

## Introduzione

---

Il giudice amministrativo, al pari di qualsiasi altro organo giurisdizionale, al fine di emettere la sua decisione, deve previamente analizzare e, se del caso, risolvere una serie di questioni pregiudiziali<sup>1</sup>. Esse possono riguardare il rito oppure il merito della causa e sono state classificate dalla dottrina in “tre grandi gruppi”<sup>2</sup>: le pregiudiziali relative all’ordinato svolgimento del processo, che, se risolte positivamente, determinano una declaratoria di rito ostativa all’esame della controversia per irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso; quelle che mirano a sottrarre la *potestas iudicandi* al giudice amministrativo, in quanto privo di giurisdizione o di competenza; le pregiudiziali direttamente incidenti sulla fondatezza, o meno, della pretesa dedotta in giudizio.

In tale ultima categoria si fanno tradizionalmente rientrare sia le questioni di costituzionalità e interpretative di norme comunitarie, devolute, secondo la logica del c.d. *ruling* accentrato, alla Corte Costituzionale e alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sia le pregiudiziali amministrative e penali, sia le questioni cui si riferisce l’art. 8 c.p.a., che attualmente rappresenta l’unica fonte di disciplina, almeno diretta, del fenomeno della pregiudizialità a livello processuale amministrativo. Ivi è sancito che «Il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione esclusiva conosce, senza effica-

---

<sup>1</sup> L’affermazione necessita di essere precisata, poiché non è possibile escludere che in sede processuale emergano solo “punti” pregiudiziali. Essi, al pari delle questioni pregiudiziali, implicano un previo esame giudiziale, ma, a differenza delle questioni pregiudiziali, si manifestano in assenza di contestazione. In altri termini, qualora la serie di affermazioni proposte dal ricorrente, fra loro logicamente concatenate e finalizzate a una determinata soluzione prospettata al giudice investito della causa, non risultino in alcun modo poste in discussione, emergeranno esclusivamente punti pregiudiziali, ossia “antecedenti logici non controversi”. Si tornerà a più riprese sulla fondamentale distinzione tra punti, questioni e cause pregiudiziali, i “tre gradi ascendenti” della pregiudizialità nel processo. In tal senso v. G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 1158, sulla scia di F. Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1904, rist. 1963, 137 ss.

<sup>2</sup> F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 406.

cia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale (comma 1). Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso (comma 2)».

In tale articolo sono trasfuse le disposizioni dettate dall'art. 8 della legge istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali (l. 6 dicembre 1971, n. 1034) e, ancor prima, dall'art. 28 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato (r.d. 26 giugno 1924, n. 1054). Le modifiche appaiono del tutto marginali, anzi si potrebbe dire inconsistenti. Se, dunque, si considerasse semplicemente detta continua ripetizione normativa, che non ha di certo stimolato il dibattito sulla pregiudizialità nel processo amministrativo, dovrebbe ritenersi del tutto giustificato il pressoché totale disinteresse manifestato in tema dalla scienza processualamministrativistica italiana.

Per trovare un'esauriente trattazione dell'argomento, si deve infatti risalire fino al 1958, anno in cui venne pubblicata la monografia di Alberto Romano intitolata "La pregiudizialità nel processo amministrativo".

Si tratta di un'opera unanimemente ritenuta di importanza fondamentale<sup>3</sup>. E tale impressione è di certo condivisibile, sia in ragione dello spessore del Giurista che l'ha redatta, al quale la stessa letteratura civilprocessualistica si presentava scarna, sia perché rimasta unica nel suo genere nel panorama dottrinario, affollato di contributi riguardanti la tematica della pregiudizialità fra azioni, ma carente in punto di studio dell'istituto nella sua forma di manifestazione classica.

Eppure la pregiudizialità assurge a snodo cruciale nell'esperienza di qualsiasi processo. Per rendersi conto di ciò, sarebbe sufficiente riflettere sul fatto che in essa confluisce la complessa problematica dei limiti oggettivi della *res iudicata*. Spesso non è affatto agevole individuare, in concreto, cosa rappresenti oggetto di "accertamento" piuttosto che di semplice "cognizione" giudiziale<sup>4</sup> e, dunque, stabilire quale sia il tipo di efficacia da riconoscere alla soluzione delle questioni pregiudiziali, talvolta ricondotte all'elemento imperativo anziché logico della sentenza.

Che, poi, il problema dell'estensione del giudicato alle questioni pregiudiziali sia tutto fuorché l'unico in cui è dato imbattersi, soprattutto sul versante

---

<sup>3</sup> Si veda, per tutti, C.E. Gallo, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XXX, Roma, 1991, 2.

<sup>4</sup> Si avrà modo di rilevare diffusamente che la dicotomia "accertamento" - "cognizione" costituisce uno dei capisaldi di qualsiasi opera che intenda approfondire lo studio della pregiudizialità processuale.

del diritto processuale amministrativo, è confermato dal fatto che gli esigui contributi rinvenibili in argomento dimostrano di considerare quello della pregiudizialità, essenzialmente, un problema di discriminazione fra giurisdizioni<sup>5</sup>.

In realtà, la circostanza per cui la questione pregiudiziale insorta nel giudizio amministrativo non esclusivo abbia ad oggetto “diritti”, sia tale, cioè, che andrebbe naturalmente sottoposta all’autorità giudiziaria civile, costituisce il tratto più appariscente del fenomeno, ma, in sé considerata, è incapace di fondare una ricostruzione che si ponga come obiettivo quello di elaborare una teoria della pregiudizialità di più ampio respiro, idonea a ricomprendere, per esempio, le ipotesi in cui le questioni pregiudiziale e pregiudicata appartengano al medesimo giudice o, comunque, a giudici appartenenti al medesimo plesso giurisdizionale.

Peraltro, anche la persistente riserva di giurisdizione ordinaria sulle cause di stato e capacità personali, nonché di falso documentale, che nella prospettiva testé indicata avrebbe sicuramente potuto stimolare occasioni di studio, dà luogo a tutta una serie di problematiche inevase.

È proprio da tale ingiustificata, marcata, trascuratezza di approfondimento<sup>6</sup> che muove questo studio, diretto a indagare un tratto peculiare del fenomeno *de quo*: la pregiudizialità civile nel processo amministrativo, cui sono appunto dedicate le disposizioni legislative sopra richiamate.

Il primo obiettivo che si ha di mira, dunque, è quello di fare chiarezza su un istituto poco indagato, denso di gravi incognite e incertezze in grado di ingenerare equivoci che, in definitiva, si riflettono negativamente su quanto ha da sempre alimentato gli studi degli istituti di giustizia amministrativa, vale a dire l’esigenza di incrementare l’effettività della tutela giurisdizionale.

La trasformazione in senso democratico del nostro ordinamento e la sua integrazione con quello europeo non consentono di lasciare senza una risposta soddisfacente la richiesta di giustizia nei confronti dell’amministrazione pub-

---

<sup>5</sup> Tale rilievo – che valeva al tempo in cui vide la luce l’importante monografia di Alberto Romano (cfr. *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 2) – è valido ancora oggi e si basa sul criterio che nel nostro ordinamento fonda il riparto giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo, costruito sulla natura della situazione giuridica soggettiva (di diritto o di interesse legittimo) dedotta in giudizio (c.d. criterio della *causa petendi o petitum* sostanziale).

<sup>6</sup> Espressamente censurata già da A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 2: «Non sembra che si possa in alcun modo giustificare la marcata trascuratezza che l’argomento della pregiudiziale ha trovato nella dottrina del processo amministrativo: una approfondita elaborazione del tema, infatti, da un lato postula un completo ripensamento di alcuni punti fondamentali dell’intero processo amministrativo, dall’altro costituisce essa stessa un elemento di fondamentale importanza per un affinamento di tale teoria».

blica, così come non giustificano una passiva accettazione dell'insufficienza caratterizzante le garanzie giurisdizionali<sup>7</sup>.

Proprio il riferimento al principio di effettività della tutela rappresenta il *trait d'union* fra l'esperienza del diritto europeo e quella della giustizia amministrativa. Un principio, come noto, che attualmente trova espresso riconoscimento sia negli artt. 24 e 113 Cost., con tale ultima norma che assolve una funzione "propulsiva", cioè di indirizzo del legislatore verso l'abolizione di ogni possibile, ingiustificata, limitazione degli strumenti di tutela di cui il cittadino dispone nei confronti dell'amministrazione<sup>8</sup>, sia negli artt. 6 e 13 CEDU, nell'art. 19, par. 2, TUE e negli artt. 41 e 47 della Carta di Nizza allegata al TUE e al TFUE, siglati a Lisbona nel 2009 e ratificati da tutti gli Stati membri dell'Unione Europea.

La stessa norma di apertura del codice del processo amministrativo recita che «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

Tali previsioni, e più in generale quelle del Libro I, cristallizzano le finalità della codificazione enunciate dall'art. 44, comma 1, della l. 18 giugno 2009, n. 69, consistenti nell'adeguamento della normativa processuale amministrativa alla giurisprudenza costituzionale e delle giurisdizioni superiori, nel relativo coordinamento con le norme del codice di procedura civile espressione di principi generali, nell'esigenza di assicurare la concentrazione delle tutele. Canone, quest'ultimo, che il cardine dell'intera impalcatura codicistica, l'art. 7 (comma 7), pone a presidio del summenzionato principio di effettività<sup>9</sup>, con evidenti ripercussioni sul canone del giusto processo, nell'accezione di processo a ragionevole durata.

In una prospettiva tesa alla valorizzazione della tutela giurisdizionale, che, onde apparire effettiva, deve manifestarsi rapida e concretizzare un sindacato pieno degli interessi, pubblici e privati, dedotti in giudizio, bisognerà procedere a un'attenta perimetrazione del contenuto dell'art. 8 del Codice che dia conto, in modo elaborato e critico, delle possibili problematiche ad esso correlate; verificare quali siano le ripercussioni sul giudizio amministrativo determinate dalla contemporanea pendenza di una causa concernente questioni pregiudiziali su "diritti"; vagliare la ragionevolezza delle "autolimitazioni" giurisprudenziali al potere di cognizione incidentale riconosciuto al magistrato amministrativo da quella norma.

---

<sup>7</sup> Il concetto è chiaramente espresso da A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, vol. I, Padova, 2000, 1 s.

<sup>8</sup> Così, ancora, A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione*, cit., 6.

<sup>9</sup> Ai sensi dell'art. 7, comma 7, c.p.a. «Il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi».

Tali aspetti saranno trattati nella parte del lavoro riguardante l'esegesi delle vere e proprie "regole" dettate dal menzionato art. 8, le quali, nel sancire che le questioni pregiudiziali su diritti sono ordinariamente, ossia anche al di fuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva, risolte dal giudice amministrativo in via meramente incidentale ai fini della pronuncia sulla lite sottoposta al suo esame, si uniformano al contenuto dell'art. 34 c.p.c., a tenore del quale «Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui». Entrambe le norme, cioè, presuppongono la distinzione tra questioni pregiudiziali ed estensione del giudicato, nel senso che le prime non sono generalmente riguardate dal secondo.

Già da queste primissime riflessioni si è in grado di cogliere in quale grande misura la costruzione della teoria della pregiudizialità sia riguardata dall'intera teoria del processo e contribuisca a definirla.

Le figure evocate dagli artt. 34 c.p.c. e 8 c.p.a., semplici all'apparenza, si collocano al crocevia di valori che rivestono un'importanza cruciale nella sistemica processuale. I problemi sottesi all'individuazione dei limiti della pregiudizialità, dell'oggetto del giudizio e, quindi, la perimetrazione dell'accertamento rilevante ai fini della formazione della cosa giudicata rappresentano altrettanti aspetti di un unico "problema"<sup>10</sup>, cosicché non potrebbe affrontarsene uno senza indagare gli altri<sup>11</sup>.

In tutte queste implicazioni consiste l'elevato interesse che la tematica è in grado di suscitare e, al contempo, le oggettive difficoltà rinvenibili nel suo studio. Difficoltà che, in larga misura, riflettono la molteplicità degli angoli visuali che consentono di approcciare alla pregiudizialità, suscettibile di essere indagata in una prospettiva squisitamente processuale, incentrata sull'analisi del ragionamento che conduce ogni magistrato a pronunciare sentenza, così come dal punto di vista del rapporto fra il c.d. nesso di pregiudizialità e il piano del diritto sostanziale.

Entrambe tali prospettive, che si completano vicendevolmente in considerazione della rilevanza anche extra-processuale della pregiudizialità<sup>12</sup>, verranno

---

<sup>10</sup> A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 403.

<sup>11</sup> In tale ottica A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 404, afferma che «gli stessi problemi del contenuto dell'oggetto del giudizio e dei limiti oggettivi del giudicato non hanno una propria specificità, ma, al contrario, si risolvono entrambi in quello dei limiti della pregiudizialità».

<sup>12</sup> Ancora A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 21 e 187 ss., pone in evidenza che «il nesso di pregiudizialità che si manifesta nel corso del processo talvolta non è altro che un mero riflesso di una connessione tra rapporti, tra entità giuridiche, il quale trova altrove le sue radici, e che si svolge anzitutto sul terreno del diritto sostanziale».

no impiegate nel corso del lavoro. Data la complessità del fenomeno, infatti, sarebbe riduttivo assumere *a priori* sia che la pregiudizialità si esaurisca in una mera antecedenza logico-formale da esaminare negli stringenti limiti del ragionamento giudiziale, sia che la relazione di dipendenza fra rapporti giuridici di diritto sostanziale, preesistente al processo, vedrebbe proprio nel processo l'occasione per manifestarsi compiutamente.

All'obiettivo già dichiarato se ne aggiunge uno ulteriore, che sarà sviluppato nella parte finale del lavoro in un'ottica proiettata non tanto a reinterpretare in chiave critica profili di un fenomeno sostanzialmente inesplorato, quanto piuttosto a vagliare il perché di talune lacune che continuano a caratterizzare la legislazione vigente, al precipuo scopo di verificare se il nostro ordinamento abbia definitivamente imboccato la strada che conduce verso il completamento delle garanzie giurisdizionali del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

In tale ottica, si esamineranno i limiti e le ragioni che hanno indotto il legislatore a confermare fra le pieghe dell'art. 8, comma 2, c.p.a. alcune previsioni eccezionali rispetto alle regole dettate dal primo comma, le quali sembrano configurare, in un sistema giustiziale teso all'accertamento del fatto<sup>13</sup>, niente più di un semplice "omaggio alla tradizione"<sup>14</sup>.

Il riferimento è alla già contemplata riserva di giurisdizione civile sulle cause pregiudiziali di stato e capacità personali e di falso documentale, la quale reca una vistosa deroga al principio di separazione dei processi, anche detto di autoreferenzialità o autonomia della giurisdizione amministrativa<sup>15</sup>. Proprio in materia di pregiudizialità di falso si registra un recente e perentorio arresto della giurisprudenza costituzionale<sup>16</sup> che, tuttavia, non solo appare in controtendenza con talune indicazioni che già da qualche anno provengono direttamente dalla Consulta, indirizzate alla valorizzazione del principio di concentrazione delle tecniche di tutela, ma, soprattutto, dimostra di non considerare adeguatamente il riferimento a taluni principi e criteri direttivi fissati dall'art. 44 della legge delega n. 69/2009 che il Governo era tenuto a rispettare nel riassetto della normativa previgente.

---

<sup>13</sup> Sulla "forza normativa" del fatto, come indice di coordinamento delle scelte amministrative e come parametro di valutazione e di decisione giudiziale, si veda G. Abbamonte, *Completezza ed effettività della tutela giurisdizionale secondo gli artt. 3, 24, 103 e 113 della Costituzione*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, vol. I, Modena, 1996, 43.

<sup>14</sup> Così F.G. Scoca, *Considerazioni sul nuovo processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2011, che, per l'esattezza, parla di "patetico omaggio alla tradizione".

<sup>15</sup> Cfr. per tutti V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 783 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2000, 203 ss.

<sup>16</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte Cost., 11 novembre 2011, n. 304, di cui si darà ampiamente conto nel corso di questo studio.

Gli obiettivi così delineati si rivelerebbero, però, troppo ambiziosi se non venissero previamente analizzati a fondo i lineamenti generali della pregiudizialità, le sue origini, le sue ricostruzioni teoriche e pratiche, non di rado descritte al lume degli approfondimenti svolti dalla dottrina processualcivilistica<sup>17</sup> in relazione al summenzionato art. 34 c.p.c., che in punto di studio del fenomeno in analisi preserva un'importanza fondamentale per molteplici ragioni.

In primo luogo, come anticipato, il tema della pregiudizialità – in disparte il contributo monografico di Alberto Romano – non è mai stato realmente affrontato dalla dottrina amministrativistica. Pertanto, se è già possibile convenire sul fatto che molti degli studi svolti nell'ambito del processo civile possono risultare di grande aiuto nello sviluppo di quello amministrativo, data la progressiva assimilazione dei due modi di manifestazione della funzione giurisdizionale<sup>18</sup>, in relazione al nostro campo di indagine tale considerazione assume una valenza anche più accentuata. Di tutte le problematiche sottese all'istituto della pregiudizialità giuridica la giurisdizione amministrativa è tributaria di quella civile e della relativa elaborazione dogmatica<sup>19</sup>.

In secondo luogo, come parimenti osservato, il contenuto delle previsioni di cui agli artt. 34 c.p.c. e 8 c.p.a. è sostanzialmente analogo nel presupporre la

---

<sup>17</sup> Nella parte introduttiva della Sua opera, Alberto Romano dedica particolare attenzione al «problema del metodo» (*La pregiudizialità*, cit., 14). L'insistenza con cui Romano ritorna su tale concetto discende direttamente dalla circostanza per cui, sebbene nella prima parte del lavoro il fenomeno della pregiudizialità venga trattato attraverso un ampissimo ricorso a schemi, esempi, massime giurisprudenziali di origine processualcivilistica, d'altro canto, la stessa esperienza del processo civile in punto di studio della pregiudizialità si presentava in quel tempo assai scarna. L'unica monografia in lingua italiana d'ampio respiro sul tema era quella di Francesco Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, un lavoro che lo stesso Romano reputa una «sistemazione dogmaticamente soddisfacente dell'argomento (...), di una modernità notevole, la quale spiega anche la grande influenza che la monografia ebbe sulla dottrina posteriore». Si vedrà diffusamente, soprattutto nella prima parte di questa trattazione, come la citata monografia di Menestrina abbia segnato in maniera decisiva l'istituto della pregiudizialità processuale. L'insegnamento di Menestrina, infatti, è stato integralmente recepito dalla dottrina chiovendiana sugli accertamenti incidentali, finendo per plasmare l'art. 34 c.p.c.

<sup>18</sup> L'allineamento del processo amministrativo a quello civile, come emergerà a più riprese, non è desumibile alla stregua del diritto vigente. Permane, infatti, una diversità ontologica fra i due tipi di contenzioso che riflette la diversità strutturale delle situazioni – che evidentemente non significa subordinazione delle une rispetto alle altre – generalmente sindacate nei due plessi: quelle di interesse legittimo, che si relazionano a forme di potere pubblico autoritativo, e quelle di diritto soggettivo, a fronte delle quali si rinvencono doveri/obblighi.

<sup>19</sup> È quanto viene rilevato anche da A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., spec. 44, là dove si afferma che «le difficoltà di esegesi dell'art. 34 cod. proc. civ. sono, in definitiva, le stesse che (...) si incontrano in sede di interpretazione dell'art. 28 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato».

distinzione tra questioni pregiudiziali e limiti oggettivi del giudicato. In tal senso comunemente si afferma che l'oggetto del giudizio inizia dove si arresta la pregiudizialità<sup>20</sup>, sebbene l'affermazione sia condivisa solo in linea di principio, come dimostrato dalla progressiva emersione di interpretazioni inclini a distinguere due forme di pregiudizialità: "tecnica" e "logica", con quest'ultima destinata a interferire con l'area dell'accertamento che fa stato ai sensi dell'art. 2909 c.c.<sup>21</sup>.

In terzo luogo, si avrà modo di precisare la rilevanza anche dell'art. 34 c.p.c. sul piano interno *ex* art. 39, comma 1, c.p.a.<sup>22</sup>. Il riferimento al codice di procedura civile, come fonte di integrazione e chiusura del sistema di giustizia amministrativa, si rivela essenziale ai fini dello studio dell'istituto della pregiudizialità.

Le considerazioni che precedono vogliono rappresentare la giustificazione delle ragioni che si pongono alla base dell'impostazione accolta per affrontare l'analisi del proteiforme fenomeno della pregiudizialità civile nel processo amministrativo. Impostazione che si è ritenuto opportuno precisare nelle sue linee essenziali sin dalle battute introduttive anche per fugare il dubbio di un appiattimento sulle "discutibili mode privatistiche di questi ultimi lustri"<sup>23</sup> che hanno caratterizzato lo studio del diritto amministrativo. Ogni approfondimento concernente regole relative alla procedura civile, su tutte quelle delineate dall'art. 34 del codice, possiede una precisa ragion d'essere nell'economia di questo lavoro, presentandosi al contempo valido, o quanto meno indicativo, per lo studio dell'istituto in esame.

---

<sup>20</sup> Questo è limite "finale" della pregiudizialità processuale, la cui individuazione è agevole solo da un punto di vista definitorio. Laddove si volesse inquadrare il relativo limite "iniziale", dovrebbe invece guardarsi alla prima affermazione del ricorrente suscettibile di essere posta in discussione, ossia al primo antecedente logico passibile di contestazione, in quanto tale idoneo a divenire questione pregiudiziale: in senso analogo v. C.E. Gallo, *Questioni pregiudiziali*, cit., 2, che ricollega le obiettive difficoltà di individuazione di tale limite alla libertà del ricorrente nella articolazione delle proprie argomentazioni.

<sup>21</sup> Almeno secondo le "moderne" teorizzazioni della pregiudizialità processuale.

<sup>22</sup> In base al quale «Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

<sup>23</sup> Così M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 144.



PARTE I

# **Evoluzione storica e profili teorici dell'istituto della pregiudizialità**

---



## CAPITOLO I

# Il “problema” della pregiudizialità in prospettiva storica e comparata

---

SOMMARIO. 1. Le origini (incerte) della pregiudizialità giuridica. – 2. La pregiudizialità come fenomeno rilevante sul piano della logica. – 3. *Segue*. Schema del sillogismo e tendenze revisioniste. – 4. Attività di cognizione e attività di accertamento: punti, questioni e cause pregiudiziali. – 5. La pregiudizialità fra questioni nel prisma della comparazione. – 6. La pregiudizialità fra questioni nel dibattito dottrinario. – 7. *Segue*. La rilevanza degli artt. 34 c.p.c. e 8 c.p.a. sul piano del giudicato.

### 1. *Le origini (incerte) della pregiudizialità giuridica*

Il primo nucleo della disciplina giuridica della pregiudizialità, rinvenibile già nel diritto romano, rappresenta la migliore testimonianza del fatto che le incertezze caratterizzanti le origini dell’istituto discendono dallo stesso etimo “pregiudizialità”, il quale ha da sempre dimostrato di possedere una straordinaria polivalenza semantica.

Nel diritto romano, il termine *praeiudicium* indica, in una prima accezione, ogni circostanza idonea a influenzare il giudice nella valutazione dei fatti sui quali è chiamato a pronunciare sentenza. Numerosi passi ciceroniani<sup>1</sup> attestano che il *praeiudicium* poteva essere di qualunque genere: di ordine politico, processuale, tratto da giudizi resi su controversie altrui o proprie, desunto da atti e dichiarazioni di volontà, così come dalla personalità morale di un soggetto.

In alcune importanti fonti retoriche, peraltro, il *praeiudicium* viene inquadrato fra le *probationes artificiales*<sup>2</sup> e, in tal senso, indica una previa sentenza

---

<sup>1</sup> Cfr. B. Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1871, 249 ss.

<sup>2</sup> Cfr. Quintilianus, *Institutio oratoria*, V, 1. In particolare, Quintiliano attribuisce al *praeiudicium* il primo posto fra i vari tipi di argomento che un avvocato deve allegare ai fini della difesa del proprio cliente. Per sua parte, Cicerone colloca il *praeiudicium* fra i mezzi di prova (*in re positae* o intrinseche): nell’elenco ciceroniano figuravano, infatti, «*tabulae, testimonia, quaestiones, pacta conventa, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa, reliqua ...*» (Cicero, *De oratore*, II,

potenzialmente idonea a condizionarne una successiva. Illuminante, in quest'ottica, un celebre passo tratto dall'*Institutio oratoria*, che definisce i *praeiudicia* «*res quae aliquando ex paribus causis sunt iudicatae, quae exempla rectius dicuntur*»<sup>3</sup>, arresti ai quali il giudice della causa posteriore non è tenuto ad adeguarsi, ma cui ottempera nella maggior parte dei casi<sup>4</sup>.

Con l'espressione *praeiudicium*, in sostanza, si indicava una mera influenza di fatto che non si trasformava in vincolo giuridico a pronunciare secondo la sentenza anteriore<sup>5</sup>. Il che risulta indirettamente confermato dalla circostanza per cui detta espressione non si trova mai impiegata allorché voglia riconoscersi un simile vincolo, come poteva essere quello prodotto dalla sentenza penale sul processo civile "pregiudicato".

Si deve però aggiungere che i giuristi romani progressivamente riconobbero come regola generale, pur senza isolarla concettualmente, la potestà del

116). È interessante osservare che, in molte sue orazioni, Cicerone tenta di rimediare alle ripercussioni sfavorevoli che precedenti giudiziari, o anche semplici fatti, potrebbero esercitare sul giudice, mettendo in dubbio l'onorabilità del suo cliente e rendendone più facile la condanna.

<sup>3</sup> Quintilianus, *Institutio oratoria*, V, 2. Il passo, parecchio significativo a dispetto della sua sinteticità, viene citato in questi termini da F. Menestrina (*La pregiudiziale nel processo civile*, cit., 2), nonché da J.W. Planck, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht*, Göttingen, 1844, 181, e T. Brackenhöft, *Die Identität und materielle Connexität der Rechtsverhältnisse*, Göttingen, 1839, 364. Più di recente, S. Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, 14, dato atto dell'originaria valenza del *praeiudicium* come «sentenza cui il giudice del secondo processo potrebbe conformarsi», pone l'accento sull'evoluzione caratterizzante la nozione, che passa progressivamente a indicare «ogni fatto che potesse servire da prova». In quest'ottica, il termine *praeiudicium* assume il significato di "prevenzione", "precedente", "pregiudicato", ossia concetti cui è minimo comune denominatore «un qualcosa di cronologicamente anteriore»: J. Triantaphyllopoulos, *Praeiudicium*, in *Labeo*, VIII, 1962, 88, il quale, peraltro, riconduce il *praeiudicium* alla categoria delle prove inartificiali. Per ulteriori approfondimenti in argomento, si veda G. Pugliese, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus*, 1960, 386 ss., spec. 398 ss.

<sup>4</sup> Quintiliano afferma che le decisioni anteriori vengono in genere confermate nel secondo processo, a meno che il primo giudice non abbia manifestamente sbagliato nel suo giudizio. Laddove così non fosse, detto giudizio sarà seguito perché nessun giudice vorrà, rendendo una pronuncia difforme, costituire un precedente che possa essere imitato da altri contro la sua stessa sentenza: «*confirmantur praecipue duobus: auctoritate eorum qui pronuntiaverunt, et similitudine rerum de quibus quaeritur; refelluntur autem raro per contumeliam iudicum, nisi forte manifesta in iis culpa erit; vult enim cognoscentium quisque firmam esse alterius sententiam, et ipse pronuntiaturus, nec libenter exemplum quod in se fortasse recidat facit*» (Quintilianus, *Institutio oratoria*, V, 2).

<sup>5</sup> Così F. De Marini Avonzo, *Praeiudicium*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, 541. In tale prospettiva si può rilevare che, in Germania, *Präjudiciensammlung* e *Präjudicatensammlung* sono sinonimi di "raccolta di sentenze" (T. Brackenhöft, *Die Identität*, cit., 365; J.W. Planck, *Mehrheit*, cit., 481), mentre in Austria la raccolta ufficiale delle decisioni supreme, ordinata con Decreto Sovrano 3 ottobre 1854, prende il nome di "Libro dei pregiudizi" (F. Menestrina, *La pregiudiziale nel processo civile*, cit., 2).

giudice investito della lite di conoscere tutti gli antecedenti logici necessari per la definizione della causa. Di essi la *formula* relativa al processo principale non recava alcuna esplicita menzione, pertanto la loro soluzione non trovava riscontro nella risposta al quesito contenuto nella *formula*, ma era certo che la definizione di tali questioni intervenisse prima della statuizione finale. Proprio tale consapevolezza indusse il pretore a disciplinare la "*connexitas causarum*", in una prima fase, mediante attività decretale o edittale, poi attraverso la regolazione dei principali casi pregiudiziali, da esaminare preventivamente onde addivenire alla pronuncia sulla questione principale.

È questa l'origine (pretoria) delle *formulae praeiudiciales*, anche dette *praeiudicia* o, nella terminologia giustiniana, *actiones praeiudiciales*. Si consideri, ad esempio, che il liberto non avrebbe potuto esperire azioni infamanti nei confronti del proprio patrono perché il pretore gliene avrebbe negate; poteva, tuttavia, sorgere una disputa sulle rispettive qualità di liberto e patrono, e allora per risolvere tale questione soccorreva il *praeiudicium an libertus sit*<sup>6</sup>, una *formula* dotata di sola *intentio*<sup>7</sup> utilizzabile nel corso della causa principale, da sospendere, ai fini della relativa decisione<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> «*Quotiens de hoc contenditur, an quis libertus sit, sive operae petantur sive obsequium desideretur sive etiam famosa actio intendatur sive in ius vocetur qui se patronum dicit sive nulla causa interveniat, redditur praeiudicium. sed et quotiens quis libertinum quidem se confitetur, libertum autem gaii se negat, idem praeiudicium datur. redditur autem alterutro desiderante: sed actoris partibus semper qui se patronum dicit fungitur probareque libertum suum necesse habet aut, si non probet, vincitur*» (Dig. 40.14.6, Ulpianus 38 ad ed.).

<sup>7</sup> «*Non tamen istae omnes partes (scil. formulae) simul inveniuntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur. Certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praeiudicialibus formulis, qualis est qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures*» (Gaius, *Institutiones*, IV, 44). Ad avviso di J.W. Planck, *Mehrheit*, cit., 188, la parte, mediante le *formulae praeiudiciales*, domandava una mera *pronuntiatio* che fungeva come punto di partenza per il giudice per un ulteriore procedimento finalizzato all'ottenimento di una condanna. In tal senso, si veda anche F. Menestrina, *La pregiudiziale*, cit., 3, il quale, peraltro, sottolinea che l'estensione delle *actiones praeiudiciales* variò notevolmente nel corso degli anni, tanto che la legislazione giustiniana la ridusse alla comprensione delle sole azioni di stato. Ulteriori approfondimenti in F. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1847, 19 ss.; O. Bülow, *De praeiudicialibus formulis*, Vratislaviae, 1859, 12 ss. Con particolare riguardo ai *praeiudicia* di stato, si veda E. Redenti, *Pluralità di parti nel processo romano*, in *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, Milano, vol. I, 1962, 83 ss. L'Autore, oltre a rilevare la carenza o, comunque, la difficoltà di rinvenire testi idonei ad agevolare lo studio del *praeiudicium*, afferma di non condividere la suddetta impostazione di Planck, successivamente ripresa anche da Menestrina, in base alla quale il *praeiudicium* (l'*actio praeiudicialis*) sarebbe funzionale alla mera fissazione di un *exemplum* su determinati dati di fatto, per l'eventualità di futuri giudizi sui medesimi dati. Tale opinione, a detta di Redenti (cfr. in particolare le note nn. 9 e 10 di p. 11) appare recisamente smentita dalle fonti, poiché ogniqualvolta è noto quale sia l'effetto dei *praeiudicia* «è fuor di dubbio che essi erano concessi dal magistrato edicente in funzione di legislazione in senso materiale».

<sup>8</sup> F. De Marini Avonzo, *Praeiudicium*, cit., 542, distingue due categorie di *praeiudicia*: quelli

Nel processo formulare romano, dunque, accanto alle *formulae* dove si combinavano *adiudicatio*, *condemnatio*, *demonstratio* e *intentio*, esistevano le *actiones praeiudiciales* munite di sola *intentio*, le quali, originariamente sprovviste di valore indipendente, nell'età classica assunsero carattere autonomo, divenendo proponibili a prescindere da un altro giudizio<sup>9</sup> allo scopo di ottenere una sentenza suscettibile di passare in giudicato.

Si tratta di un evento particolarmente significativo nell'evoluzione del termine *praeiudicium*, col quale s'inizia a intendere la «decisione del giudice anteriore che lega, e non più con soli vincoli morali, anche il posteriore»<sup>10</sup>. D'altro canto, nel linguaggio tecnico del processo romano, tale concetto indica, in una ulteriore accezione, l'autorità della *res iudicata* che preclude un secondo giudizio sullo stesso rapporto<sup>11</sup>.

---

aventi contenuto relativo a questioni di stato, fra i quali è possibile ricordare, oltre al *praeiudicium an libertus sit*, il *praeiudicium an filius sit* o *de partu agnoscendo* – «*Quid ergo, si quis post mortem patris nascatur avo superstite, in cuius potestate recasurus est, ut si ex filio eius susceptus probetur? videndum quid dici debeat. et certe probandum est cum avo praeiudicium de partu agnoscendo similiter agendum*» (Dig. 25.3.3.2, Ulpianus 34 ad ed.); «*Illud tenendum haec senatus consulta post mortem parentis cessare, si is supersit, in cuius potestate recasuri non sunt. quid ergo est? in petitione hereditatis, quam filius intendit, quaeretur, utrum ex eo natus sit cuius hereditatem petit an non. adeo hoc verum est, ut iulianus libro nono decimo digestorum scribat, si vivo patre redditum sit praeiudicium et antequam sententia feratur, pater decesserit, transeundum ad carbonianum edictum*» (Dig. 25.3.3.5, Ulpianus 34 ad ed.) – e quelli a contenuto patrimoniale, fra i quali spiccano, per ordine di importanza, i *praeiudicia an ex lege Cicereia, quanta dos sit* e *an iure bona venerint*.

<sup>9</sup> La ricostruzione accolta nel testo è confutata da M. Marrone, *Sulla funzione delle "formulae praeiudiciales"*, in *Jus*, 1960, 246 ss., il quale sostiene che, durante la stessa età classica, i *praeiudicia* continuarono a differenziarsi per il loro carattere incidentale e per il fatto di preservare natura ed efficacia pretoria, in quanto previsti e ammessi esclusivamente in vista della concessione di ulteriori provvedimenti.

<sup>10</sup> Così F. Menestrina, *La pregiudiziale*, cit., 4, il quale rileva che, per tale via, l'affermazione secondo cui la precedente decisione *est praeiudicium* si trasforma in quella secondo cui la medesima *facit praeiudicium*. Sul punto, si vedano già J.W. Planck, *Mehrheit*, cit., 192, e T. Brackenhöft, *Die Identität*, cit., 364. È bene precisare che, nella ricostruzione di Menestrina, la vera e propria equiparazione del *praeiudicium* al "danno" succede storicamente all'emersione delle c.d. *formulae praeiudiciales* e, precisamente, risale all'epoca medievale (p. 7): «Nel corso dell'evo medio anche la parola *praeiudicium* perde ogni traccia del suo originario significato. Continuando giù per la china nella quale ci apparve già nella legislazione giustiniana, essa passa a significare qualunque sorta di danno, prodotto da un qualunque avvenimento (...). Così pregiudizio è oggi sinonimo di danno, sia esso giuridico o patrimoniale o morale. La parola è passata dal vocabolario giuridico a quello comune: ma per via s'è tanto corrotta che dal suo presente significato ben pochi lumi possono venire allo studio cui tendiamo».

<sup>11</sup> M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *Ann. sem. giur. Università degli Studi di Palermo (AUPA)*, vol. XXIV, 1955, 271 s. e 511, osserva che il maggiore interesse dei compilatori di Giustiniano per il c.d. criterio della incontrovertibilità

Nell'economia del presente studio, è appena il caso di accennare ad un ulteriore istituto, sempre di matrice pretoria, in senso lato rilevante in tema di pregiudizialità: l'*exceptio praeiudicii*, un rimedio finalizzato a costringere l'attore a proporre una certa azione prima o al posto di un'altra. Così, il pretore poteva ordinare il previo esercizio dell'*hereditatis petitio* in luogo di altre azioni ereditarie concorrenti di contenuto minore (c.d. *exceptio quod praeiudicium hereditati non fiat*)<sup>12</sup> oppure costringere l'attore alla rivendicazione immobiliare in relazione all'*actio confessoria servitutis* (c.d. *exceptio quod praeiudicium fundo partive non fiat*)<sup>13</sup>.

Non è affatto agevole classificare in modo unitario tutti i casi in cui si giunse a stabilire questa sorta di privilegio cronologico in favore di determinate azioni. Il solo elemento sul quale i giuristi concordano nel porre l'accento è

---

del giudicato, anziché per quello degli effetti preclusivi della sentenza, emerge dalla collocazione al primo posto del titolo del Digesto dedicato alla *exceptio rei iudicatae* (con una verosimile interpolazione iniziale delle parole «*cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant*») di un passo ulpianiano ove è proposta una questione che investe problemi di incontrovertibilità della sentenza: «*Cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est uel legato agi potest, licet ruptum, uel irritum aut non iustum dicatur testamentum: nec si superatus fuerit legatarius, praeiudicium libertati fit*» (Dig. 44.2.1, Ulpianus 2 ad ed.). I compilatori, in tal modo, tentarono di combinare i criteri suddetti, privilegiando quello della incontrovertibilità, e assegnarono in sostanza all'*exceptio rei iudicatae* anche la funzione (c.d. positiva) di indicare al giudice di conformarsi al giudicato precedente. Per questa via, implicitamente considerarono detta eccezione, come talvolta accade nelle classiche *cognitiones extra ordinem*, uno strumento utile per riconoscere alla sentenza effetti normativi.

<sup>12</sup> «*Quae quidem actio nibilo minus ei quoque ipso iure competit, qui suam partem non possidet: sed si is qui possidet neget eum sibi coheredem esse, potest eum excludere per banc exceptionem "si in ea re, qua de agitur, praeiudicium hereditati non fiat". quod si possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio: quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit: nisi enim coheres sit, neque adiudicari quicquam ei oportet neque adversarius ei condemnandus est*» (Dig. 10.2.1.1, Gaius 7 ad ed. provinc.). «*Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet non obstare exceptionem "quod praeiudicium hereditati non fiat": futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt*» (Dig. 44.1.13, Iulianus 50 Dig.).

<sup>13</sup> «*Fundum titianum possides, de cuius proprietate inter me et te controversia est, et dico praeterea viam ad eum per fundum sempronianum, quem tuum esse constat, deberi. si viam petam, exceptionem "quod praeiudicium praedio non fiat" utilem tibi fore putavi, videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum titianum meum esse*» (Dig. 44.1.16, Africanus 9 quaest.). «*Fundi, quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto et volo simul iudicio quoque communi dividundo agere sub eodem iudice: item si eius fundi, quem tu possideas et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim: quaesitum est an exceptio "quod praeiudicium fundo partive eius non fiat" obstet an deneganda sit. et utrobique putat intervenire praetorem debere nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, huiusmodi iudicis experiri*» (Dig. 44.1.18, Africanus 9 quaest.).

rappresentato dalla maggiore importanza, economica o sociale, della c.d. causa privilegiata (*res maior*)<sup>14</sup>.

Ad ogni modo, ciò che più importa osservare è che, anche nell'epoca in cui i predetti istituti erano invalsi definitivamente nel diritto romano, la genesi della nozione "pregiudizialità" non ricevette alcun approfondimento significativo. I giuristi dell'epoca videro, sì, nella pregiudizialità l'influenza di una decisione su un'altra, ma non si preoccuparono di approfondirne le ragioni. L'unico punto fermo rinvenibile nell'approccio seguito in seno al processo romano sembra essere l'ampia autorità riconosciuta al pretore circa il coordinamento di giudizi tra loro collegati<sup>15</sup>, senza che – è bene ribadirlo – sia stato mai realmente indagato il fondamento di tale nesso o elaborato alcun criterio tecnico volto a individuare uno schema entro cui inquadrare la pregiudizialità.

Anche successivamente, quando il processo formulare fu sostituito dalla *cognitio extra ordinem*, caratterizzata dalla nuova figura del giudice-funziionario, le cui decisioni trovano fondamento nella medesima *auctoritas principis*, e segnatamente durante l'età dei Severi, allorché si giunse a una teorizzazione completa dei limiti oggettivi e soggettivi della *res iudicata*, profili di evidente incertezza continuarono a denotare l'istituto in esame. I pregressi arresti concernenti il riconoscimento dell'autonomia dei *praeiudicia* cedettero il passo all'affermazione del principio in base al quale le questioni pregiudiziali o connesse dovessero essere sempre decise mediante sentenza principale<sup>16</sup>, donde la previsione del divieto, sancito in epoca costantiniana, di appellare le pronunce incidentali divenute necessarie e date senza formalità nel corso del giudizio, pena la comminazione di una *multa praeiudicialis*.

Le incertezze caratterizzanti la disciplina dell'istituto e, ancor prima, lo stesso etimo "pregiudizialità" si mantennero durante il periodo medievale, allorché la pregiudizialità venne concepita come ostacolo all'esercizio dell'a-

---

<sup>14</sup> Così F. De Marini Avonzo, *Praeiudicium*, cit., 542. Dig. 44.1.21, Nerva 4 membr.: «*Rei maioris pecuniae praeiudicium fieri videtur, cum ea quaestio in iudicium deducitur, quae vel tota vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re maiori*». Dig. 4.1.4, Callistratus 1 ed. monit.: «*Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeiudicetur, audiatur is qui in integrum restitui postulat*».

<sup>15</sup> Il rilievo è condiviso anche da F. Locatelli, *L'accertamento incidentale ex lege: profili*, Milano, 2008, 49.

<sup>16</sup> Ad ogni modo, come rileva F. De Marini Avonzo, *Praeiudicium*, cit., 543, detto principio è destinato a soffrire tutte le incertezze e i ripensamenti che hanno accompagnato la storia dei divieti di appellare *ante definitivam sententiam*, sicché non possono trarsi dall'inappellabilità dei *praeiudicia* precise indicazioni circa la loro natura o funzione. Del pari – osserva conclusivamente l'Autrice – non sembra possibile «dare grande valore alla circostanza per cui Giustiniano, pur riaffermando il divieto di appellare le sentenze non definitive, non menzioni specificamente il divieto di appellare a *praeiudicio*».



zione, ossia come impedimento del giudizio *ope exceptionis*<sup>17</sup>, e contrassegnarono persino i due principali studi in materia intervenuti nell'arco del 1800, riconducibili a Brackenhöft e Planck.

Brackenhöft individua due categorie di *influirende momente* da cui origina la *Präjudicialfrage*<sup>18</sup>, la relazione pregiudiziale tra questioni individuabile nella catena del ragionamento sillogistico condotto dal giudice per la decisione della controversia, la quale riflette la complessità di rapporti già individuabile sul terreno del diritto sostanziale<sup>19</sup>. Nella prima categoria rientrano quei rapporti che non potrebbero essere separati ai fini del giudizio: ad esempio, l'accertamento di un rapporto sottoposto a condizione riguarderebbe necessariamente la condizione medesima. Più articolata appare la situazione rispetto ai rapporti ricondotti alla seconda categoria, classificabili alla luce dei seguenti criteri<sup>20</sup>: a) il rapporto determinante, nella sua esistenza, condiziona quello del rapporto determinato (es. rapporto principale e accessorio); b) il rapporto determinante autorizza la creazione di quello determinato (es. proprietario che concede sul proprio bene una servitù); c) il rapporto determinante conferisce la capacità giuridica per la fondazione di quello determinato (es. rapporti di stato); d) il rapporto determinante autorizza l'esercizio di un rapporto anteriormente fondato (es. rapporto di eredità).

In relazione alle ipotesi a) e b), il rapporto condizionante non potrebbe comunque scindersi da quello condizionato ai fini del sindacato di quest'ultimo<sup>21</sup> e, sotto tale specifico aspetto, sono riscontrabili chiare analogie con le fattispecie riportate alla categoria di *influirende momente* dapprima considerata. Infatti, se da un punto di vista meramente logico potrebbe anche configurarsi una questione pregiudiziale, giammai in questi casi potrebbe insorgere una causa pregiudiziale (*Präjudicialsache*). Eventualità, questa, affatto da esclu-

---

<sup>17</sup> Cfr. G. Foschini, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1942, 9.

<sup>18</sup> Cfr. T. Brackenhöft, *Die Identität*, cit., 353 ss., per la distinzione fra *Präjudicialsache* (processo pregiudiziale) e *Präjudicialfrage* (questione pregiudiziale).

<sup>19</sup> La teorica di Brackenhöft rinvia importanti sviluppi in E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, *passim*, per il quale la pregiudizialità dell'accertamento svolto dal magistrato investito della causa, lungi dal rilevare sul mero piano processuale, riflette un fenomeno che affonda le proprie radici nel terreno del diritto sostanziale. Pertanto, il nesso di pregiudizialità rilevante da un punto di vista tecnico-giuridico sarebbe predicabile solo se il "rapporto pregiudiziale" rientrasse nella fattispecie del "rapporto pregiudicato".

<sup>20</sup> Individuati a scopo sinottico da F. Menestrina, *La pregiudiziale*, cit., 12.

<sup>21</sup> Diverso il caso in cui rispetto al rapporto condizionante si sia svolto un precedente processo destinato a esplicitare i propri effetti nei confronti dei soggetti protagonisti del rapporto condizionato. In questo caso si avrebbe una forma di pregiudizialità c.d. relativa, determinata dal fatto che una precedente decisione è idonea a rendere pregiudiziale un rapporto che altrimenti non sarebbe stato tale.

dere in relazione alle ipotesi c) e d), anche se qui il problema sta nel comprendere, rispetto a c), se il rapporto così deciso sia giuridicamente esistente, rispetto a d), in che modo una decisione possa esplicare la propria efficacia nei confronti di soggetti non ancora qualificabili come litiganti<sup>22</sup>.

Antitetica alla posizione di Brackenhöft è quella assunta da Planck, il quale approfondisce lo studio della pregiudizialità sotto il profilo squisitamente processuale, ricollegando l'istituto a una sorta di preferenza cronologica da accordare all'adozione di talune decisioni nel corso della trattazione della causa<sup>23</sup>.

Questa tendenza a considerare la pregiudizialità come pura manifestazione di forme processuali, tuttavia, costituisce un opposto eccesso<sup>24</sup>. Volersi collocare in tale prospettiva significherebbe o concludere che gli istituti di origine romanistica non offrono il benché minimo ausilio nello studio del fenomeno *de quo* o, peggio, smarrire qualsiasi ambizione ricostruttiva della pregiudizialità, sì da favorire l'emersione di impostazioni che guardano alla stessa in modo parziale e asistemico<sup>25</sup>.

In definitiva, non sembra che Brackenhöft o Planck raggiunsero risultati tali da far progredire i frutti della ricerca condotta a inizio secolo da Martin, il quale, nel suo manuale di diritto comune tedesco<sup>26</sup>, a proposito della *connexitas causarum*, distinse fra cause pregiudiziali, preparatorie e incidenti, ammettendo la ricorrenza della pregiudizialità giuridica laddove la decisione di una causa fosse dipesa da quella di un'altra.

<sup>22</sup> Così F. Menestrina, *La pregiudiziale*, cit., 13, il quale, conclusivamente, rileva che il concetto di pregiudizialità offerto da Brackenhöft si presenta assolutamente parziale, segnando la costruzione giuridica della parte del fenomeno utile a conseguire lo scopo prefissato, consistente nella riconducibilità della pregiudizialità al piano del diritto sostanziale.

<sup>23</sup> Cfr. J.W. Planck, *Mehrheit*, cit., 384.

<sup>24</sup> Così G. Foschini, *La pregiudizialità nel processo penale*, cit., 8.

<sup>25</sup> In tal senso, si veda ancora G. Foschini, *La pregiudizialità nel processo penale*, cit., 8, il quale apertamente censura la tesi, accolta dalla prevalente dottrina penalistica italiana dell'epoca, in base alla quale la pregiudizialità si manifesta quale fenomeno di interferenza fra giurisdizioni. Il riferimento, in particolare, è a V. Manzini, *Le questioni pregiudiziali di diritto civile, commerciale ed amministrativo nel processo penale*, Firenze, 1899, il quale conclusivamente (p. 416) osserva che «tutte quelle questioni, sincere e non evidentemente infondate le quali vertono sopra un rapporto di diritto privato o amministrativo, il quale costituisce l'antecedente logico e giuridico di un reato o di una circostanza di questo, si dicono pregiudiziali al giudizio penale e costituiscono un ostacolo reale all'esercizio dell'azione penale, il quale, opposto in forma di eccezione dilatoria in qualunque fase e grado del giudizio (...) può dar luogo ad una sospensione a termine dell'azione penale, che, costando la diligenza dell'eccipiente, deve durare finché siasi ottenuto l'irrevocabile giudizio del magistrato competente sulla questione controversa». È chiaro quanto nell'impostazione accolta (anche) da Vincenzo Manzini sia forte l'influsso della nozione medievale della pregiudizialità come «ostacolo all'esercizio dell'azione».

<sup>26</sup> C. Martin, *Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes*, Göttingen, 1800.

Tale approfondimento, che fece scuola fino all'ultimo Manuale del processo comune<sup>27</sup>, rappresentò un chiaro tentativo di ritorno alle fonti romane. Invero, nonostante gli evidenziati profili di incontestata incertezza che contraddistinsero le origini della pregiudizialità, che neppure la letteratura processuale europea moderna ebbe il merito di fugare<sup>28</sup>, il diritto romano era riuscito a toccarne alcuni degli aspetti più rilevanti. In particolare, il problema dell'ordine cronologico fra diversi giudizi<sup>29</sup> e l'*actio praeiudicialis*, in cui è dato scorgere le origini storiche della moderna domanda di accertamento incidentale<sup>30</sup>.

Seppure, da un punto di vista metodologico, sia esatto affermare che lo

---

<sup>27</sup> G.W. Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprozesses*, Leipzig, 1878. L'Autore (p. 593 ss.) precisamente parla di *bedingendes* e *bedingtes*, cioè di rapporto condizionante e rapporto condizionato, per tale via giungendo a enucleare la regola secondo cui il processo sul diritto condizionante è causa pregiudiziale della lite concernente il diritto condizionato.

<sup>28</sup> Al tempo in cui Menestrina si cimentava, con un certo rigore sistematico, nello studio della pregiudizialità processuale, la letteratura tedesco-austriaca impiegava le espressioni di questione e causa pregiudiziale senza attribuire alle stesse un particolare significato tecnico-giuridico, tant'è vero che – come si è ricordato sopra – lo stesso Wetzell preferiva genericamente parlare di rapporto condizionante e rapporto condizionato. Nel solco tracciato dalla dottrina medievale, la letteratura italo-francese, salvo talune eccezioni, con l'espressione pregiudizialità intese, invece, riferirsi alla moltitudine di situazioni in cui un processo deve essere sospeso in attesa della definizione di un altro ad esso collegato. A tal riguardo, F. Menestrina, *La pregiudiziale*, cit., 20, osserva: «è facile comprendere quanto sia dannosa questa enorme limitazione di visuale. Per i casi in cui è rimesso all'arbitrio dei soggetti processuali il far nascere o no la pregiudizialità, il trattamento scientifico di questa si riduce alla constatazione d'una nuova facoltà inerente al potere direttivo del processo da parte del giudice o all'illustrazione di una nuova faccia della libertà di disposizione delle parti. E per gli altri casi in cui la legge stessa prescrive il sorgere d'un processo in grembo d'un altro, l'investigazione scientifica è costretta entro tali limiti da non potere assolutamente sviluppare una teorica completa, per la quale mancano fondamenta bastevolmente estese».

<sup>29</sup> Con le opportune precisazioni che seguiranno nel successivo paragrafo.

<sup>30</sup> Così S. Recchioni, *Pregiudizialità*, cit., 16, sulla scia di F. Menestrina, *La pregiudiziale*, cit., 6: «il diritto romano aveva indiscutibilmente dei germi che potevano dare ottimi frutti. Esso toccava a parte i due più rilevanti aspetti della pregiudizialità, cioè le decisioni nascenti nello stesso processo e quelle di processi muniti di vita indipendente. Senonché proprio in questo riguardo subentrò poi la confusione maggiore. I giuristi medievali e le fonti canoniche presero a parlare in genere di una *quaestio praejudicialis* senza distinguere i due casi diversi in cui essa poteva occorrere: effetto forse di un'altra confusione, per la quale l'*ordo cognitionum* della legislazione giustiniana si scambiava con *judicii ordo* che è tutt'altra cosa. L'essenza della pregiudizialità, poi, attraverso le solite nebulosità ed arbitri d'interpretazione, si andò a cercarla nel fatto che per essa rendevasi superflua la disamina e la decisione della questione principale; *praejudicat* diventa equivalente di *impedit principalem*. Con ciò s'è tutto legato alla mera esteriorità dell'*ordo cognitionis* e s'è soppressa qualunque considerazione della connessione che fra le singole questioni nasce per opera del loro stesso contenuto (...). Ecco dunque un completo abbandono di quegli elementi giuridici che, per quanto debolmente e non esclusivamente, a Roma avevano però contribuito alla formazione del concetto».

studio del *praeiudicium* dovrebbe prescindere dai riferimenti alla terminologia e dai concetti utilizzati dalla moderna scienza processualistica in tema di pregiudizialità<sup>31</sup>, si può nondimeno rilevare che, già nelle fonti romane, erano individuabili taluni caratteri distintivi dell'istituto che avrebbero ben potuto rappresentare le basi per successivi sviluppi.

Ciononostante, la dottrina – soprattutto quella del processo penale – rimase fedele all'idea di pregiudizialità che si impose in epoca medievale, come ostacolo all'esercizio dell'azione. È possibile, anzi, osservare che essa aggiunse un errore all'errore nel momento in cui dimostrò di considerare il nesso di pregiudizialità come diretta espressione di un fenomeno di interferenza fra giurisdizioni<sup>32</sup>, non avvedendosi del fatto che questo non è che uno dei possibili lineamenti qualificanti il fenomeno in esame. In altre parole, secondo questa chiave di lettura, sarebbero pregiudiziali soltanto quelle questioni che, qualora considerate in via autonoma, andrebbero sottoposte al sindacato di un magistrato appartenente a un plesso giurisdizionale diverso da quello cui appartiene il giudice chiamato a pronunciare sentenza<sup>33</sup>.

Non che siano mancati importanti arricchimenti di tale visione del fenomeno. In particolare, Foschini riconobbe il carattere pregiudiziale non solo delle suddette questioni, ma anche di quelle che rientrerebbero nella competenza di un giudice, sì, diverso da quello originariamente adito, ma comunque appartenente alla medesima giurisdizione<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. F. De Marini Avonzo, *Praeiudicium*, cit., 543.

<sup>32</sup> Uno dei pochi giuristi che si discostò da una simile ricostruzione dell'istituto fu Fausto De Marsico, il quale riconobbe un carattere costante per tutte le ipotesi di pregiudizialità (amministrativa, civile o penale) suscettibili di insorgere nel processo penale, vale a dire la priorità obbligatoria della pregiudiziale rispetto alla cognizione del reato, una specie di condizione di procedibilità generalmente risolta dal giudice della causa principale onde addivenire all'adozione del verdetto finale. Per un'esautiva disamina del pensiero di De Marsico e di quello di altri studiosi del processo penale che si sono occupati del tema della pregiudizialità in tempi meno recenti, si veda G. Foschini, *La pregiudizialità nel processo penale*, cit., 12 ss.

<sup>33</sup> Se ci si limitasse ad una lettura acritica (anche) dell'odierno art. 8 c.p.a. potrebbe sembrare che tale criterio sia pienamente soddisfacente in punto di studio del fenomeno giuridico della pregiudizialità. In realtà, come emergerà nel corso di questa prima parte del lavoro, una simile impostazione si rivela del tutto inadeguata, sia perché disancorata da una lettura sistematica del diritto positivo vigente (si vedrà nello specifico che la principale norma rilevante in materia, l'art. 34 c.p.c., disciplina la pregiudizialità nell'ambito del singolo processo civile), sia perché in tal modo, laddove si optasse per il riconoscimento della rilevanza giuridica delle questioni pregiudiziali anche a prescindere dalla loro potenziale idoneità a divenire cause, resterebbe espunta dal fenomeno la stragrande maggioranza di questioni pregiudiziali in senso meramente logico, oltre che tutte quelle questioni pregiudiziali in senso tecnico che, divenute cause, sarebbero conoscibili da parte del medesimo giudice originariamente adito o, comunque, di giudici appartenenti al medesimo plesso giurisdizionale.

<sup>34</sup> G. Foschini, *La pregiudizialità nel processo penale*, cit., 93. L'Autore, che prende le mosse

Non occorre approfondire subito il punto, ma è bene segnalare che un simile approccio svilisce il taglio dato alla ricerca sin dalle battute introduttive. Infatti, o si ritiene che quello della pregiudizialità sia un problema di interferenza fra giurisdizioni o, tutt'al più, un problema di competenza, ed allora ci si acquieta sui risultati estrapolabili dagli esigui contributi attualmente rinvenibili in materia, i quali difficilmente superano lo spessore del commento ad articoli di legge o, più di rado, a pronunce giurisprudenziali; oppure si sceglie di valorizzare la distinzione tra questioni pregiudiziali e oggetto del giudicato, nel senso che le prime non sono, per regola generale, riguardate dal secondo e, su queste basi, si tenta di ricavare una serie di corollari che più direttamente incidono sulla disciplina del processo principale.

## 2. La pregiudizialità come fenomeno rilevante sul piano della logica

Alla luce delle riflessioni superiori, è agevole intuire quale grande importanza abbia assunto l'approfondimento condotto da Menestrina in tema di pregiudizialità, un fenomeno studiato principalmente dal punto di vista della logica<sup>35</sup>.

Tutto ciò in cui si sostanzia il lavoro mentale di ciascun magistrato e che precede l'adozione della decisione finale, in senso lato, può definirsi pregiudiziale. In tal senso, è pregiudiziale qualunque elemento "stia prima del giudizio" (*prae-iudicium*).

Il tentativo di spiegare l'essenza della pregiudizialità attraverso questa sorta di criterio cronologico, tuttavia, presterebbe il fianco a critiche difficilmente superabili e, invero, assolutamente condivisibili. Per questa via, infatti, si giungerebbe ad ampliare in una tale misura l'area dell'istituto che sarebbe estre-

---

dai classici studi di Menestrina per delineare siffatta soluzione al problema della disciplina giuridica della pregiudizialità, spiega l'esistenza del fenomeno alla stregua di tre requisiti (p. 39 ss.). Sul presupposto del carattere essenziale del (primo) requisito della precedenza logico-giuridica della questione pregiudiziale rispetto a quella pregiudicata, il (secondo) requisito della autonomia processuale della questione si pone in una situazione di contrasto col (terzo) carattere della necessità, ossia della imprescindibilità, ai fini della definizione della controversia, della risoluzione della pregiudiziale. Si avrà modo di rilevare come l'impostazione sposata da Foschini sia stata fatta propria, nella sostanza, anche da autorevoli studiosi del processo civile e risultati utilissimi nell'affrontare lo studio della pregiudizialità civile nel processo amministrativo.

<sup>35</sup> Così F. Menestrina, *La pregiudiziale*, cit., 100: «L'uomo che ragiona costituisce determinati giudizi, sulla derivazione dei quali talvolta egli sa rendersi perfetta ragione e talvolta non sa, perché possono anche essere nati in lui quasi inconsciamente e in tal modo rappresentare la voce vaga d'un istinto. In logica diconsi pregiudiziali questi giudizi che formano il precedente della conclusione finale; e pregiudiziale è pure il raziocinio che il soggetto pensante si ponesse per giungere a loro».

mamente difficile, per non dire impossibile, coglierne i profili rilevanti sotto il profilo giuridico. È questo il limite reale che ha connotato lo studio del fenomeno in epoca romana, allorquando il termine *praeiudicium* venne accostato alle sentenze comunque adottate “*inter litis principium et finem*”, ad azioni prive di *condemnatio* attraverso cui richiedere una mera constatazione (*pronunciatio*), ad eccezioni processuali, ad attività materiali quali l'esibizione di una prova documentale o l'escussione di un testimone, e via discorrendo.

Equiparare il semplice rapporto di dipendenza logica tra questioni al nesso di pregiudizialità giuridica significherebbe rinunciare a uno studio tecnico del fenomeno e, del resto, il rischio di una inopportuna e inutile divisione del materiale processuale in una pluralità di questioni pregiudiziali era stato denunciato già da Brackenhöft<sup>36</sup> e Planck<sup>37</sup>. Si è, così, rilevato che «se il giurista vuole esaminare la sentenza con criteri giuridici non può fissare la sua attenzione sui mille elementi che concorrono a formare il risultato logico espresso nella decisione, né trattarli tutti alla stessa maniera»<sup>38</sup>.

La pregiudizialità intesa come categoria logica generale precede o, meglio, costituisce il substrato del fenomeno rilevante per il giurista, del quale si rende necessario delimitare la portata. Come si avrà modo di osservare in dettaglio, le maglie di tale fenomeno sono destinate a dilatarsi o restringersi notevolmente a seconda del criterio prescelto per l'inquadramento delle questioni, in senso stretto, pregiudiziali.

Ora rileva maggiormente constatare l'importanza di riferirsi a un criterio di natura logica per chiarire il concetto di pregiudizialità giuridica, del quale si rinviene traccia nel momento in cui il soggetto pensante percorre una delle diverse strade che conducono alla decisione finale. In tale prospettiva, il semplice “nesso di dipendenza” si eleva a “nesso di pregiudizialità” ove venga effettivamente avvertito e fatto servire per la ricerca di uno dei giudizi in grado di condurre a una determinata conclusione. Riferendo il discorso allo schema del sillogismo, è possibile sostenere che il nesso di pregiudizialità ricorre quando la conclusione di un sillogismo costituisce la premessa indispensabile di un sillogismo successivo<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. T. Brackenhöft, *Die Identität*, cit., 355.

<sup>37</sup> Cfr. J.W. Planck, *Mehrheit*, cit., 487.

<sup>38</sup> F. Menestrina, *La pregiudiziale*, cit., 27.

<sup>39</sup> Così F. Menestrina, *La pregiudiziale*, cit., 101. La catena sillogistica nella quale si sviluppa (anche) l'*iter* argomentativo seguito dall'uomo-magistrato rinviene la propria ragion d'essere nel fatto che le premesse del giudizio devono essere ricavate da altre precedenti premesse, per la cui determinazione sono necessari ulteriori giudizi, ovvero sia ulteriori ricerche di premesse dalle quali muovere onde addivenire alla decisione finale: «Volendosi adottare semplicemente il criterio logico, si raggruppano fenomeni dei quali il giurista deve poi sceverare una parte che sola

Il pregiudizio giuridico, diversamente da quello logico, è simile al verdetto finale. A tale stregua si è soliti asserire che, sebbene tutte le pregiudiziali in senso giuridico siano tali anche in senso logico, non è anche vero il contrario, ossia che tutte le pregiudiziali in senso logico siano tali in senso giuridico<sup>40</sup>.

Quando il legislatore afferma, come nel caso dell'art. 8 c.p.a., che la risoluzione della questione pregiudiziale deve apparire «necessaria per pronunciare sulla questione principale», in fondo, intende dire che il vincolo di precedenza fra questioni pregiudiziale e pregiudicata deve estrinsecarsi in un "rapporto condizionante"<sup>41</sup> per certi aspetti analogo a quello caratterizzante l'ultimo stadio dell'*iter* logico-giuridico che conduce all'emanazione della sentenza.

In base a questo criterio sono state tradizionalmente isolate, nell'insieme delle dispute *latu sensu* pregiudiziali, quelle riconducibili in via soltanto mediata alla decisione finale<sup>42</sup>. Si pensi a quelle incardinate dalle c.d. pregiudiziali di rito, che non consentirebbero di sindacare il merito delle pretese azionate dalle parti. Si considerino, altresì, i precedenti giurisprudenziali nell'ottica di Quintiliano, che, come già ricordato, nell'*Institutio oratoria* definisce i *praeiudicia* «*res quae aliquando ex paribus causis sunt iudicatae, quae exempla rectius dicuntur*», arresti ai quali il giudice può ma non deve necessariamente conformarsi. Trattasi di pregiudizi potenzialmente idonei a incidere sull'emananda

---

gi interessa. Il procedurista infatti non coglie a volo che i giudizi di importanza logico-giuridica, sotto cui palpita l'uomo-magistrato; tutti gli altri giudizi, che provengono dal semplice uomo, restano per lui nell'indisturbato dominio della logica. Per chi ha fermo nella mente che il *giudizio* è applicazione d'una norma astratta, riesce inconcepibile un pregiudizio in cui tale applicazione non s'abbia: perché in fin dei conti il pregiudizio non è che un giudizio non finale». Su queste basi, A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 33, osserva che «in una sola fase dell'*iter* logico compiuto dal giudice è possibile enucleare un unico sillogismo, per così dire allo stato puro, e precisamente nell'ultima: quando, cioè, è già stata ricostruita la fattispecie concreta, la quale costituisce la premessa minore di tale sillogismo; e quando parimenti è stata individuata e interpretata la norma di legge sotto cui sussumerla, la quale costituisce la corrispondente premessa maggiore: si deve allora tirare solo la conclusione, con la quale si risolve questo sillogismo, e si termina anche l'intero ragionamento compiuto dal giudice». Per sua parte, G. Foschini, *La pregiudizialità nel processo penale*, cit., 50 s., afferma che il vincolo di precedenza logico-giuridica intercorrente fra questione pregiudiziale e questione pregiudicata deve sempre essere «tale per cui la decisione finale risulta assolutamente e necessariamente condizionata alla pregiudiziale, la quale (...) si inserisce nella catena sillogistica che conduce alla decisione finale. L'antecedente non può essere più o meno pregiudiziale, ma o sarà tale o non lo sarà affatto: *tertium non datur*». È possibile, quindi, concludere con Foschini che il nesso di pregiudizialità non ammette graduazioni di sorta: per avere rilevanza giuridica, la risoluzione della questione pregiudiziale deve essere sempre indispensabile per la formulazione del giudizio finale.

<sup>40</sup> Cfr. per tutti A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 20, 186 s., 390 s. e 403.

<sup>41</sup> Sulla scorta della dottrina tedesca, in tal senso v. E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 69.

<sup>42</sup> Sul punto cfr. G. Foschini, *La pregiudizialità nel processo penale*, cit., 45.

sentenza, ma sarebbe un grave equivoco ricondurre tali arresti – che nell'attuale sistema di giustizia amministrativa possono costituire, semmai, un parametro di giudizio utilizzabile ai fini della “semplificazione” della sentenza redatta in forma breve<sup>43</sup> – al fenomeno della pregiudizialità giuridica. Essi, infatti, non entrano a far parte, almeno in via immediata, della catena di sillogismi che conducono alla statuizione finale<sup>44</sup>.

Deve, quindi, ritenersi per acquisito che il vero e proprio nesso di pregiu-

---

<sup>43</sup> Rileva al riguardo il secondo periodo dell'unico comma di cui si compone l'art. 74 del Codice, dove si legge che «La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme». Dunque, il riferimento al “precedente conforme” (così come al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo della controversia) consente, al ricorrere di determinate condizioni stabilite dalla legge (cfr. in particolare l'art. 60 c.p.a. per ciò che concerne il c.d. rito immediato) e/o valutate in concreto dal giudice (ipotesi di manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso), una semplificazione della motivazione, la quale, come si è sottolineato, costituisce la «forma che secondo Costituzione caratterizza essenzialmente il contenuto dell'atto giurisdizionale come esplicitazione del ragionamento che conduce alla sentenza» e, in quest'ottica, «non è soltanto garanzia di legalità e trasparenza della funzione giudiziaria ma esprime l'essenziale caratteristica dell'atto giurisdizionale che conforma al sistema nella sua razionalità e logicità, il caso controverso» (G. Abbamonte, *Attualità e prospettive di riforma nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 381 s.). In sostanza, non sussiste alcun tipo di interferenza tra semplificazione della forma motivazionale e sommarietà della cognizione, essendo detta semplificazione strumentale all'esigenza di assicurare la ragionevole durata dei giudizi: per una giurisprudenza rilevante in tal senso, si veda Cons. Stato, sez. IV, 12 luglio 2002, n. 3929, sulla scia della sentenza della Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427; più di recente v. Tar Friuli Venezia Giulia, sez. I, 5 maggio 2014, n. 187, dove viene precisato che, qualora i motivi di doglianza dedotti con il ricorso siano stati oggetto di approfondimento in una precedente sentenza dalle cui conclusioni non vi è motivo di discostarsi, è sufficiente il mero richiamo al precedente giurisprudenziale, in tal modo venendosi a configurare una sorta di motivazione *per relationem* (in senso analogo v. Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 maggio 2014, n. 4850). Anche F.F. Tuccari, *La semplificazione delle decisioni contenziose tra accelerazione ed effettività del contraddittorio*, in F. Caringella-M. Protto (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano 2002, 992, e A. Lamberti, *Le decisioni in forma semplificata. Commento alla legge 21 luglio 2000 n. 205*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Verso il nuovo processo amministrativo*, Torino, 2000, 341, evidenziano che la brevità della motivazione, strumento di alleggerimento e velocizzazione dell'iter giurisdizionale, non può giammai recare pregiudizio alla esaustività logica e argomentativa della sentenza. Per ulteriori ed esaustivi approfondimenti volti a chiarire la circostanza per cui la semplificazione attiene alla struttura argomentativa della sentenza, A. Clini, *La forma semplificata della sentenza nel “giusto” processo amministrativo*, Padova, 2009, *passim*; R. Monefusco, *La sentenza in forma semplificata*, in B. Sassani-R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, 1137 ss.; L.R. Perfetti (E. Ferrari), *Sub art. 26 l. T.A.R. (l. 6 dicembre 1971, n. 1034) sez. I-V*, in A. Romano-R. Villata (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, 885 ss.

<sup>44</sup> In tal senso, sostanzialmente, conclude anche G. Foschini, *La pregiudizialità nel processo penale*, cit., 47.



dizialità assume i caratteri di un vincolo di precedenza logico-giuridica fra questioni tale per cui la risoluzione della prima (questione pregiudicante) sia idonea a incidere in via immediata, cioè necessitata, sulla seconda (questione pregiudicata), nell’ambito di un procedimento destinato a concludersi con la decisione sul merito della controversia.

Tali acquisizioni riconducibili ai classici studi di Menestrina, che saranno riprese per delineare i tratti caratteristici dei “gradi di ascendenza” – punti, questioni e cause – della pregiudizialità giuridica, costituiscono gli snodi fondamentali per inquadrare la teorica elaborata da tale Autore. Teorica che può essere rettammente intesa in quanto si presti la debita attenzione ai seguenti dati essenziali.

Occorre, anzitutto, muovere dal rilievo secondo cui in ogni sentenza sono individuabili due elementi: una traccia argomentativa e un comando. Poiché, in senso lato, sono pregiudiziali tutti gli elementi che concorrono alla formazione del convincimento giudiziale, nel corso del processo è l’aspetto logico a influire maggiormente sullo svolgimento della causa. Con il passaggio in giudicato della sentenza, invece, l’elemento preponderante diviene quello imperativo, il comando del giudice per effetto del quale si concretizza la volontà legislativa individuata attraverso il momento logico precedente.

Ne discende, per un verso, che tale ultimo elemento finisce col perdere una diretta rilevanza esterna alla sentenza, a tutto vantaggio dell’elemento imperativo, per altro verso, che bisogna principalmente guardare all’accertamento della volontà legislativa rispetto alla fattispecie concreta (e agli accertamenti correlati) per analizzare il nesso di pregiudizialità, nel senso che ogni elemento avente carattere imperativo supera l’ambito di manifestazione del fenomeno<sup>45</sup>. Isolato l’elemento logico da quello imperativo, si può concludere che la pregiudizialità rileva entro i limiti della logica, trascendendo il fenomeno quanto venga intercettato dal vero e proprio comando giudiziale.

Orbene, l’elemento logico della sentenza non si risolve in una pura e sem-

---

<sup>45</sup> In tal senso, sempre sulle orme di Menestrina, si veda A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 31. L’importanza dei suddetti passaggi emergerà compiutamente nella parte del lavoro relativa all’approfondimento delle diverse “forme” di pregiudizialità c.d. tecnica e logica: un istituto, quest’ultimo, tuttora riguardato da un intensissimo dibattito (anche) giurisprudenziale, studiato prevalentemente dalla dottrina processualcivilistica in relazione ai rapporti giuridici complessi e alle conseguenze, rilevanti sul piano dei limiti oggettivi del giudicato, della loro deduzione frazionata in giudizio. In questa sede è appena il caso di osservare che i fautori di tale, autonoma, forma di pregiudizialità, si discostano nettamente dall’impostazione di Menestrina in esame. Gli studi più recenti, infatti, sono soliti riferire la nozione di pregiudizialità logica ad una congerie di situazioni processuali accomunate dalla mancanza di un nesso di dipendenza fra rapporti ontologicamente autonomi. Ciò al dichiarato fine di restringere la sfera di operatività dell’art. 34 c.p.c. per evitare o, quanto meno, ridurre il rischio di un contrasto fra giudicati.

plíce traccia argomentativa, come a prima vista potrebbe apparire, ma si sostanzia in un'attività complessa suscettibile di scomporsi in una lunga serie di atti del pensiero, una catena indefinita di sillogismi, che si intersecano e interferiscono reciprocamente nel più vario dei modi, proiettati alla statuizione finale.

È vero che la prima espressione del fenomeno in discorso precede la stessa presa in esame della controversia da parte del giudice, poiché il nesso di pregiudizialità è rintracciabile già nella domanda di parte, intesa come complesso di affermazioni logicamente connesse. D'altro canto, poiché la connessione esistente tra le affermazioni del ricorrente, e correlativamente dei soggetti convenuti in giudizio, possiede una ragion d'essere in quanto suscettibile di trasformarsi nel ragionamento giudiziale, è possibile, e probabilmente più semplice, indagare il nesso di pregiudizialità come ivi esso appare<sup>46</sup>.

È necessario, allora, concentrarsi sulle diverse impostazioni che si sono appuntate sullo studio di tale ragionamento finalizzato all'emissione della sentenza. Si tratta di un passaggio fondamentale se l'obiettivo che si ha di mira è quello di delineare esattamente la portata degli artt. 34 c.p.c. e 8 c.p.a. perché il modo di intendere il ragionamento giudiziale incide, inevitabilmente, sul regime della pregiudizialità o, meglio, sull'efficacia decisoria delle questioni pregiudiziali.

### 3. Segue. Schema del sillogismo e tendenze revisioniste

La dottrina classica ha ricondotto la struttura del giudizio allo schema sillogistico, dove la premessa minore è rappresentata dai fatti concretamente accertati, la premessa maggiore dalla norma di diritto da applicare al caso di specie, la conclusione coincide con la decisione, cioè con la sussunzione della fattispecie nella regola legislativa<sup>47</sup>.

Ogni singolo momento, e non solo il terzo come potrebbe a prima vista apparire, presuppone uno sforzo di logica giudiziale. Tanto quello di individuazione della premessa maggiore, giacché la norma da applicare al caso di specie deve quasi sempre essere ricercata argomentando per analogia o *ex contrario*, quanto quello di individuazione della premessa minore, sia perché devono essere valutate e risolte le diverse ipotesi ricostruttive prospettate dalle parti, sia perché devono operarsi molti altri processi di sussunzione di fatti minori alle norme sulle prove, sulle interpretazioni, ecc. Ogni eliminazione del

<sup>46</sup> Cfr. A. Romano, *La pregiudizialità*, cit., 22.

<sup>47</sup> In questo senso, si veda già A. Rocco, *La sentenza civile*, Torino, 1906, 4 ss. e 32 ss.

"superfluo" costituisce riprova del fatto che il raziocinio giudiziale è connotato a ciascuno dei momenti testé indicati.

La ricostruzione è talmente nota che sarebbe eccessivo insistervi ulteriormente, se non per ricordare come siano stati proprio i fautori del modello sillogistico i primi ad osservare che un simile modo di concepire la struttura del ragionamento giudiziale comporta, inevitabilmente, una notevole dose di semplificazione. Eppure, nonostante venga in rilievo una schematizzazione, essa tuttora costituisce un'utilissima chiave di lettura per lo studio delle modalità con cui l'organo giudicante affronta e risolve le singole questioni sottoposte al suo esame.

Al fine di comprendere se lo schema delineato poc'anzi nei suoi tratti generali preservi, o meno, una valida ragion d'essere, sarà necessario soffermarsi sulle principali ricostruzioni alternative al medesimo, a cominciare da quelle che è possibile qualificare teorie revisioniste "in senso lato".

In primo luogo, occorre ricordare la tesi di Calogero, che peraltro fu la prima a mettere in discussione l'utilità dell'impostazione tradizionale. Il sillogismo si rivelerebbe inadeguato a esaurire l'attività di giudizio, risolvendosi nell'attività che consente al giudice di fissarne le premesse. Pertanto, la natura del giudizio sarebbe meglio espressa dalla categoria logica della "sussunzione"<sup>48</sup>.

Una seconda impostazione muove dalla linea di demarcazione, per così dire, tra premessa minore e premessa maggiore prospettata dalla dottrina classica, al fine di evidenziare che la stessa non è realmente rintracciabile. In quest'ottica il c.d. giudizio di fatto non sarebbe che un vero e proprio giudizio di diritto, venendo pur sempre in rilievo l'affermazione dell'esistenza di un fatto giuridicamente qualificato<sup>49</sup>. Su questa linea, quindi, l'incompletezza emergerebbe sotto il profilo della collocazione, nella struttura del giudizio, della fase di qualificazione giuridica dei fatti di causa.

Senonché, Calogero, pur evidenziando un'incompletezza dello schema del sillogismo, non sembra particolarmente incisivo circa l'individuazione di una plausibile alternativa allo stesso. La sussunzione, infatti, può sicuramente farsi

---

<sup>48</sup> «L'eliminazione della sillogisticità della struttura del giudizio facilita l'avvertimento di quella sua logicità più radicale, la quale consiste nel suo categorico giudicar sussumendo» (G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964, 57 s.).

<sup>49</sup> In tal senso v. P. Calamandrei, *La genesi logica della sentenza civile*, in Id., *Studi sul processo civile*, vol. I, Firenze, 1930, 49, il quale afferma che il sillogismo finale del giudizio può schematizzarsi nel modo seguente: «*premissa maggiore*: per i casi che abbiano questi requisiti giuridici la legge vuole l'effetto "x"; *premissa minore*: il fatto accertato ha questi requisiti giuridici; *conclusione*: dunque la legge vuole che il fatto accertato abbia l'effetto "x"». Dunque, il giudizio sotteso alla premessa minore, non diversamente da quello sotteso alla premessa maggiore, non sarebbe altro che il risultato di una specifica attività di applicazione del diritto.

rientrare in detto schema come parte della premessa minore, con la conseguenza che il modello sussuntivo, in definitiva, appare una mera specificazione, se non una vera e propria riduzione<sup>50</sup>, di quello sillogistico.

Riflessioni analoghe possono essere spiegate in relazione all'altra teoria. Una (certamente) possibile specificazione della premessa minore del sillogismo va intesa per ciò che essa è realmente idonea a esprimere, ossia l'esigenza di una maggiore articolazione dell'impostazione classica. Ma ciò non implica alcuna confutazione di quest'ultima; semmai assume rilievo un'operazione atta a sostenerne la valenza generale<sup>51</sup>.

Nella prospettiva del ragionamento dialettico che permea la logica dei giuristi canonisti medievali<sup>52</sup>, invece, il ragionamento giudiziale è ricostruito alla luce di molteplici questioni che si condizionano a vicenda e sono decise separatamente in via progressiva, sino alla situazione limite di due questioni confliggenti, definite *incidentes* o *praeiudiciales*<sup>53</sup>. La questione pregiudiziale, poiché tende alla negazione del problema, emerge come divieto logico alla trattazione della questione pregiudicata<sup>54</sup>. Essa mira a porre in discussione la rile-

<sup>50</sup> Così M. Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 153, il quale sottolinea che la tesi di Calogero, seppur pregevole in quanto finalizzata a tracciare una delimitazione della funzione rappresentativa del modello sillogistico, presenta uno svolgimento abbastanza curioso poiché non amplia, integra o sostituisce lo schema che mira a confutare, bensì rappresenta una mera "riduzione" del medesimo.

<sup>51</sup> Il rilievo è sostanzialmente condiviso, fra gli altri, da G. Verde, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 583 ss., il quale, dopo aver evidenziato che il fatto non può che essere pensato come "fatto giuridico", conferma «la tendenza a recepire i risultati di un'analisi logica di buon senso tradizionale basata sulla separazione ontologica tra fatto e diritto e sulla conservazione di una mentalità di tipo sillogistico». A detta dell'Autore sarebbe un grave equivoco disconoscere la persistente preferibilità dell'impostazione sillogistica – per quanto suscettibile di essere arricchita e, dunque, ulteriormente specificata – in base all'assunto che così si finirebbe per accogliere la logica che innerva l'ideologia del positivismo giuridico. Infatti, «il positivismo giuridico è oggi ben avvertito del rischio che ad esso possa richiamarsi chi conserva una specifica ideologia dell'ordinamento e della giustizia. Ed è per questa ragione che chi ne coltiva o condivide l'idea sa anche che esso può essere fonte di pericolose illusioni nella misura in cui voglia fare a meno dell'impegno morale del legislatore e del giudicante. Ma riconoscere questo punto, ancora una volta, vuol dire riconoscere che l'ideologia trova nell'attuazione pratica il momento di inevitabile verifica o conferma e che essa, così come le strutture predisposte per realizzarla, ha bisogno dell'opera coerente e fedele di adeguamento da parte dell'uomo».

<sup>52</sup> Per approfondimenti sulla contrapposizione tra scuola dei canonisti e scuola dei civilisti, cfr. P. Fedele, *Le questioni incidentali nella storia del processo canonico*, in *Ephem. jur. can.*, 1986, 21 ss.

<sup>53</sup> Cfr. A. Giuliani, *Logica (teoria dell'argomentazione)*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, 1975, 20. Più diffusamente, sul fondamento dialettico della controversia giudiziale, A. Giuliani, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966, 164 ss.

<sup>54</sup> A. Giuliani, *Logica*, cit., 19, osserva che «la ricerca dialettica mira a svelare la complessità

vanza (o l'opportunità) della questione principale e, in tal senso, l'espressione *praejudicat* diviene equivalente di *impedit principalem*.

Una delle principali critiche mosse nei confronti di tale approccio consiste nel fatto che, a ragionare in questi termini, si finisce col sopravvalutare il lato esteriore e appariscente del fenomeno, consistente nella riconosciuta impossibilità di decidere la controversia pregiudicata in attesa della definizione della questione pregiudiziale, trascurandosi ogni tipo di disamina sulla più intima essenza della pregiudizialità che riposa sulla connessione logica fra due rapporti processuali<sup>55</sup>.

Si potrebbe, tuttavia, ribattere<sup>56</sup> che una simile critica inverte l'ordine dei fattori. Infatti, nonostante sia possibile sostenere che la questione pregiudiziale funga da divieto logico per la trattazione di quella principale, non è così certo che tale circostanza dipenda dall'efficacia della pregiudiziale. In altri termini, si potrebbe obiettare che non è che la questione sia pregiudiziale in quanto avente efficacia sospensiva, è l'effetto sospensivo a dipendere dall'emersione di quella.

A tanto si aggiunga che, durante lo stesso periodo medievale, la ricostruzione della pregiudizialità offerta dai giuristi civilisti si caratterizzava più da un punto di vista tecnico-scientifico che non retorico-dialettico. Ciò è agevolmente percepibile quand'anche si consideri di passaggio la figura della sentenza interlocutoria.

Per i civilisti, l'efficacia di tale sentenza su una questione incidentale è munita della stessa forza della sentenza definitiva nei soli casi di eccezioni o domande riconvenzionali. Essi guardano al processo, proiettato al valore della certezza giuridica, come ad un evento unitario vincolato al rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, con la conseguenza che bisogna tendenzialmente negare che la questione pregiudiziale possa divenire oggetto di una autonoma e separata decisione. I giuristi canonisti, sulla scorta di un ragionamento giudiziale "topico", considerato nella sua funzione di metodo per il conseguimento di una verità sostanziale, riconoscono alla sentenza

---

della controversia giudiziale, individuando e distinguendo i vari tipi di disaccordo; e nel groviglio delle questioni spesso confliggenti, essa cerca di stabilire un certo ordine, individuando quelle che sono pregiudiziali nel senso che rappresentano un divieto logico alle questioni successive». In tale ottica la determinazione delle questioni pregiudiziali funge da freno contro lo spirito di litigiosità o, meglio, contro i possibili abusi dell'attore che si avventura nel processo sollevando questioni "irrilevanti".

<sup>55</sup> Cfr. G. Foschini, *La pregiudizialità*, cit., 9, il quale, rilevato che un simile modo di intendere la pregiudizialità probabilmente discende dal fraintendimento dei giuristi medievali delle fonti romane relative all'*ordo cognitionum*, osserva che proprio l'errore di scambiare l'apparenza con l'essenza del fenomeno sta alla base delle ricostruzioni che reputano la pregiudizialità un problema di "discriminazione fra giurisdizioni".

<sup>56</sup> Come, in effetti, è accaduto: cfr. S. Recchioni, *Pregiudizialità*, cit., 31, nt. 77.

interlocutoria la funzione di quella definitiva, poiché idonea a dirimere una questione connessa a quella principale.

Il punto è che la soluzione della pregiudiziale può avere esito sia positivo (di accoglimento) che negativo (di rigetto), e già questa seconda eventualità impone di rimeditarne una ricostruzione in termini di mero divieto logico. Si rifletta sulle questioni che nelle primissime battute di questo lavoro sono state qualificate come pregiudiziali concernenti l'ordinato svolgimento del processo, ovvero su quelle dirette a spogliare il giudice della causa principale della *potestas iudicandi*, in quanto privo di giurisdizione o di competenza<sup>57</sup>.

È agevole constatare come la decisione negativa circa la questione avente carattere confutatorio rispetto alla questione principale faccia riemergere la rilevanza di quest'ultima, con conseguente necessità di proseguire il procedimento finalizzato alla soluzione della controversia<sup>58</sup>. Se ben lo si intende, è questo il significato da attribuire al brocardo "*primum de incidenti, postea de principali cognoscendum est*", spesso invocato dalla dottrina filocanonista a sostegno della propria ipotesi ricostruttiva.

È imprescindibile, inoltre, tenere nella massima considerazione il fatto che l'indagine storico-filosofica è sempre fondamentale per un'esatta comprensione dell'evoluzione processuale. Ciò vale anche, e soprattutto, in relazione allo studio di un fenomeno polivalente, già da un punto di vista semantico, qual è quello della pregiudizialità.

Limitandoci agli aspetti generali, si deve al riguardo osservare che il passaggio dalla logica del *iudicium* a quella del *processus*, che riflette la successione tra epoca medievale ed epoca moderna, lungi dall'aver risvolti sul piano prettamente terminologico, è assai significativo perché implica una concezione della controversia non più in chiave probabilistica, ma scientifica. Laddove si affronti la tematica muovendo da una simile prospettiva, non potrà apparire casuale che l'accostamento dell'*iter* logico giudiziale a un'operazione sillogisti-

---

<sup>57</sup> Sebbene l'esame di tali questioni esuli dal presente ambito di trattazione, ad esse si farà più volte riferimento al fine di precisare i caratteri della pregiudizialità come istituto generale di diritto processuale.

<sup>58</sup> Un simile rilievo non è sfuggito neppure alla dottrina che, anche in tempi recenti, ha dimostrato di prediligere la concezione dialettica del fenomeno della pregiudizialità, cercando, conseguentemente, di precisarne i contenuti. In particolare, S. Recchioni, *Pregiudizialità*, cit., 48 ss., spec. 51, osserva che la prospettazione della questione pregiudiziale come "divieto logico" può operare «in due momenti distinti, e cioè a) nel momento dell'emersione della questione pregiudiziale o incidentale, ed allora il condizionamento logico che tale questione esplica sulla questione principale vieta al giudice di esaminare preliminarmente quest'ultima; b) nel momento successivo della questione pregiudiziale, che potrà essere di accoglimento o di rigetto. Ne consegue che la funzione di divieto logico della pregiudizialità, operante nell'ipotesi *sub a)*, sarà ravvisabile anche nell'ipotesi *sub b)* solo ove la questione pregiudiziale sia stata accolta».