in *Hansberry v. Lee*, rendendo compatibile la *class action* con il *due process*, ci si è limitati a dichiarare l'indispensabilità della « rappresentazione adeguata », definendola come requisito costituzionale imprescindibile per la decisione di raggiungere persone che non partecipano direttamente al processo.

Va ricordato che, nell'epoca di *Hansberry*, la regola della mutualità — che vietava a coloro che non potevano essere pregiudicati dal giudicato di beneficiarne —, sebbene già confrontata in alcuni casi, non aveva ricevuto l'impatto della decisione formulata dalla Corte suprema della California in

(15) ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, p. 65 ss.

(16) PUGLIESE, voce *Giudicato (dir. civ.)*, cit., p. 885.

(17) PUGLIESE, voce *Giudicato (dir. civ.)*, cit., p. 885.

(18) ZEUNER-KOCH, *Effects of judgments (res judicata)*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, XVI, p. 58 ss.

*Bernhard v. Bank of America* <sup>(19)</sup>. Per questo motivo, la preoccupazione della Corte suprema, in *Hansberry*, è stata quella di dichiarare che l'esclusione della partecipazione diretta nel processo dipende da una rappresentazione adeguata.

Dopo le decisioni che hanno validato l'invocazione del giudicato dei terzi che non hanno partecipato al processo (*Blonder-Tongue e Parklane*), rompendo definitivamente la regola della mutualità, la Corte suprema degli Stati Uniti è stata chiamata a giudicare *Richards v. Jefferson County* per decidere se il giudicato, formato nel processo in cui è stato discusso il diritto di una classe di contribuenti, ma che coinvolge tre persone non adeguatamente rappresentate, potrebbe pregiudicare tutti i contribuenti, impedendo loro di ridiscutere la questione <sup>(20)</sup>.

La Corte suprema ha stabilito che l'estensione del giudicato in pregiudizio di tutti i contribuenti costituirebbe violazione del *due process*, garantito dal quattordicesimo emendamento. Più precisamente, osservò che l'estensione degli effetti pregiudiziali a coloro che non sono stati adeguatamente rappresentati negherebbe *Hansberry v. Lee*, il precedente che inserì la *class action* nel quadro del *due process* <sup>(21)</sup>.

Ma è importante, per così dire, scavare nella ferita: se il giudizio, nell'azione proposta dai tre contribuenti, fosse favorevole, il *collateral estoppel* (o il giudicato sulla questione) potrebbe essere invocato da uno qualsiasi dei terzi o da uno qualsiasi dei contribuenti che erano rimasti estranei al processo <sup>(22)</sup>. Trattandosi di diritti individuali che dipendono dalla soluzione di una stessa questione, il giudicato formato sulla questione nell'azione individuale di X può essere sempre invocato da uno qualsiasi dei membri del gruppo, non interessando se in questa azione vi era presente un rappresentante adeguato.

In sostanza, non c'è grande differenza tra la decisione che produce il *collateral estoppel* e la sentenza della *class action*, dal momento che entrambe sono decisioni che riguardano persone che non partecipano direttamente al processo. La differenza è che, nella *class action*, il giudicato può beneficiare e pregiudicare tutti <sup>(23)</sup>, mentre nel *collateral estoppel* può solo beneficiare. Per l'applicazione del *collateral estoppel* in favore dei terzi è sufficiente verificare se la questione del secondo processo è identica a quella decisa, nonché analizzare se la questione è stata discussa, decisa e se è stata necessaria per la sentenza sul merito.

<sup>(19)</sup> *Bernhard v. Bank of America Nat. Trust & Saving Association*, Supreme Court of California, 19 Cal2d 807, 122 P2d 892, 1942.

<sup>(20)</sup> *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996.

<sup>(21)</sup> *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 1996.

<sup>(22)</sup> Tuttavia, ci sono diverse eccezioni al *collateral estoppel* o al divieto di ridiscussione della questione decisa. Queste eccezioni sono delineate nel § 28 del *Restatement (Second) of Judgments*.

<sup>(23)</sup> H. KLONOFF, *Class actions and other multi-party litigation*, St. Paul, 2012; ZEUNER-KOCH, *Effects of judgments (res judicata)*, cit., p. 62 ss.

Tanto la cosa giudicata nella *class action*, quanto il *collateral estoppel* in favore del terzo, esigono solo che il giudicato costituisca un valore che deve poter essere usufruito da tutti, specialmente dai membri del gruppo. Anche la *class action* parte dalla premessa che il giudicato può essere invocato dai terzi (i membri del gruppo), sebbene la sua legittimità, essendo un procedimento che può avvantaggiare e pregiudicare, è condizionata ad una rappresentanza adeguata.

Tuttavia, se la logica del *civil law* è stata sempre quella di preservare la regola del binomio « giudicato-parti », non era realmente possibile considerare il giudicato come qualcosa che proibiva al soccombente la possibilità di tornare a discutere la questione contro un terzo, estraneo al processo in cui la decisione era stata presa. La percezione della differenza tra il modo di vedere il rapporto tra giudicato e terzi, negli Stati Uniti e nel *civil law*, permette di capire il motivo per il quale il *civil law* considera a tal fine solo alcuni terzi. La regola della mutualità afferma che il giudicato dovrebbe essere applicato in modo reciproco, potendo essere invocato da una parte contro l'altra e non da un terzo contro la parte. Questa regola è stata infranta quando si dichiarò che il terzo, estraneo al processo in cui fu formato il giudicato, può invocarlo per impedire al soccombente di ridiscutere la questione decisa. Pertanto non fu necessario stabilire alcuna identità o legame tra le situazioni sostanziali decise e i terzi o, più chiaramente, non vi fu alcuna preoccupazione di mantenere intatta la regola della cosa giudicata rispetto le parti. Perciò, i terzi del *common law* non hanno nulla a che vedere con i terzi del *civil law*. I primi sono coloro che possono invocare la decisione sulla questione in vista dell'irrazionalità dell'ammissione della sua ridiscussione, specialmente di fronte alla certezza giuridica e al dovere di efficienza dello Stato. Gli ultimi sono ancora vincolati alla regola generale che la cosa giudicata è limitata alle parti.

7. — Chiovena disse che « la sentenza fra A e B vale rispetto a tutti in quanto è sentenza fra A e B »<sup>(24)</sup>. Questa frase, sembra, derivi dalla dottrina di Wach<sup>(25)</sup> — che affermava che, quando la sentenza è pronunciata tra i legittimi contendenti, « il giudicato tra le parti si produce, come tale, rispetto a tutti » — e dalla dottrina di Mendelssohn Bartholdy<sup>(26)</sup>, che sottolineava la tendenza a comprendere il giudicato unicamente a partire dalla sua efficacia oggettiva<sup>(27)</sup>.

È certo che la posizione di Wach o, più chiaramente, l'idea che il

(24) CHIOVENA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, [1906] 1965, p. 921.

(25) WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozess*, Leipzig, 1885, p. 81 ss.; WACH, *Manual de derecho procesal*, Buenos Aires, 1977, p. 415 ss.

(26) MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, Leipzig, 1900, p. 505 ss.

(27) PUGLIESE, voce *Giudicato (dir. civ.)*, cit., p. 877.

giudicato non ha limiti soggettivi, non ebbe rilievo in Germania <sup>(28)</sup>, che restò vincolata alla regola *inter partes*, potendo eccezionalmente toccare i terzi. In ogni caso, la frase di Chiovenda non solo assunse una dimensione differente da quella originariamente proposta in Germania. Essa rimase vincolata alle parti e a coloro che, titolari di un diritto discusso o di diritti ad essa connessi, potevano essere pregiudicati dal giudicato <sup>(29)</sup>. E questo non solo perché la dottrina cercò sempre di conciliare il significato di cosa giudicata con la regola *inter partes*, presente nell'art. 1351 c.c. del 1865 e nell'art. 2909 c.c. del 1942.

In una certa prospettiva, sarebbe possibile dire che la frase di Chiovenda era inadeguata alla lettura del fenomeno del giudicato. Ora, è indiscutibile che la sentenza del giudice, in quanto atto di affermazione del potere dello Stato, deve essere rispettata da tutti, indipendentemente dalla situazione in cui si trovano. L'atto di risoluzione della controversia, così come qualsiasi atto che esprime il potere statale, ovviamente deve essere considerato da tutti. Interpretare la frase in questo senso, enfatizzando la necessità di rispettare la sentenza giudiziale, non aiuterebbe molto l'analisi del tema della cosa giudicata.

Chiovenda, nell'affermare che la sentenza vale rispetto a tutti in quanto sentenza tra A e B, non pregiudicando giuridicamente i terzi, ha dimostrato che il valore che può toccare i terzi non deve essere confuso con il giudicato, limitato unicamente alle parti <sup>(30)</sup>. Infatti, Liebman più tardi sostenne con fermezza che, mentre l'autorità del giudicato è limitata alle parti, ciò che tocca i terzi è qualcosa di diverso, ossia, è l'efficacia della sentenza <sup>(31)</sup>. Se la prima sarebbe irrimediabilmente vincolata alle parti, il problema dei terzi sarebbe un altro, collegato agli effetti della sentenza. Ciò che potrebbe avere effetti al di là delle parti, quindi, non sarebbe la cosa giudicata.

Distinguere l'autorità della cosa giudicata dagli effetti della sentenza, per dimostrare che ciò che può valere per i terzi è un'altra cosa, ovviamente è molto lontano dal risolvere il problema del significato del « giudicato per tutti ». Com'è ovvio, distinguere l'efficacia della sentenza e la cosa giudicata non ha nessuna rilevanza quando si vuole dimostrare che i terzi

<sup>(28)</sup> Secondo Liebman, la posizione di Wach ebbe poca ripercussione e fu poi decisamente respinta in modo quasi totale da tutta la dottrina tedesca successiva, come contraria alla tradizione e al diritto positivo (LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença*, Rio de Janeiro, 1981, p. 82).

<sup>(29)</sup> « Sebbene i risultati pratici possano non cambiare, l'impostazione del Chiovenda, influenzata dalla dottrina tedesca, risulta molto diversa da quella della dottrina italiana anteriore e dall'art. 1351 c.c. che la ispirava. Ma essa non giungeva fino a contraddire la regola della limitazione soggettiva del giudicato, rimanendo al di qua della conclusione del Mendelssohn Bartholdy e non approfondendo sufficientemente la spiegazione dell'oggetto del giudicato nei diversi casi e per le diverse categorie di terzi ». (PUGLIESE, voce *Giudicato (dir. civ.)*, cit., p. 877).

<sup>(30)</sup> PUGLIESE, *op. cit.*, p. 877 ss.

<sup>(31)</sup> LIEBMAN, *Eficácia e autoridade da sentença*, cit., p. 79 ss.

possono sempre avvalersi del valore espresso nella immutabilità e nella indiscutibilità di una decisione.

Nonostante il fatto che la dottrina non si sia nascosta dietro la differenza concettuale tra autorità del giudicato e effetti della sentenza, non fu mai spiegato cosa significhi dire che una decisione, che inizialmente riguarda ovviamente le parti, « *vale per tutti* »<sup>(32)</sup>.

Non vi è dubbio che la dottrina del *civil law* non può definire il significato di giudicato per tutti in virtù del fatto di avere sempre collegato l'essenza della cosa giudicata alla sua efficacia soggettiva. La discussione non potrebbe andare al di là della domanda sull'efficacia del giudicato davanti a coloro che sono titolari o co-titolari del diritto deciso o di coloro che sono titolari di una situazione dipendente dal diritto deciso o dalla cosa giudicata. Più di questo non sarebbe necessario per coloro che sono vincolati ad una regola che dice che il giudicato ricade sulle parti o su quelli che possono essere equiparati alla parte<sup>(33)</sup>.

Il giudicato, oltre ad avere un significato che va molto oltre le parti, costituisce una tecnica processuale destinata a, soprattutto, tutelare la certezza giuridica, impedendo la modifica e la ridiscussione di ciò che il giudice ha deciso. Il giudicato non costituisce qualcosa che deriva esclusivamente e necessariamente dalla sentenza che giudica il *petitum* né riguarda solo le parti presenti nel processo.

Considerare il giudicato come un attributo o una conseguenza necessaria della sentenza che risolve una controversia tra le parti è, prima di tutto, qualcosa di incompatibile con la tutela di nuovi diritti. Ora, dire che il giudicato può essere *erga omnes* o *ultra partes* semplicemente perché qualcuno ha legittimità per la tutela dei diritti diffusi, collettivi e individuali omogenei dimostra che il giudicato tutela la certezza nei termini in cui il legislatore ritiene adeguati e, quindi, che il giudicato può tutelare molti o in alcuni casi tutti, indipendentemente da chi ha partecipato direttamente al processo in cui il giudicato si è formato.

La legislazione brasiliana esclude il giudicato quando il *petitum* di tutela di diritti diffusi o di diritti collettivi è respinto per insufficienza di prove. In questi casi, l'art. 103, comma 1°, c.d.c.<sup>(34)</sup> afferma che un altro legittimato alla tutela dei diritti diffusi e collettivi « potrà intentare un'altra azione, con identico fondamento, avvalendosi di nuove prove ». La tecnica del giudicato è stata liberamente utilizzata dal legislatore in forma ancor

<sup>(32)</sup> Carnelutti è intervenuto anch'egli sull'idea che la cosa giudicata « vale per tutti ». Nel trattare dell'efficacia della cosa giudicata, disse che l'opinione maggioritaria confonderebbe l'efficacia e l'oggetto della cosa giudicata. « L'oggetto, non l'efficacia, è limitato. Il giudice, poiché giudica intorno ad una lite, decide tra le parti, ma non per le parti. *La sua decisione tra le parti vale per tutti* » (CARNELUTTI, *Diritto e Processo*, Napoli, 1958, p. 275).

<sup>(33)</sup> TARUFFO, « Collateral estoppel » e *giudicato sulle questioni*, cit., 1972, pp. 293-294.

<sup>(34)</sup> C.d.c. - Codice di difesa del consumatore.

più vantaggiosa per i terzi in caso di tutela di diritti individuali omogenei. In questa situazione, c'è cosa giudicata solo quando la sentenza è di accoglimento, non esistendo cosa giudicata quando il *petitum* è respinto. La cosa giudicata, quindi, può solo favorire, mai pregiudicare i terzi che non partecipano direttamente al processo <sup>(35)</sup>. Pertanto, la cosa giudicata è utilizzata dal legislatore in base alle esigenze del giusto processo e, per questo, non può essere confusa con qualcosa che dipende esclusivamente e necessariamente dalla risoluzione di una controversia tra le parti.

L'idea che il giudicato sia una tecnica per la tutela della certezza è ancor più chiara se si osserva un'altra norma del sistema brasiliano di tutela collettiva dei diritti, la quale afferma che la sentenza farà cosa giudicata *erga omnes* nei limiti della competenza territoriale dell'organo che decide. Questa norma svincola il giudicato dai terzi che, titolari dei diritti tutelati in giudizio dal legittimato a tanto, potrebbero beneficiare del giudicato. Il giudicato, in questo caso, è molto lontano da quanto stabilito nella sentenza.

Tali norme dimostrano che il giudicato può essere utilizzato in modo diverso. Il legislatore brasiliano ha da tempo riconosciuto che il giudicato è un attributo che consente di tutelare normativamente la certezza giuridica alla luce della percezione di « processo giusto ».

Ma ciò che conta davvero è dimostrare il significato di giudicato che « vale per tutti ». È possibile enumerare diversi punti per dimostrare come il giudicato si sia allontanato da questa nozione. Come piano di fondo, si consideri che, siccome il giudicato è stato visto come una specie di scudo contro coloro che intendono ignorare la sentenza, si è immaginato che essa non sarebbe necessaria per tutelare più nessuno al di fuori delle parti e di pochi terzi ad esso vincolati nella dimensione del diritto sostanziale.

Si è dimenticato, in primo luogo, che il giudicato è collegato allo Stato di diritto e, pertanto, deve essere utilizzato per impedire la ridiscussione di quanto lo Stato ha già deciso, indipendentemente dal fatto che la parte soccombente si trovi davanti alla parte con cui ha litigato o davanti ad un nuovo avversario. Lasciare lo Stato esposto alla ridiscussione solo perché il soccombente sta litigando con un altro avversario significa negare autorità a quanto già deciso. È trasformare la decisione statale in una « opinione », incoraggiando il soccombente a litigare con chiunque altro. In realtà, è sopporre che la decisione giudiziale vale solo per risolvere il problema del vincitore, che rimuove la possibilità che il discorso giuridico statale, peculiare al processo giurisdizionale, assuma il valore dovuto dinanzi alla società. Se le decisioni statali devono essere rispettate e considerate attendibili, non si può accettare che il processo civile possa essere strutturato in maniera tale da dare al giudiziario la possibilità di decidere varie volte una stessa questione per la stessa parte. A meno che si voglia trascurare coloro

<sup>(35)</sup> Si chiarisce che, « in caso di sentenza di rigetto, gli interessati che non sono intervenuti nel processo come litisconsorti potranno proporre azione di risarcimento a titolo individuale » (§ 2°, art. 103 c.d.c.).

che sono attenti alle decisioni sui loro diritti. In effetti, se una decisione può cambiare, dopo aver dichiarato qualcosa che è fondamentale per la tutela del diritto di molti, questi non possono avere alcuna aspettativa legittima dagli organi statali istituiti per tutelarli. Quando si ammette la riddiscussione della decisione per il semplice fatto che il soccombente sta dibattendo con un altro avversario, si dichiara semplicemente che il giudiziario non risponde alla società, ma a coloro che immaginano di poter litigare tante volte quanti saranno i loro avversari. Si opta per la litigiosità incontrollata a scapito della certezza giuridica e della tutela della fiducia dei cittadini nelle decisioni statali.

Inoltre, quando il giudicato ha valore solo per le parti, si nega la debita sanzione statale al soccombente. Il giudicato non può limitarsi ad impedire al soccombente di tornare a discutere contro quello con cui ha già litigato. La sanzione che deve provenire dal giudicato è il divieto di riddiscussione di quanto deciso, sia con l'ex avversario sia con qualsiasi altra persona. È quantomeno curioso affermare che colui che perde non può tornare a litigare soltanto con chi ha già discusso. Chi è soccombente in un processo è dichiarato senza diritto; non è semplicemente dichiarato soccombente davanti al vincitore. Se la decisione, nonostante sia stata disposta in un processo tra A e B, dichiara che A non ha ragione, essa ovviamente deve valere in tutti i processi in cui A nuovamente sostiene di aver ragione, poco importa se davanti a C, D o chiunque altro.

Infine, se una decisione giudiziale rivela la comprensione dello Stato su di una questione di interesse di molti, non c'è motivo per ritenere che tale comprensione deve essere valida solo nel processo in cui la decisione è stata presa, come se fosse rivolta soltanto al vincitore. L'idea che il giudicato serve alle parti e, specialmente, al vincitore, ha nascosto i reali destinatari del giudicato. Non esiste motivo serio per supporre che il giudicato, in quanto espressione della tutela della certezza giuridica, possa proteggere unicamente le parti, come se tutti coloro che dipendono dalla decisione per la tutela giurisdizionale dei loro diritti dovessero essere estranei o indifferenti al giudicato da cui ottengono un vantaggio <sup>(56)</sup>.

Si ricordi che se il brevetto è dichiarato invalido nell'azione inibitoria proposta da A contro B, non c'è ragione nel permettere che A possa nuovamente fondare sul brevetto l'azione inibitoria contro C. Come è ovvio, C è anche il destinatario del giudicato formato sulla validità del brevetto, nella misura in cui A sta dicendo che C ha violato il brevetto. In realtà, il giudicato è tanto importante per coloro che possono essere considerati contravventori del brevetto quanto per il litigante le cui argomentazioni sono state concretamente riconosciute nel processo in cui il brevetto è stato dichiarato nullo. Si noti che, escludendo i terzi dall'ambito di protezione del giudicato, si opta per una irragionevole ed indebita restrizione della tutela della certezza a B. Solo B, e nessun altro, potrebbe

<sup>(56)</sup> DONDI, *Stabilità delle decisioni in tema di tort litigation: minime considerazioni comparate*, in *International Journal of Procedural Law*, p. 31 ss.

impedire ad A di litigare nuovamente in base al brevetto già dichiarato invalido, lasciando tutti gli altri concorrenti di A vulnerabili ai mali di una lite senza freni.

Tutti i concorrenti di A devono essere destinatari del giudicato che ha dichiarato invalido il brevetto per il semplice fatto che la decisione di invalidità non interessa soltanto il vincitore, ma tutti, in questo caso specialmente coloro che sono concorrenti della parte che afferma di essere titolare del brevetto. Ammessa la restrizione del giudicato a A e B, la giustificazione dovrebbe essere che solo colui che ha partecipato al contraddittorio, allegando e provando, può avvalersi del giudicato, vedendosi quindi il giudicato più come una conquista della parte che come un meccanismo di tutela della certezza giuridica.

Non c'è modo di non vedere come la limitazione del giudicato alle parti ha oscurato la sua stessa ragion d'essere. Il giudicato è, prima di tutto, un requisito destinato a tutelare l'autorità dello Stato, nella misura in cui una decisione non rappresenterebbe il potere statale nel caso potesse essere modificata o ridiscussa. Per essere un attributo destinato a conferire autorità alle decisioni giudiziali, il giudicato, oltre ad essere imprescindibile alla configurazione dello Stato di diritto, può essere invocato da tutti coloro che, in un processo giurisdizionale, hanno un legittimo interesse nell'impedire la ridiscussione di quanto già deciso.

In altre parole, sebbene il giudicato si forma in un processo tra A e B, può essere invocato contro il soccombente da tutti quelli che possono legittimamente invocarlo. È questo, e non altro, il significato che si deve trarre dal detto che la cosa giudicata « vale per tutti ». Il giudicato non vale per tutti solo perché deve essere rispettato da tutti. Se così fosse, non ci sarebbe motivo per perdere tempo elaborando questa o quella frase. La cosa giudicata « vale per tutti » quando può essere asserita da tutti coloro che legittimamente possono invocarla di fronte a chi è stato dichiarato privo di ragione.

Il giudicato può portare vantaggio a tutti, anche se non può mai pregiudicare chi non ha partecipato al processo. Ma se l'efficacia pregiudiziale è vietata già a livello costituzionale, nella misura in cui nessuno può essere pregiudicato da una decisione assunta in un processo in cui non può partecipare in contraddittorio, l'efficacia favorevole può essere limitata o no, o addirittura può avere la sua incidenza concreta rimessa al giudice del caso dal legislatore, sempre secondo la sua opzione di processo civile adeguato alla tutela dei diritti.

Spiegando meglio: il giudicato, in astratto o potenzialmente, può essere sempre invocato da coloro che legittimamente ne possono fruire. Tuttavia, anche se il giudicato è una tecnica a servizio di valori costituzionali, specialmente della certezza giuridica, il legislatore può, in virtù del diritto di accesso alla giustizia, limitare il giudicato alle parti senza cadere nell'incostituzionalità. Tuttavia, questa non è, senza dubbio, la migliore soluzione, giacché non solo non considera la tutela della fiducia nelle decisioni statali, ma soprattutto ignora la necessità di coerenza nell'amministrazione del diritto.

Il presente momento è favorevole per richiamare l'attenzione sulla norma che statuisce che, nel caso di diritti individuali omogenei, il giudicato produce effetti solamente a vantaggio dei rappresentati e per pregiudicare la parte avversa (art. 103, comma 3°, c.d.c.). Questa norma ha senso solo quando si pensa all'azione collettiva come ad un modello processuale volto al rafforzamento della tutela dei diritti individuali omogenei, o meglio, quando si vede l'importanza nell'unione delle pretese individuali per avere un unico palco per il dibattito e un legittimato differenziato (art. 5 l.a.c.p. e art. 81 c.d.c.) alla tutela dei diritti. Tuttavia, quando è collegata all'efficacia del giudicato, la norma assume uno strano aspetto. Se il giudicato non può favorire l'avversario del legittimato alla tutela dei diritti individuali omogenei, la conclusione è che il processo e il giudicato hanno ragione di esistere solo quando i terzi possono esserne beneficiati. Lasciando da parte la discussione sull'adeguatezza di esporre chi ha vinto ad un infinito numero di azioni collettive ed individuali, c'è un'evidenza incontestabile: l'art. 103, comma 3°, c.d.c., perde di razionalità quando si tiene conto del fatto che il giudicato, per beneficiare, non ha motivo per esigere un modello procedimentale specifico o un legittimato definito dalla legge come adeguato.

La verità è che il giudicato, per favorire un estraneo al processo, dipende precisamente dai requisiti delineati nell'art. 503 c.p.c., nitidamente ispirato nel § 27 del *Restatement (Second) of Judgments*. Il fatto che il codice ha trovato ispirazione nel diritto statunitense giustifica ancor più un concetto di giudicato non correlato alla sua efficacia soggettiva<sup>(37)</sup>.

Il giudicato sulla questione non si forma e, quindi, non può essere trasferito ad un altro processo, sia tra le stesse parti, sia tra un terzo e la parte soccombente, quando la questione: *i*) non è stata discussa a causa della contumacia (art. 503, § 1°, II, c.p.c.); *ii*) non è stata adeguatamente discussa in virtù di alcuna restrizione attinente al contraddittorio (art. 503, § 2°, c.p.c.); *iii*) non è stata decisa (art. 503, § 1°, c.p.c.); *iv*) non costituisce un presupposto necessario alla decisione sul *petitum* (art. 503, § 1°, I, c.p.c.) o *v*) quando il giudice che ha deciso non era dotato di competenza, in ragione della materia o della persona, per risolverla come questione principale (art. 503, § 1°, III, c.p.c.).

Come si può vedere dalla dizione dell'art. 503, la comprensione del giudicato richiede attenzione al fatto che la sua delimitazione, dopo molto tempo, è arrivata a dipendere dal giudice del processo in cui è invocata. Dall'assolutismo della regola che vincolava il giudicato alle parti, preoccupandosi solo di determinati terzi, si è arrivati a norme che trasferiscono, in buona misura, l'efficacia del giudicato nelle mani del giudice.

(37) CARPI, *L'efficacia « ultra partes » della sentenza civile*, Milano, 1974, p. 347 ss.