



FAVORITA BARRA

Dottoranda in Filosofia del diritto – Università degli studi Roma Tre

DIRITTO E DECISIONE NELLA LOGICA DI DISTINZIONE DI DISTINZIONI¹

SOMMARIO: 1. Del sistema giuridico sub specie decisionis. – 2. Il paradosso della decisione. – 3. “Della decisione della causa”. – 4. Giudicato e forza di legge. – 5. Circuiti decisionali. – 6. Processo e aspettative. – 7. Decidere, accertare, costituire. – 8. Costruttivismi.

1. – Il sistema giudico instaura con la decisione un rapporto costitutivo e costante.

Ad uno sguardo attento, tale nesso simbiotico pare ramificarsi sia in una direzione prettamente processuale, che funzionale. Risulta invero evidente che, da un punto di vista squisitamente strutturale, il diritto è un reticolato di principi e regole decisionali più o meno sistematizzate. Tuttavia, se da un lato, la molteplice fenomenologia dei paradigmi decisionali costituisce la nervatura del diritto; dall'altro, tale involucro funge da potente sonda attraverso la quale è possibile svelare l'imperativo del sistema giuridico: appunto, decidere².

Alla luce di queste prime considerazioni, il diritto può essere osservato, senza ombra di dubbio, come un sistema non solo formalmente, ma anche sostanzialmente costruito sulla decisione. Invero è da essa che trae la sua linfa vitale. Ciò emerge chiaramente dalla lettura dell'art. 12 delle preleggi. Tale norma di chiusura, mentre sancisce il principio del *non liquet*, erge la decisione a codice comunicativo del sistema giuridico. Una narrazione sul diritto, quale concetto così fortemente imperniato sulla decisione, non può prescindere dal tentativo di definirla. Compito impervio, questo, che generalmente, approda ad esiti tautologici. Del resto, affermare che la decisione è una scelta, o che corrisponda ad un'azione cosciente e volontaria, non attribuisce a questo termine alcuna colorazione o tonalità specifica. Per delineare il concetto di decisione, a questo punto, è necessario richiamare quegli strati di significato custoditi nella parola stessa. È noto che il verbo “decidere” deriva dal latino *de-caedere*.

Tale derivazione rimanda all'attività poietica della separazione; ad una frattura che intercetta e scinde una maniera d'essere da un'altra; in termini temporali: un prima da un dopo. Non è un caso che, nella tradizione greca-aristotelica, la *κρίσις* assumesse rilevanza in quanto asse portante della vita politica comunitaria. Tale aspetto sarà oggetto di approfondimento nel corso della trattazione.

Per ora è interessante soffermarci sul paradosso che il concetto di decisione porta con sé.

¹ Il saggio costituisce la rielaborazione di una relazione avente il medesimo oggetto svolta nell'ambito di un'iniziativa promossa dalla Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli: “Seminari interdisciplinari: dialoghi tra filosofia, storia e diritto civile”.

² Tra i suddetti principi e regole decisionali si menzionano a titolo esemplificativo: l'art. 12 preleggi; gli artt. 72 e 138 Cost.; gli artt. 225, 226 c.p.c., nonché gli artt. 275, 276, 277, 278, 279, 281 *quater-sexies* c.p.c.; gli artt. 321, 352, 374, 375 c.p.c.



2. – Ogni decisione può essere concepita come “unità della distinzione”.

Per dirla come Niklas Luhmann, le decisioni sono osservazioni operanti mediante forme particolari di distinzioni, chiamate alternative³.

Invero lo studioso parte dal presupposto che la decisione sia un’osservazione; più precisamente una distinzione che individua un solo versante e non entrambi di una differenza. È evidente che, essendo ogni lato della distinzione raggiungibile, essa intercetta essenzialmente il lato su cui cade la scelta.⁴ Viene così tracciato un solco.

Il paradosso dell’unità della decisione risiede proprio nel suo rapporto con l’alternativa.

Ci si chiede infatti come la si possa circoscrivere ad un versante della distinzione senza richiamare la distinzione stessa⁵. Del resto se è vero che la decisione non è condensata nell’alternativa, come potrebbe venire alla luce senza di essa?

E ancora: se “solo l’alternativa fa della decisione una decisione”, l’alternativa è una, ma nello stesso tempo è nessuna, poiché diversamente la decisione non sarebbe una decisione⁶.

Tali interrogativi rendono palese che, addentrarsi nel campo semantico della decisione, porta a confrontarsi con una evidente complessità.

La decisione è invero il luogo della coesistenza di inclusione ed esclusione, così come della distinzione e del risultato della distinzione. In altre parole continua oscillazione, da un versante all’altro di una differenza, in relazione ai più disparati angoli di osservazione.

In conformità a quanto sopra esposto l’unità di tale concetto si rivela un’impossibilità.

Secondo la lucida analisi di Niklas Luhmann, la decisione è dunque un’osservazione *inoservabile*, un evento che rimane inspiegabile e tragicamente incompreso.

Tuttavia, lo svelamento di un paradosso non costituisce necessariamente il punto d’arresto di una riflessione, quanto piuttosto l’approdo ad una analisi consapevole, che acquista una particolare profondità prospettica.

Al di là del *mistero* di cui si fa portatrice, la decisione assume rilevanza all’interno di ogni sistema organizzato come “evento comunicativo”. D’altronde si sa: ogni sistema sociale si fonda e

³ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, Milano, Mondadori, 2005, p. 109.

⁴ Il concetto di distinzione ha dunque a che fare con l’operazione di stabilire differenze. Essa viene in rilievo, in quanto costituisce l’imprescindibile veicolo della conoscenza. A tal riguardo, degno di nota è il discorso di G.W. Leibniz sulla conoscenza. La distinzione, spiega il filosofo, garantisce il riconoscimento dell’oggetto, senza condurre alla conoscenza degli elementi distintivi che lo definiscono in modo specifico. Siamo di fronte ad un’idea di conoscenza chiara, ma confusa. Leibniz al fine di esemplificarla, fa riferimento al caso dei colori, dei sapori, degli odori, distinti in base alla percezione sensibile “e non grazie a dei contrassegni enunciabili”, oltre che al rilevante caso di un giudizio positivo o negativo su un’opera d’arte, che non si è però in grado di motivare, se non ricorrendo alla presenza o assenza di un “non so che” cfr. G.W. LEIBNIZ, *Meditazioni sulla conoscenza, la verità e le idee*, Scritti Filosofici, a cura di D.O. Bianca, Torino, Utet, 1968, vol. II.

⁵ Si veda a proposito del paradosso dell’osservazione N. LUHMANN, *op. cit.*, p. 104.

Dello stesso autore si rinvia a: *Sistemi sociali, Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, il Mulino, 2001; *La differenziazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1990; *Teoria della società*, Milano, Franco Angeli, 1991; *Osservazioni sul Moderno*, Roma, Armando, 1995.

⁶ N. LUHMANN, *Organizzazione e decisione*, *op. cit.*, pp. 111 e 117.



si autoalimenta sulla comunicazione di decisioni, che derivano e costituiscono il presupposto di altre decisioni. A sua volta, l'accettazione delle stesse, indipendentemente dal fatto che si realizzi, viene garantita dall'organizzazione attraverso catene decisionali, che intercettano vere e proprie strutture a tale scopo istituite. Da quanto sopra esposto, la teoria luhmaniana traccia un legame forte tra organizzazione, osservazione e decisione. Questi elementi formano una trama complessa in cui ognuno di essi presuppone e richiama gli altri in egual misura. In tale ottica ogni sistema decisionale risulta essere prodotto e allo stesso tempo produrre organizzazione, osservazione e comunicazione, così come ogni sistema organizzativo è generato e simultaneamente genera osservazione, comunicazione e decisione.

3. – Spostando il focus dell'attenzione dalla generalità dei sistemi organizzati alla peculiarità del sistema giuridico, è facile notare come la decisione riemerge, dall'intelaiatura delle norme, quale fenomeno reso *prima facie* controllabile dal diritto.

Del resto, fa parte della logica di ogni ordinamento giuridico stabilire che il punto di chiusura del sistema converga in una decisione conoscibile e impugnabile fino ad un grado definito e definitivo, secondo le regole che ogni ordinamento prevede. A titolo meramente esemplificativo il presente lavoro avrà ad oggetto l'analisi del paradigma normativo italiano.

In particolare il capo III, titolo I, libro II del c.p.c., intitolato "Del processo di cognizione", ha interamente ad oggetto "la decisione della causa". Le norme sul procedimento di fronte al tribunale collegiale assumono rilevanza poiché fungono da paradigma attraverso il quale la decisione può essere sezionata e successivamente ricostruita, in quanto procedura. Invero dalla lettura degli artt. 275 e 276 c.p.c. essa si presenta come un insieme di fasi, scandite da atti.

L'art. 275 c.p.c. individua, nella rimessione della causa in collegio, il punto di partenza della fase decisoria. Il deposito delle memorie conclusionali di replica, l'eventuale discussione orale, la deliberazione, l'emissione della sentenza e il suo deposito sono tappe che, al ritmo dei termini prescritti dalla legge, cadenzano l'ultimo stadio del processo di cognizione. Se il deposito sancisce per la sentenza l'acquisto del valore di atto giurisdizionale non più modificabile dal giudice, nonché giuridicamente esistente; la deliberazione è il momento costitutivo della decisione. A tal proposito è significativa la lettura degli artt. 276 e 277 c.p.c. In particolare l'art. 276 comma I c.p.c. recita: "la decisione è deliberata in segreto nella camera di consiglio", precisando, in tal modo, la natura della deliberazione quale "atto interno al giudice". Ma l'articolo succitato è essenziale soprattutto ai fini della comprensione del nesso intercorrente tra decisione e deliberazione; legame ulteriormente specificato dall'art. 277 comma I c.p.c., allorché sancisce che "il collegio nel deliberare sul merito deve decidere tutte le domande proposte e le relative eccezioni, definendo il giudizio".

Dal dettato legislativo decisione e deliberazione risultano operazioni così profondamente innellate, da non poterne tracciare i rispettivi confini. Affermare che "la decisione è deliberata [...]"



o che “il collegio nel deliberare decide [...], corrisponde ad asserire, non solo, che la decisione consiste nel soppesare, ponderare le ragioni delle parti, così come emergono dalle risultanze processuali, ma anche, che essa corrisponde all’esito dell’attività deliberativa. Invero non è un caso che l’art. 276 titolato “Deliberazione” prescriva l’ordine delle questioni che il collegio deve discutere, esaminare, votare e dunque decidere secondo la regola della maggioranza. Questa norma, mentre fissa la modalità in cui la decisione deve essere assunta, la converte inevitabilmente in rito. Del resto, si sa, la procedura vive dell’eccedenza del mezzo sullo scopo. Come è noto, proprio il ricorso ad una trama di regole prefissate, che dilata la decisione suddividendola in fasi, riesce ad inglobare il carico dirimpante di incertezza connotato geneticamente nel suo contenuto. Questa è la tecnica che il diritto sceglie di adottare per rendere prevedibile la decisione.

È interessante ancora una volta riflettere sulle parole di cui la legge si fa depositaria.

In particolare, l’art. 277 c.p.c. titolato “Pronuncia sul merito” ci consegna la sagoma di un concetto, i cui tratti diventano mano a mano più nitidi. Il legislatore statuisce che, nel deliberare il collegio decide tutte le domande proposte e le relative eccezioni e, che, nel decidere definisce il giudizio.

Deliberare, decidere, definire sono forme linguistiche che, seppur appartenenti ad uno stesso campo semantico, si colorano di sfumature diverse.

Il punto di tangenza tra i termini succitati è sicuramente rintracciabile nella particella *de*. Essa individua un moto doppio di allontanamento/provenienza o separazione/derivazione da un’originaria unità; per altro verso, da un campo di possibili alternative.

Evocativa, tra le altre, la parola deliberare – da *de-liber-àre* – richiama l’azione del togliere una cosa dalla bilancia (*libra* o *libera*), dopo averne individuato il peso; azione generalmente prodromica alla consegna di un bene al compratore. Non a caso tale termine ha assunto il significato di “pesare mentalmente”, nel senso di soppesare o ponderare.

È necessario a tal riguardo far riferimento al pensiero aristotelico. Nell’*Etica Nicomachea*, il filosofo definisce la deliberazione come un’analisi che circoscrive l’oggetto della scelta determinandolo. Più precisamente: “è ciò che è stato precedentemente giudicato dalla deliberazione ciò che viene scelto”⁷.

Pertanto la deliberazione se, da un lato corrisponde al fondamento logico della decisione, dall’altro costituisce un micro giudizio nel giudizio. Tale procedimento, che ha a che fare con il calcolo prudente dei mezzi più opportuni per il perseguimento di fini già posti, equivale, per dirlo come Aristotele, alla costruzione di una figura geometrica. Invero “ogni deliberazione è una ricerca”⁸, il cui risultato finale è il giudizio o decisione (*κρίσις*)⁹.

⁷ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di Claudio Mazzarelli, Milano, Bompiani, 2000, 1113 a. 5.

Il concetto di *κρίσις* assume la rilevanza di perno della vita comunitaria in: ARISTOTELE, *Politica*, Milano, BUR, 2002.

⁸ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, cit., a. 20-25.



Come precedentemente rilevato, il diritto traduce nel suo linguaggio l'evento così nitidamente scandagliato. Invero la decisione riaffiora dall'assetto codicistico proprio come esito della deliberazione. Più in particolare l'art. 277 comma I c.p.c. disciplina la "pronuncia sul merito", inserendola all'interno di un *climax* ascendente, che si snoda dalla deliberazione alla decisione, fino alla "definizione del giudizio". La norma in esame prescrive che il collegio nel deliberare deve decidere e pertanto definire il giudizio. In altre parole il legislatore individua nella "definizione" il profilo funzionale della decisione, che ad un'attenta analisi coincide con il suo contenuto sostanziale. Non a caso il verbo *finire* richiama l'azione di "tracciare confini" e nello stesso tempo di "terminare". Difatti la decisione è la pronuncia che nello stabilire una differenza pone fine alla lite. Diretto è il riferimento all'art. 2909 c.c. Tale norma sancisce che: la "sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi e aventi causa" in base al criterio della continuità soggettiva dell'accertamento contenuto nella sentenza. Tuttavia il giudicato può dispiegare un'efficacia riflessa nei confronti di soggetti terzi. In particolare la forza del giudicato investe i terzi, partecipi del rapporto giuridico in questione, la cui posizione giuridica sia subordinata alla posizione di una delle parti. Altro scenario che vede implicati i terzi, seppur in maniera meno dinamica rispetto alla prima ipotesi, può essere illustrato come segue: la cosa giudicata formatasi tra le parti, non può essere disconosciuta dai terzi, titolari di un rapporto giuridico diverso, ma in concreto compatibile, col rapporto dedotto in giudizio.

Alla luce di tali aspetti, è possibile notare come la decisione ultima condivide e allo stesso tempo si differenzia dal comando legislativo per il connotato dell'assolutezza. Pertanto in riferimento al giudicato si può parlare in termini di "assolutezza relativa".

4. – La disposizione succitata è indubbiamente carica di significato. La sua lettura ci conduce difatti al cuore segreto della decisione giurisdizionale, che è celato e contestualmente svelato dalla costruzione normativa.

È necessario precisare che tale norma non può essere interpretata se non in riferimento all'assunto che la sentenza passata in giudicato ha "forza di legge" tra le parti, i loro eredi e aventi causa.

Tale espressione richiama l'art. 2 delle disposizioni sulla legge in generale, nella parte in cui il legislatore sancisce che gli atti del Governo hanno forza di legge. Se, da punto di vista procedurale, sancire che i decreti legislativi e i decreti legge hanno forza di legge equivale ad assoggettarli ad un determinato regime giuridico; da un punto di vista sostanziale tale locuzione pone in rilievo il carattere costitutivo della legge: la sua forza.

Il legame tra diritto e forza ha da sempre attraversato il dibattito filosofico e giuridico.

⁹ La parola *κρίσις*, riconducibile al verbo *κρίνω* da cui il latino *cerno*, *discrimen*, *cribum*, è utilizzata nella produzione aristotelica sia nell'accezione di "giudicare" che di "decidere".



Degna di rilievo, tra le altre, è la riflessione kantiana. Nella *Metafisica dei costumi*, il filosofo sottolinea che il diritto implica in se stesso *a priori*, nella struttura analitica del suo concetto “la facoltà di costringere colui che lo pregiudica”. Più precisamente: “quando un certo uso della libertà è esso stesso un ostacolo alla libertà secondo leggi universali (vale a dire è ingiusto), allora la costrizione oppostagli, in quanto impedisce un ostacolo fatto alla libertà, s’accorda con la libertà secondo leggi universali, ossia è giusto: al diritto è quindi immediatamente connessa, secondo il principio di contraddizione, la facoltà di costringere colui che lo pregiudica.” Del resto, come è noto, per Kant il diritto consiste proprio nell’accordo della coazione generale e reciproca con la libertà di ognuno.

In questo senso è rilevante sottolineare che il legame tra diritto e forza è duplice: la norma è comando, strutturalmente connesso ad un *surplus* di coazione, la sanzione. Alla luce di queste considerazioni, asserire che la decisione definitiva è precetto, così come evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza di legittimità, conduce allo svelamento del dogma della “forza di legge”.

Invero la decisione definitiva fissa la regola del caso concreto. Del resto è stato rilevato che “il giudicato [...] partecipa alla natura dei comandi giuridici e, conseguentemente la sua interpretazione non si esaurisce in un giudizio di fatto, ma deve essere assimilata, per la sua intrinseca natura e per gli effetti che produce, all’interpretazione delle norme giuridiche”¹⁰.

Conformemente alla legge, la sentenza passata in giudicato è atto linguistico, che attraverso il veicolo dell’enunciazione, vincola e produce cambiamenti. In altre parole essa sprigiona forza performativa¹¹. Di fatti nel momento in cui regola una determinata situazione di fatto, la costituisce. A tal proposito significativa è l’osservazione di Émile Benveniste, che nell’analizzare la derivazione di *auctor*, afferma: “Ogni parola pronunciata con un’autorità determina un cambiamento del mondo, crea qualche cosa; questa qualità misteriosa è quello che *augeo* esprime [...]”¹². Tuttavia il mistero che avvolge l’autorità è, in larga parte, quello relativo al suo fondamento.

Non a caso Montaigne parla di “fondamento mistico” dell’autorità. Più precisamente il filosofo afferma: “Ora, le leggi mantengono il loro credito non perché sono giuste, ma perché sono leggi. È il fondamento mistico dell’autorità; non ne hanno altri [...]. Chiunque obbedisca loro perché sono giuste, non obbedisce loro giustamente come deve.”¹³. Il discorso sulla giustizia è

¹⁰ Così: Cass., sez. I, 24 maggio 2007, n. 12157; conforme: Cass., sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356.

¹¹ Sull’esame della norma come atto linguistico si veda: G.H. VON WRIGHT, *Norma e azione*, Bologna, il Mulino, 1989; A. ROSS, *Direttive e norme*, Ivrea, Edizioni di Comunità, 1978; J.L. AUSTIN, *Come fare cose con parole*, Genova, Marietti, 1987.

¹² Lo studioso sottolinea come anticamente il verbo *augeo* designasse l’atto di produrre non riconducibile all’uomo quanto piuttosto agli dei e alle forze naturali: É. BENVENISTE, *Il dizionario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, Einaudi, 1976, vol. II, p. 398.

¹³ MONTAIGNE, *Saggi*, Milano, Adelphi, 1966, p. 1433 s.



riletto da Pascal, che ne mette in luce il legame imprescindibile con la forza. Spiega il filosofo: “E così, non essendosi potuto fare in modo che quel che è giusto fosse forte, si è fatto in modo che quel che è forte fosse giusto”. Del resto “la giustizia senza forza è contraddetta” così come “la forza senza giustizia viene riprovata”¹⁴.

Rimodulando in chiave di decisione tale riflessione si potrebbe affermare che le decisioni giurisdizionali definitive hanno credito non perché sono giuste, ma perché sono forti. Tale forza deriva dalla cogenza propria dell'autorità di giudicato. Per utilizzare le parole di Montaigne siamo di fronte ad una delle *finzioni legittime* sulle quali il diritto fonda “la verità della sua giustizia”¹⁵. Invero l'autorità delle decisioni si fonda proprio sul credito che si accorda loro. Tale investimento è un vero e proprio atto di fede.

Opportunamente può altresì essere affermato che un'altra particolare finzione legittima è la “finzione di verità”. Di tale concetto troviamo una manifesta traccia in un frammento del Digesto. Invero Ulpiano scrive: che colui che è dichiarato ingenuo per sentenza, va trattato come ingenuo, se pur fosse libertino: “*quia res iudicata pro veritate accipitur*”¹⁶. La cosa giudicata, dunque, sancisce una verità formale. Utilizzando le parole di Giuseppe Chiovenda “i fatti non veri possono essere veri agli effetti giuridici”: questa è la “irrealtà” con cui la teoria della cosa giudicata si misura costantemente¹⁷.

Nota ancora il giurista “quando si parla di verità formale, di finzione e di presunzione di verità, si pensa ad un confronto tra ciò che la sentenza è e ciò che potrebbe o dovrebbe essere. Ma questo confronto lo facciamo noi accademicamente discorrendo, non il diritto”¹⁸.

Tuttavia deve essere sottolineato che questa presunzione di verità ha essenzialmente una giustificazione sociale: senza di essa l'ordinamento giuridico non potrebbe esistere.

5. – È bene riflettere, a questo punto, sulla specifica disciplina della “cosa giudicata”, che sebbene condivida con la legge un fondamento comune, se ne differenzia per la struttura, la funzione, nonché per l'ambito e la modalità di dispiegamento degli effetti. Ai sensi del succitato art. 2909 c.c. il legislatore definisce “la cosa giudicata” nei termini di giudicato sostanziale.

Tale norma statuisce, come già sottolineato, che la sentenza passata in giudicato è regola preposta ad eliminare l'incertezza dei rapporti dedotti in giudizio. In questo senso, la forza vincolante della sentenza non solo impone allo stato litigioso una stabilità, che ha origine proprio dalla cogenza del provvedimento, ma esclude anche la riproposizione della domanda su cui si è

¹⁴ PASCAL, *Pensieri*, Torino, Einaudi, 1962, p. 145.

¹⁵ MONTAIGNE, *Saggi*, cit., p. 809.

¹⁶ Fr. 25 Dig. De statu hom. 1, 5.

¹⁷ G. CHIOVENDA, *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1912, p. 85.

¹⁸ *Ivi*, p. 89.



deciso. Altresì la cosa giudicata funge da criterio e limite per l'agire del giudice. Essa impone all'autorità giudiziaria di uniformarsi e nello stesso tempo le preclude di rinnovare l'esame di merito di una questione che ha in comune con il giudicato gli stessi elementi costitutivi. Del resto il principio del *ne bis in idem* opera entro una serie di limiti soggettivi e oggettivi. Come è noto i primi riguardano i soggetti su cui si esplicano gli effetti del giudicato, i secondi sono invece costituiti dal titolo dell'azione e dal bene della vita che ne forma l'oggetto. A tal punto è necessario sottolineare che la valutazione dell'operatività del principio del *ne bis in idem* integra un momento decisionale. È il giudice ad accertare l'identità tra un secondo giudizio ed un precedente giudicato per quanto concerne il *petitum* e la *causa petendi*. Entro tali margini il giudicato sostanziale copre non solo il dedotto, ma anche il deducibile¹⁹. Invero la *res giudicata* si forma non soltanto sulle ragioni di fatto e di diritto fatte valere in giudizio, ma anche sulle questioni, che sebbene non specificamente dedotte, costituiscano le premesse necessarie e i fondamenti logico-giuridico per l'emanazione della pronuncia. Tuttavia è stato statuito che: “per aversi giudicato implicito su di una questione preliminare o pregiudiziale, come logica implicazione della decisione sul merito è indispensabile, che almeno un punto di merito, sia coperto da giudicato esplicito”²⁰.

Invero se da un lato, la forza vincolante della cosa giudicata porta il sostrato logico e giuridico del *decisum* a consolidarsi, dall'altro senza la preventiva decisione di questioni antecedenti, la causa esplicitamente risolta non potrebbe essere decisa. Inoltre è stato autorevolmente evidenziato che tra la questione decisa esplicitamente e quella risolta implicitamente sussista un rapporto indissolubile tale da determinare “l'assoluta inutilità” di una pronuncia sulla seconda questione²¹. Pertanto tra l'una e l'altra sussisterebbe non un semplice nesso di causa effetto, ma un vero e proprio legame di interdipendenza. Ma a questo punto sembra più appropriato parlare di autonomia relativa del giudicato esplicito rispetto al giudicato implicito e viceversa.

Spostando ora l'attenzione sul processo giurisdizionale nel suo insieme, è facile notare come esso sia costituito da una catena di sottosistemi decisionali interconnessi. Certamente il procedimento di ammissione delle prove fa parte di questo circuito di reciproche relazioni.

Come si evince dal noto brocardo latino, *iura novit curia*: “il giudice conosce il diritto”. Più precisamente, il diritto, al contrario dei fatti che ne costituiscono il fondamento, non ha bisogno di essere provato. Ciò emerge *a contrario* dalla lettura dell'art. 2697c.c. Del resto, utilizzando le parole di Filippo Vassalli, l'onere della prova è una “condizione imposta dalla legge di valersi di un determinato mezzo se si vuol raggiungere il conseguimento del fine cui si tende: che in questo caso è la vittoria del processo”²². La dimostrazione di un fatto è dunque richiesta in quanto

¹⁹ Si vedano: Cass., 13 aprile 1954, n. 1171; Cass., 21 novembre 1967, n. 2794; Cass. 19 marzo 1980, n. 1836; 6 marzo 1996, n. 2205.

²⁰ Si veda: Cass., sez. I, 29 aprile 2004, n. 8204.

²¹ Cass., S.U., 29 aprile 2003, n. 6632.

²² F. VASSALLI, *Della tutela dei diritti*, Matera, Antezza, 2014, p. 57.



conduce, seppur in via mediata, alla prova dell'esistenza di un diritto. Invero la prova, definita dallo stesso Vassalli come un "negozio di assicurazione del diritto"²³ determina la convinzione del giudice, cosicché egli ritenga per vero il fatto posto a fondamento della decisione. È evidente che "nella meccanica del processo funzionano delle norme di legge e dei fatti, e si ricerca appunto qual è la norma da applicare ad una determinata specie di fatti per trarne delle conseguenze a favore o contro qualcuno"²⁴. In tale procedimento risiede appunto la decisione. Tuttavia per tornare alla premessa iniziale, la decisione ultima risulta dal concatenarsi di una serie di giudizi finalisticamente e funzionalmente ad essa orientati. Il comma I dell'art. 116 c.p.c. sancisce che "il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti". Dunque spetta al giudice di merito individuare le fonti del proprio convincimento. Tale operazione consta del controllo dell'attendibilità delle prove, nonché della scelta, tra le risultanze istruttorie, di quelle idonee ad accertare i fatti oggetto della controversia. Il giudizio in tal modo articolato conduce all'emersione di una preferenza: tra le risultanze processuali solo alcune sono ritenute idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad esse sottese. Può affermarsi a tal punto che la facoltà di escludere la rilevanza di una risultanza probatoria corrisponde ad un sottosistema di giudizio nel più ampio procedimento di valutazione delle prove. Come è stato affermato da un pacifico orientamento giurisprudenziale: "il giudice non è tenuto a valutare analiticamente tutte le risultanze processuali, né a confutare singolarmente le argomentazioni prospettate dalle parti"²⁵, ma è sufficiente che egli dopo averle valutate nel suo complesso, indichi gli elementi sui quali intende fondare il proprio convincimento, nonché l'*iter* seguito per il raggiungimento delle sue conclusioni²⁶. Inoltre è necessario sottolineare che tale apprezzamento è insindacabile in cassazione, se sostenuto da una motivazione immune da vizi logici e giuridici.

Certamente la valutazione della prova si esplica nella sua pienezza in un momento successivo all'assunzione, in modo che sia costantemente misurata con tutti gli elementi acquisiti nel processo. Tuttavia è bene sottolineare che, in sede di ammissione la prova è investita da un preventivo giudizio. Ai sensi del combinato disposto tra l'art. 183 VII comma c.p.c. e l'art. 184 c.p.c. il giudice istruttore ha il potere-dovere di decidere sull'ammissibilità e sulla rilevanza delle prove. Più specificamente, con particolare riguardo all'ammissione della prova testimoniale, l'art. 245 c.p.c. sancisce che il giudice compie un vero e proprio giudizio sulla sua superfluità o genericità. Del resto l'ordinanza istruttorie di cui al I comma del succitato articolo è espressione del potere discrezionale del giudice, che è chiamato a valutare l'astratta idoneità della prova ad

In relazione al tema della decisione nel processo si veda altresì di G. FILANGERI, *La scienza della legislazione*, Genova, Ivone Gravier Libraio, 1798.

²³ *Ivi*, p. 51.

²⁴ *Ivi*, p. 46.

²⁵ Cass., 23 aprile 2001, n. 5964.

²⁶ In tal senso Cass., 6 settembre 1995, n.9384; Cass., 30 ottobre 1998, n. 10896; Cass., 10 maggio 2000, n. 6023; Cass., 18 ottobre 2001, n. 12751; Cass., 14 novembre 2002, n. 16034; Cass., 28 giugno 2006, n.14972.



incidere sulla decisione. Tale provvedimento, che è privo di efficacia decisoria, dunque insindacabile in sede di legittimità, corrisponde ciononostante alla definizione di un preciso contesto argomentativo.

Dalla lettera dell'art. 245 I comma c.p.c. si evince che il giudice opera altresì un sindacato sulla conformità alla legge della prova da ammettere. Egli infatti “elimina i testimoni che non possono essere sentiti per legge”. Indubbiamente tale norma richiama l'art. 190 c.p.p. Ai sensi di tale norma il procedimento di ammissione delle prove è incardinato ad una serie di criteri direttivi. Il primo comma del succitato articolo oltre a sancire il principio di disponibilità della prova, stabilisce che il giudice ha la facoltà di escludere le prove vietate dalla legge, manifestamente superflue o irrilevanti. Dunque la valutazione sulla manifesta superfluità o irrilevanza conduce all'ammissione della prova, anche quando vi sia solo il dubbio che essa possa essere irrilevante o sovrabbondante. Del resto nella dinamica del processo il giudizio in esame esplica una funzione meramente preparatoria e strumentale alla successiva definizione della controversia.

Significativo è altresì il nesso che viene ad instaurarsi tra la sentenza passata in giudicato e il provvedimento conclusivo del processo di esecuzione. In questa sede il giudicato va inteso sia, come atto conclusivo della funzione cognitiva del giudice, sia come presupposto dell'esecuzione.

In tale ottica il processo si snoda attraverso una serie di atti decisionali, per un verso finalizzati alla pronuncia della sentenza conclusiva della lite, e per l'altro alla concreta realizzazione di ciò che il giudice in ultima istanza ha statuito nell'interesse del creditore. È evidente che il giudicato è fine dell'azione giudiziaria e presupposto per l'attuazione in forma coattiva del diritto in esso cristallizzato. Ma è necessario effettuare alcune precisazioni. L'accertamento del diritto sostanziale dedotto in giudizio è condensato nel giudicato, che irraggia i suoi effetti nel processo esecutivo.

Del resto il giudizio di esecuzione ha un carattere unilaterale ed eventuale. Invero i provvedimenti del giudice dell'esecuzione sono disposti su ricorso di parte, al mancato adempimento spontaneo di un'obbligazione da parte del debitore. Invero la sentenza passata in giudicato è il presupposto necessario e sufficiente per l'instaurazione del processo esecutivo. Considerato che il titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 c.p.c. accerta l'esistenza incontrovertibile di un diritto determinato nell'ammontare ed esigibile, il contenuto del provvedimento conclusivo della fase esecutiva, non ha carattere decisorio, ma piuttosto una definitività attinente alle modalità attuative del diritto, il cui accertamento ha forza di legge tra le parti, gli eredi, gli aventi causa. In effetti il giudice dell'esecuzione ha il potere di ordinare una serie di atti esecutivi, nonché di controllarne la legittimità ed opportunità; di modificarli o revocarli fino a che l'ordinanza che li dispone non abbia avuto esecuzione. Si parla a tal riguardo di potestà ordinatoria. Invero: “la potestà del giudice dell'esecuzione non può estendersi alla emissione di provvedimenti decisivi che abbiano efficacia sostanziale di sentenza”²⁷. Tuttavia il giudizio esecutivo è diretto a con-

²⁷ Cass., 6 settembre 1966, n. 2329.



formare la situazione di fatto a quella di diritto, nei casi in cui la parte soccombente non provveda spontaneamente a realizzare quanto statuito nel giudizio di cognizione. Proprio intorno al rapporto tra giudizio di cognizione e di esecuzione illustre dottrina ha messo in evidenza rilevanti aspetti. In particolare, Giuseppe Chiovenda nel noto saggio: “Sulla tutela giuridica processuale” mette in luce lo stretto legame tra legge e decisione giudiziaria. Per lo studioso la sentenza non è altro che “volontà di legge accertata nel caso singolo: in questo senso *lex specialis*”²⁸. Successivamente egli specifica che “la sentenza è volontà condizionata, rispetto alla sua attuazione, ad un atto di volontà del privato: il diritto di emettere quest’atto di volontà, il potere giuridico di rendere incondizionata la volontà accertata nella sentenza rispetto alla sua attuazione, è un diritto nuovo, che nasce con la sentenza”²⁹. Tale potere è individuato nell’*actio iudicati*. Dalla decisione incontrovertibile promana invero un nuovo rapporto, che sostituisce quello intercorrente tra volontà della legge e volontà del privato: il rapporto tra la volontà del privato e accertamento di volontà contenuto nella sentenza. Ed è proprio l’accertamento “della volontà della legge” che agisce come coazione sulla volontà della parte obbligata. In definitiva, secondo l’analisi di Chiovenda, è possibile evincere che, se da un lato il giudizio di cognizione conserva una sua autonomia rispetto al giudizio di esecuzione, dall’altro, l’attuazione della volontà della legge, raggiunge la sua completezza proprio con l’esecuzione.

Da un altro angolo visuale è altresì interessante notare come il sistema giuridico elabora una differenziazione di competenze e funzioni all’interno di un determinato ambito del potere³⁰. In particolare all’interno della sfera giudiziaria si ramificano una serie di funzioni assegnate ai vari uffici. Considerato che in ogni giudizio le micro funzioni sottese ad ogni fase sono svolte da un giudice differente, si può comprendere come la suddivisione del lavoro e la contestuale specializzazione dei magistrati siano i caratteri distintivi del sistema giudiziario. Tali connotati rendono manifesta l’operatività di un sistema autoriflessivo, che attraverso la settorializzazione delle funzioni e la frammentazione tipica della procedura neutralizza la complessità insita nel fine assolto. Tale struttura che si divarica in ambiti sempre più circoscritti, favorisce il più efficiente controllo dell’operato dei singoli giudici rispetto alla propria sfera di competenza. Indubbiamente il sistema delle impugnazioni fa parte di questa rete di garanzie. È bene precisare che la questione delle differenziazioni interne al diritto assumerà forme sempre più articolate, tuttavia, analizzando il problema alla radice, essa risponde alla necessità di decidere le modalità, attraverso le quali incorporare l’incertezza proveniente dalle spinte dell’ambiente esterno.

Per quanto attiene il nesso tra processo cognitivo ed esecutivo, di cui si è trattato preceden-

²⁸ G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, Zanichelli, p. 97.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Sul punto diretto è il riferimento a M. WEBER, *Economia e società*, Milano, Edizioni Comunità, 1961; M. WEBER, *Parlamento e governo*, Roma-Bari, Laterza, 2002; si rinvia inoltre a H. SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, il Mulino, 1985; nonché a W. SCHLUCHTER, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale*, Bologna, il Mulino, 1987.



temente, è stato notato che, mentre il primo è articolato in una serie di fasi strettamente concatenate volgenti alla sentenza finale, il secondo si compone di una serie di sub procedimenti autonomi, che si concludono con provvedimenti autonomamente attaccabili con l'opposizione di rito³¹.

Il procedimento esecutivo è strumentale rispetto al giudizio di cognizione. Del resto, la funzione satisfattiva ed eventualmente distributiva, che gli è propria, non può prescindere dall'accertamento del diritto sostanziale dal quale origina. L'esecuzione è subordinata all'esistenza del giudicato, in quanto dotato di efficacia esecutiva, ma non è possibile affermare il contrario.

Tale nesso di autonomia relativa non si esaurisce semplicemente in un profilo procedurale.

6. – Le vicende processuali che prendono le mosse da una pretesa creditoria sono scenario del continuo percorso verso la stabilizzazione delle aspettative. È Niklas Luhmann a sondare tale dinamica. Lo studioso precisa che la relazione sociale si fonda sull'aspettativa di aspettative. Nella fitta trama delle relazioni sociali si ravvisa un inserimento delle aspettative dell'altro nella propria sfera di aspettative, una "prepotente condivisione di aspettative altrui in modo congruente con le proprie aspettative. Il campo delle aspettative, pur comprendendo aspettative altrui, viene armonizzato sulla base delle proprie. Dagli altri non si pretende soltanto il comportamento atteso, ma anche il congruente atteggiamento circa le aspettative. L'altro non solo deve comportarsi in maniera complementare, ma deve anche nutrire le proprie aspettative in tal modo. Solo questo inserimento di aspettative altrui garantisce infatti la certezza delle aspettative, giacché esso solamente postula l'altro come un uomo dal quale si pretende l'adempimento delle aspettative"³². Pare evidente dunque che "il peso" della delusione determinato dalla selettività armonizzatrice della struttura propria delle aspettative è inevitabile, in via di principio. A tal punto è necessario individuare la distinzione tra aspettative cognitive e aspettative normative. Le une connesse alla dimensione dell'essere, le altre del dover essere. Le prime si adattano e mutano in relazione al fallimento; in altre parole sono disposte all'apprendimento. Le seconde, invece reagiscono alla delusione mantenendosi ferme: resistono. Utilizzando le parole di Luhmann sono orientate al "non apprendimento". A garanzia delle aspettative normative, sono istituiti specifici ruoli. In particolare la funzione del giudice è diretta al mantenimento, nonché perseguimento di un'aspettativa delusa. Del resto le aspettative normative sono necessarie al raggiungimento della stabilizzazione del sistema sociale. Invero all'interno di un sistema complesso, l'istituzionalizzazione delle aspettative normative è affidata all'apparato giudiziario. "Il giudizio decisivo" è norma, la cui sanzione è resa oggetto di aspettativa delle parti e dei soggetti estranei alla lite. Le loro aspettative cognitive sono sostituite da "una nuova possibilità": la rappresentazione del loro

³¹ Così Cass., S.U., 27 ottobre 1995, n. 11178; G. BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, Cedam, 2001.

³² N. LUHMANN, *La teoria funzionale del diritto*, Milano, Unicopli, p. 60.



diritto davanti al tribunale. Dunque l'aspettativa cognitiva relativa al soddisfacimento di una pretesa creditoria acquista il carattere della fissità tramite la sua riaffermazione in aspettativa normativa. Tuttavia nel corso del processo ogni aspetto della lite viene impercettibilmente trasformato dal normativo al cognitivo. Del resto il conflitto oscilla da "controversia su aspettative normative di aspettative" a "divergenza cognitiva" tra le parti. Più specificamente nell'aula giudiziaria esse assumono un atteggiamento di tipo cognitivo; anche se non persuase si mostrano disposte all'apprendimento e si riconoscono nei reciproci ruoli³³. Infine, la decisione ultima segna l'appagamento della aspettativa normativa della parte vincente e al contempo fissa la delusione della parte soccombente. In tale ottica il processo esecutivo se da un lato è sede della riconferma di una norma, dall'altro è luogo in cui la coincidenza tra l'aspettativa normativa e l'aspettativa cognitiva alla concreta attuazione del diritto vantato dal creditore rimane esclusivamente una eventualità (un caso!).

7. – Fin ora ci è soffermati sulla natura e gli effetti della "cosa giudicata". Ora è necessario approfondire un ulteriore aspetto della "sentenza passata in giudicato" al fine di rafforzare il contenuto di quanto sopra esposto. Dall'assetto normativo emerge la distinzione tra giudicato sostanziale disciplinato dal succitato art. 2909 c.c. e giudicato formale regolato dall'art. 324 c.p.c. Invero tale articolo, intitolato "cosa giudicata formale", definisce il giudicato: "la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 395". La legge per un verso subordina gli effetti preclusivi ed estensivi propri del giudicato "sostanziale" a presupposti di carattere procedurale, dall'altro rende palese come il carattere sostanziale della decisione definitiva risieda in una serie di requisiti formali. In altre parole la legge sancisce che sostanza del giudicato è la sua forma e viceversa.

È necessario a questo punto lo spostamento da un campo prettamente giuridico a quello filosofico.

Come è noto il discorso su forma e sostanza ha solcato da sempre il dibattito filosofico.

A tal riguardo fondativa è la teoria aristotelica. Essa narra di una inscindibile interconnessione. La sostanza è, per il filosofo, ogni corpo semplice, come la terra, il fuoco, l'acqua e altre cose di tal genere, ma anche i corpi e le cose formate da essi e le loro parti. Queste cose sono sostanza, poiché non sono predicati di un soggetto, ma anzi soggetti di altri predicati. In altre parole la sostanza è causa delle cose che non si predicano di un soggetto. Essa è causa del loro essere. Inoltre, precisa Aristotele: sono sostanza tutte le parti, che stanno nelle cose a cui ci stiamo ora riferendo, che le delimitano e individuano qualcosa di particolarmente determinato e che, se eliminate, conducono all'eliminazione del tutto. E ancora la sostanza è "l'essenza sostanziale",

³³ *Ivi*, p. 80.



che in un discorso dà luogo alla definizione. In definitiva la sostanza “è il soggetto ultimo, che non si predica più di nessun'altra cosa”, ma anche “un qualche cosa di particolarmente determinato, che sussiste separata; e questo è la forma e la specie di ciascuna cosa”³⁴. Tale ragionamento conferisce il fondamento teorico – filosofico della precedente affermazione ai sensi della quale la sostanza del giudicato risiede nella sua forma, e viceversa.

Come sancito ai sensi dell'art. 2909 c.c. la sentenza passata in giudicato “contiene” un accertamento relativo ad un rapporto giuridico, tuttavia, come è noto, nella teoria generale del processo è stata elaborata la distinzione tra azioni e dunque sentenze dichiarative, di condanna e costitutive.

È bene a questo punto riflettere su tale distinzione terminologica: essa segna, innanzitutto, una differenziazione nell'ambito degli effetti promanati dai provvedimenti in esame. Uno di questi effetti è l'esecutività sancita dall'art. 282 c.p.c. Tale articolo, come è noto, sancisce che “la sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti”. Secondo una interpretazione restrittiva della norma, solo le sentenze di condanna sono esecutive prima del loro passaggio in giudicato, in quanto idonee per loro natura a costituire titoli esecutivi. Per di più si è ritenuto che le sentenze dichiarative e costitutive acquistino esecutività anticipata sia per espressa previsione di legge, che qualora ad esse acceda una statuizione di condanna, in forza della riferibilità della statuizione di primo grado alla pronuncia di condanna, indipendentemente dalla sua accessorietà³⁵. È vero anche che in sede di merito e di legittimità è stata sostenuta fortemente la tesi contraria, secondo la quale tutte le pronunce di condanna accessorie e consequenziali, sono inidonee a costituire titolo esecutivo, fino a quando la pronuncia principale di accertamento o costitutiva non acquisti efficacia.

Tuttavia l'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità attenua le sfumature di regime giuridico tra sentenze di condanna, dichiarative e costitutive per quanto attiene all'esecutività. La più nitida espressione di codesto *revirement* è formulata nella sentenza della Cassazione 3 settembre 2007, n. 18512.

Il concetto cardine espresso da tale pronuncia è che le sentenze dichiarative e costitutive sono provvisoriamente efficaci tra le parti, salvo che la legge disponga altrimenti. In particolare nel nostro ordinamento non vige alcun principio in forza del quale alla sentenza costitutiva non possano conseguire effetti prima del passaggio in giudicato. Inoltre non si spiega il motivo per il quale in determinate ipotesi la legge preveda espressamente che alcune sentenze esecutive acquistino efficacia solo dopo il passaggio in giudicato. Si pensi a tal riguardo alle decisioni in materia di *status*, divorzio, querela di falso. Tuttavia l'aspetto cruciale del ragionamento della

³⁴ ARISTOTELE, *Metafisica*, a cura di Carlo Augusto Viano, Torino, Utet, p. 314, 1117 b. 10-25.

³⁵ Si precisa che tale principio è affermato dalla Corte Suprema, in relazione ad una fattispecie di opposizione a precetto inerente il pagamento delle spese di lite accessorie ad una pronuncia di primo grado di rigetto di una domanda: Cass. 10 novembre 2004, n. 21367 – Conforme: Cass., 3 agosto 2005, n. 16262; Contra: Cass., 12 luglio 2000, n. 9236.



Corte Suprema verte sull'infondatezza della tesi che non riconosce alle sentenze costitutive e di mero accertamento la produzione di effetti prima del passaggio in giudicato. Del resto, ai sensi dell'art. 2909 c.c., ad ogni statuizione di accertamento deve riconoscersi una determinata efficacia. Per quanto riguarda le sentenze costitutive, esse presuppongono l'accertamento dei presupposti individuati dal legislatore per la produzione degli effetti sanciti dall'art. 2908 c.c. Dunque, visto che le sentenze costitutive contengono sempre un accertamento, se ad esse si accompagna una statuizione di condanna anche implicita, la giustificazione dell'esecutività di quest'ultima è la stessa che opera per la sentenza di condanna.

In definitiva il conflitto sull'estensione della provvisoria esecutività alle sentenze di mero accertamento e costitutive, appare in realtà priva di giustificazione, poiché l'art. 282 c.p.c. si riferisce ad ogni statuizione di condanna che abbia come presupposto un accertamento. Utilizzando le parole della Corte: "il senso della norma è che l'accertamento positivo del modo di essere dell'ordinamento, tanto se sia esercitata un'azione di condanna, quanto se sia esercitata un'azione costitutiva, giustifica la possibilità di utilizzare la sentenza come titolo esecutivo, se all'accoglimento di tale azioni si accompagni, come completamento della tutela sostanziale oggetto di esse, una statuizione condannatoria". È evidente a tal punto sottolineare che il principio della provvisoria esecutività delle sentenze di condanna non si evince dall'art. 282 c.p.c, ma dalla *ratio* dell'esecuzione forzata. Il discorso sull'esecutività ci conduce a riflettere sulla decisione quale atto produttivo di effetti, in altre parole sulla già richiamata efficacia.

Indubbiamente porre attenzione sull'efficacia, corrisponde a riferirsi ancora una volta al concetto di forza. È Hans Kelsen a soffermarsi in particolare su tale rilievo. Il suo ragionamento parte dal presupposto che la validità di un ordinamento giuridico dipenda dalla sua efficacia. Il nesso tra la validità e l'efficacia coincide al rapporto sussistente tra dover essere e essere. Tuttavia la realtà naturale non è identica alla realtà del diritto. "Come è impossibile nella determinazione della validità di astrarre dalla realtà, così è anche impossibile di identificare la validità con la realtà"³⁶. A tal punto, sostituendo il concetto di realtà, inteso come efficacia dell'ordinamento, con il concetto di forza, la questione del rapporto tra validità ed efficacia, assume le forme del rapporto cruciale tra diritto e forza.

Il diritto si fonda sulla forza, sopravvive per mezzo della forza, è costitutivamente orientato all'organizzazione della forza e nello stesso tempo tende a differenziarsi da essa. In modo analogo Kelsen spiega la non coincidenza tra validità ed efficacia dell'ordinamento giuridico. Tuttavia, se come premesso, la validità dell'ordinamento dipende dalla sua efficacia, la validità di una singola norma non è compromessa dal fatto della sua inefficacia. Come è noto la norma rimane valida, poiché inserita nella concatenazione di atti normativi di un ordinamento giuridico

³⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, p. 101.

Si fa altresì riferimento a H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina di diritto pubblico*, Napoli Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.



valido. Messo in evidenza il nesso tra validità ed efficacia è possibile addentrarsi nell'analisi della sentenza come atto normativo che incide sulla realtà fenomenica.

Come si è detto le azioni proponibili nel processo di cognizione sono in astratto riconducibili a tre tipi: di mero accertamento, di condanna, costitutive. La prima, mira a determinare, in caso di contestazione, il modo di essere di un determinato rapporto giuridico, dunque l'esistenza, nonché l'ampiezza di un diritto soggettivo. Essa si conclude con una sentenza dichiarativa, che si limita a constatare la piena conformità di una situazione di fatto ad una di diritto. L'esempio più lampante è la sentenza relativa ad una controversia tra proprietari confinanti che stabilisce il limite delle rispettive proprietà come coincidente con la recinzione esistente. In questo caso la forza della sentenza attesta semplicemente una concordanza tra un diritto e una realtà di fatto. L'effetto "costitutivo" risiede essenzialmente nell'estensione di una precisa disciplina giuridica ad una determinata situazione di fatto. A differenza della sentenza dichiarativa, la sentenza di condanna prende le mosse da una contrarietà della situazione di fatto ad una situazione di diritto, che è soggetta ad accertamento. La sentenza in esame è altresì connotata, da un elemento ordinatorio, in quanto è imposto alla parte soccombente di porre in essere un'attività, diretta a rimuovere la difformità, su cui l'azione si fonda. La condanna può avere ad oggetto un fare o non fare specifico o un dare. A titolo di esempio, se previa statuizione del limite di due proprietà in base ai titoli d'acquisto, il giudice intima alla parte soccombente la rimozione di una recinzione, che invade la porzione di terreno di cui la parte vincente è proprietaria, la sua decisione produce un effetto che palesemente trasforma la realtà fenomenica. In particolare la sentenza attiva la conformazione della situazione di fatto alla situazione giuridica. La controversa questione sulla natura della tutela apprestata dalla sentenza di accertamento e dalla sentenza di condanna è stata al centro di approfonditi studi e numerosi dibattiti. Supremo rappresentante della teoria più fondata del diritto processuale contemporaneo, Giuseppe Chiovenda sottolinea come non sia opportuno affermare che la sentenza di condanna "ordina" e la sentenza di accertamento "accerta", in quanto ogni sentenza di condanna contiene un accertamento e ogni sentenza di accertamento esterna la volontà di legge, più specificamente un comando. A parere del giurista la linea di demarcazione tra la natura della tutela di accertamento e quella di condanna deve essere ricondotta al legame tra le sentenze di accertamento e di condanna con l'esecuzione forzata. Del resto l'accertamento è stimato come la specifica forma di tutela concernete quei diritti che non esigono una prestazione da parte dell'obbligato. Precisa Chiovenda: "l'azione è di puro accertamento se mira ad effetti diversi dal conseguimento attuale o futuro della prestazione dovuta [...], è di condanna, se mira alla prestazione."³⁷ Nondimeno da ciò non deriva la regola generale per cui ad ogni sentenza di condanna segua l'esecuzione forzata, stante l'autonomia del giudizio di cognizione, né che alla sentenza di accertamento possa riconoscersi o viceversa negarsi efficacia di titolo esecutivo, qualora si verifichi un disaccordo con la controparte. Piuttosto l'aspetto cru-

³⁷ *Ivi*, p. 85.



ziale della questione in esame risiede nella considerazione che alla sentenza di accertamento può seguire esecuzione, che però non corrisponde alla surrogazione della prestazione dell'obbligato³⁸.

A tal punto è necessario evidenziare che, sia la sentenza di puro accertamento, che la sentenza di condanna producono, per utilizzare l'espressione di Chiovenda, "un nuovo giuridico". Invero, sia nell'attestazione autoritativa, che nell'ordine di prestazione si realizza l'imprescindibile componente costruttivistica del diritto. In particolare è bene riflettere, in maniera più approfondita, sull'effetto costitutivo della sentenza dichiarativa, che rimane perlopiù occultato. Da un lato deve notarsi che la decisione non influenza l'esistenza o la non esistenza di un rapporto giuridico, dall'altro però deve ammettersi che il riconoscimento di un determinato rapporto giuridico è decretato proprio dalla dichiarazione formulata nella sentenza. È vero che il rapporto non è altro da quello dichiarato, ma altresì, che considerare come esistente un rapporto giuridico non dichiarato dal giudice e viceversa, costituisce un'impossibilità logico-giuridica³⁹. La potenza della decisione giudiziaria risiede proprio nello scarto che vi è tra effettiva esistenza di un rapporto e l'affermazione della sua esistenza da parte di un organo giudiziario, formulata in base a determinate procedure. In altre parole il "nuovo giuridico" della sentenza sta nel conferimento di legittimità ad una data situazione giuridica. Dunque, da un certo punto di vista, la decisione incontrovertibile costruisce la realtà, anche se si limita semplicemente a riconoscere uno stato di fatto.

Tra le tipologie di sentenze deve essere menzionata, come anticipato, la sentenza costitutiva, disciplinata dall'art. 2908 c.c.

Ai sensi del suddetto articolo l'autorità giudiziaria può costituire, modificare o estinguere una situazione giuridica soggettiva. A differenza delle sentenze di accertamento, la sentenza costitutiva informa un determinato rapporto giuridico e ove necessario richiede l'adeguamento di una situazione di fatto al nuovo modo di essere della situazione di diritto. L'effetto originario di questo tipo di pronuncia corrisponde alla modificazione di un rapporto giuridico, con efficacia *ex nunc*.

Essa produce l'evento cui è diretta, senza necessità di successivi atti di esecuzione. Tale aspetto la distingue dalla sentenza di condanna. Quest'ultima, infatti, fonda e legittima il mutamento coattivo di una determinata situazione di fatto, conformandola al diritto.

Come emerge dalla trattazione, l'effetto costitutivo, reso palese nella sentenza costitutiva, opera in tutte le sentenze già menzionate, seppur si estrinsechi in forme differenti.

8. – La decisione dunque è imprescindibile da un momento costruttivistico. In altri termini una particolare costituzione del mondo si innesta nell'ordine sociale, che a sua volta è il risultato

³⁸ *Ivi*, p. 86.

³⁹ *Ivi*, nota 75, p. 100.



di una continua opera di costruzione di differenze. Si può affermare invero che la decisione si inserisce in un reticolato di “schemi incorporati”, formati nel ciclo della storia, che vengono poi inglobati nel corso della storia individuale e che funzionano in “forma pratica e per la pratica (e non ai fini di pura conoscenza).”⁴⁰.

Del resto, come nota, Pierre Bourdieu, da un lato, la conoscenza stessa del mondo sociale corrisponde ad un atto di costruzione, che mette in relazione schemi di pensiero e di espressione, dall’altro “tra le condizioni di esistenza e le pratiche o le rappresentazioni si interpone sempre l’attività strutturante dei soggetti, i quali, lungi dal reagire in modo meccanico a stimoli puramente meccanici, rispondono invece ai richiami e alle minacce di un mondo di cui hanno anch’essi contribuito a produrre il senso”⁴¹. In altre parole nel momento in cui gli individui conoscono il mondo contribuiscono a costruirlo. Ma vi è dell’altro. In particolare le strutture cognitive utilizzate dai soggetti per esplorare il mondo sociale costituiscono strutture sociali incorporate. Se si presuppone, partendo da una condotta “ragionevole”, una conoscenza pratica del mondo sociale, non può mettersi in dubbio che essa attivi “forme di classificazione”, più precisamente “forme simboliche”, relative a “schemi storici di percezione e di valutazione”, che sono il risultato di una divisione oggettiva in classi. Dunque i processi di divisione sono lo strumento e il risultato attraverso il quale vengono incorporate le strutture fondamentali di una società. I criteri di divisione sono condivisi dall’insieme dei membri di un’aggregazione sociale; senza la condivisione di schemi di percezione fondamentali, oggettivati, in coppie di aggettivi contrapposti, non sarebbe possibile la configurazione di un mondo comune dotato di senso. Insomma la conoscenza del mondo fenomenico è strutturata su distinzioni di distinzioni, per cui la contrapposizione fondamentale sostiene la contrapposizione di secondo, terzo, quarto tipo. Tale discorso è utilizzato da Bourdieu ai fini dell’affermazione della sua tesi principale: l’efficacia ideologica di ogni contrapposizione apparentemente più insignificante della grande mitologia sociale dipende e rimanda in maniera più o meno manifesta alle fondamentali contrapposizioni dell’ordine sociale: quella tra dominati e dominanti, che poggia sulla divisione del lavoro⁴².

Così si delineano due gruppi: da un lato, il gruppo che produce schemi di classificazione e, dall’altro, il gruppo dei soggetti contro cui vengono prodotti. Tuttavia deve essere notato che tale teoria può essere condivisibile in base ad un approccio sincronico. Invero da un punto di vista diacronico le cose si complicano. Le coppie dicotomiche che compongono la multiforme macchina sociale non assumono mai una posizione fissa; i ruoli del dominante e del dominatore si invertono in relazione ai più vari contesti di riferimento. In tale scenario il sistema giuridico si erge a sistema che produce forme classificatorie in base a schemi di classificazione. Ma vi è di più. Il diritto è il sistema di classificazione oggettivato e istituzionalizzato per eccellenza, che si

⁴⁰ P. BOURDIEU, *La distinzione*, Bologna, il Mulino, a cura di Marco Santoro, traduzione di Guido Viale, 1983, p. 467.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ivi*, p. 470.

JUS CIVILE



interpone tra gli abituali schemi di percezione e valutazione, consacrato dalla sua forza. La sua peculiarità rispetto ad altri sistemi di classificazione risiede nella codificazione degli schemi di produzione del suo ordine e nella evidente semplificazione delle reti decisionali su cui è strutturato. La polimorfia dell'ambiente sociale viene inglobata e trasformata in nuovi schemi di classificazione: distinzioni di distinzioni che conferiscono al sistema giuridico una forma specifica. La sua conservazione è garantita non solo dalla prevedibilità dei procedimenti decisionali, che statuiscono chi deve decidere e come si deve decidere, ma anche da quel potere simbolico, di cui parla Bourdieu “di far vedere e di far credere”⁴³, che si impone alle strutture mentali e nello stesso tempo promana da esse.

ABSTRACT

This essay analyses the “law” from the point of view of the “decision”, trying to demonstrate that it represents the corner stone of the legal order. Actually the legal system can be described as a set of decision making circuits, aimed to settle litigations. That is why this work is built around the definition of final judgment, according to article 2909 of the Italian Civil Code, focusing the attention, at the same time, on the Aristotelian concept of κρισις. Finally it is shown how each judgment leads to the creation of a reality made of a series of relationships already codified.

⁴³ *Ivi*, p. 485.